

ESTUDIOS DE DERECHO



DIRECTOR
B. MANTILLA PINEDA

SUMARIO:

- La información jurídica por computadoras.
Fernando Fueyo Laneri.
- Las instituciones políticas de excepción.
Ernesto Saa Velasco.
- El derecho de defensa en los procedimientos policivos.
Fernando Meza Morales.
- Teoría general de las obligaciones: El negocio jurídico.
Jairo Duque Pérez.
- Jurisprudencia Laboral: El aguinaldo es salario.
Hernando Ramírez Aristizábal.
- La reforma agraria como complejo económico y social.
Lucio Mendieta y Núñez.
- Tesis Jurídicas de Karl Jaspers.
B. Mantilla Pineda.
- Seminario sobre la enseñanza del derecho.
- VIII Congreso Interamericano de Filosofía.
- Comentarios de libros.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AÑO XXXIII. — Segunda Epoca. — Marzo 1972. — Vol. XXXI. — N° 81.

Tarifa postal reducida. — Licencia N° 100
del Ministerio de Comunicaciones.

La reproducción de cualquier artículo está permitida, si se cita su autor y el nombre de la Revista. — Los artículos publicados son originales.



Valor de la Suscripción anual: En el país, \$ 40.00, m. n.
Valor de la Suscripción anual: En el extranjero, US\$ 3.00
Valor del número especial \$ 25.00, m. n.
Valor del número ordinario \$ 20.00, m. n.

CANJE: Solicitamos canje:
Nous demandons l'échange.
Pede se permuta.
We request exchange.
Wir bitten um Austausch von Publikationen.

Dirección: Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad de Antioquia. — Medellín - Colombia, S. A.

ESTUDIOS DE DERECHO

Organo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dr. Luis Fernando Duque Ramírez,
Rector de la Universidad

Dr. Mario C. Restrepo A.
Decano encargado de la Facultad
de Derecho.

Dr. Fernando Coronado R.
Decano asociado encargado.

DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO

B. Mantilla Pineda
Profesor Titular

CONSEJO DE REDACCION

Carlos Betancourt Jaramillo
Profesor externo

Jairo Duque Pérez
Profesor Titular.

LA INFORMACION JURIDICA POR COMPUTADORAS

VIII JORNADAS FRANCO-LATINOAMERICANAS DE
DERECHO COMPARADO. BUENOS AIRES. AGOSTO 1971

FICHERO TEMATICO-CIENTIFICO PARA LA INVESTIGACION
JURIDICO-SOCIAL Y SU CONDICION DE TRABAJO
PREPARATORIO DE LA COMPUTACION.

Fernando Fueyo Laneri.
Profesor Ordinario y Extraordinario de
Derecho Civil.
Director del Seminario de Derecho Privado.
Universidad de Chile.

1 - INTRODUCCION

Formulado del modo más amplio el tema concretamente programado en esta oportunidad, podríamos afirmar que estamos frente a una teoría general de la información y comunicación rápida, segura, racional, integrada y comparativa de datos y conocimientos jurídicos-sociales, sean éstos correspondientes a la legislación, a la doctrina o a la jurisprudencia, y sea que se trate de formular tesis, soluciones, fundamentos, controversias, críticas, textos, precedentes, proposiciones, planes, etc.; todo ello con miras al desarrollo jurídico social en todos sus ámbitos, como asimismo al fin de la justicia.

El planeamiento más amplio y elevado de la materia es de tal hondura y trascendencia, que ha interesado vivamente a filósofos, lógicos, antropólogos, filósofos del lenguaje, matemáticos, físicos, etc. y hoy, felizmente a los juristas. Anhelamos los juristas acogernos al método de la información y comunicación perfeccionadas. Seguramente será —y es— el camino más importante y mejor aprovechable para el progreso

de nuestra ciencia, tan duramente criticada y tan despiadadamente golpeada en los últimos decenios. Nuestra defensa ha sido escasa, pobre y mal lograda. Hasta no nos hemos defendido. Justamente, por carecer de información perfeccionada; debiera, por tanto, figurar la materia que nos ocupa en todas las jornadas jurídico-sociales, aunque, agregaría yo, que en el primer lugar de los temas.

Intento exponer la metodología de la información jurídico-social, que debe empezar, a mi juicio, por la confección de un fichero capaz de responder a los requerimientos, siempre mayores y más apremiantes, de estudiosos e investigadores que deseen completar, extender, integrar y comparar sus conocimientos. Simultáneamente, pienso que tal exposición puede servir para promover la confección respectiva. Para tales efectos me fundo en una experiencia personal, que cuenta 25 años, y que consiste precisamente en formar, con paciencia y tozudez, un fichero temático-científico para la investigación. Hoy cuenta con una cifra de 300.000 fichas, aproximadamente. El fichero en cuestión es temático porque el encabezamiento o rotulación de cada ficha se hace precisamente por tema o materia, interesando fundamentalmente, para dicho efecto, la primera, la segunda y la tercera palabra de ese encabezamiento. Es científico porque se hace por un científico (que puede llamarse investigador) y con espíritu científico; es decir, atendiendo a causas, efectos, proyección hacia el futuro, pronóstico de investigaciones, reformas, estudios comparativos o bien interdisciplinarios, etc.

El método conducente a la información y su perfeccionamiento ha sido preocupación de reuniones, aun internacionales, y al respecto podría recordarse la IV Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho, celebrada en Montevideo, Uruguay, en Abril de 1965, sobre lo cual se hace referencia pormenorizada al final del presente trabajo.

La verdadera empresa que importa la tarea que ahora describo y propicio, ha de ser, por otra parte, necesariamente preparatoria de una etapa siguiente y de perfeccionamiento: La computación por los procedimientos modernos de todos conocidos. Esa computación reviste verdadera importancia, y al propio tiempo constituye realidad en el campo jurídico-social, como que es parte de la programación de las *Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado*, celebradas en Buenos Aires y Mendoza, República Argentina, entre el 18 y el 28 de agosto de 1971. El tema se formuló en aquella ocasión bajo el siguiente nombre: "La información jurídica por computadoras". Invitado honrosamente, para que concurreniera a ese importante torneo internacional, echo

mi cuarto a espadas, a la medida de mis fuerzas, como que lo que diré aquí se preparó precisamente para esa oportunidad.

Ignoro al tiempo de redactar, si los programadores de las Jornadas contemplaron el fichero temático-científico como preparatorio de la computación. En mi concepto, no cabe siquiera pensar en la computación sin un fichero temático confeccionado científicamente y destinado a vaciarse en los instrumentos y técnica de la computación. Es en tal entendido, y bajo esa condición, que presento este trabajo correspondiente al tema de "La información jurídica por computadoras", cuya inclusión en el "Programa de Trabajo", por otra parte, considero un gran acierto.

Se divide el presente trabajo en la siguiente forma: I, Antecedentes y realidad. II, Algunas ideas básicas, de carácter general, para la confección de un fichero. III, Algunas ideas básicas para la confección de cada ficha. IV, Multicopistas que hacen posible los intercambios o canjes. V, Consagración internacional de trabajos de este tipo. VI, Conclusiones.

I - Antecedentes y Realidad.

a) Toda biblioteca, pública o privada, nutrida o modesta, antigua o incipiente, debe ser capaz de ofrecer, a través de una estructura complementaria, su contenido integral, debidamente matizado y alfabetizado. Debe proporcionarlo, además, de manera fácil y rápida.

Por otro lado, cada material o fuente bibliográfica tiene el compromiso, dentro de la biblioteca, de rendir efectiva utilidad, incluso con orientación preconcebida hacia el estudio y la investigación.

Ocurre, lamentablemente, que las bibliotecas, en general, no son más que meras aglomeraciones de materiales con ordenamiento mínimo por estantes; simples conjuntos inorgánicos desarticulados. A lo sumo, son los lomos de sus libros los que muestran un nombre de autor y un rótulo que da el título del libro, que fuera de estar muchas veces mal elegido, apenas es capaz de sugerir pálidamente el contenido medular.

b) Algunas bibliotecas mejor organizadas disponen de algún índice por materias; a veces se les llama "fichero". Presta valiosa utilidad y ha de ser por lo mismo que se prosigue diariamente en su elaboración.

Ordinariamente, se entrega esta labor primaria a personas sin conocimientos jurídicos; a veces apenas con la memoria fácil a nombre de autores.

Estas personas toman nota del libro recibido, y, si son acuciosas, del nombre de algún capítulo que les resalta más a la vista. A veces llegan a registrar, del Índice, aquella parte escrita con letra de mayor tamaño.

c) Para completar el cuadro de antecedentes, no faltan, dentro de las Facultades de Derecho, escépticos que rechazan enfáticamente la idea de confeccionar como es debido un trabajo propiamente científico. No es raro que más tarde esos mismos influyan para que el proyecto respectivo no se realice. Otras veces, como ha ocurrido, se deja abandonado algún fichero ya iniciado, y los escépticos comentan, señalándolo con el dedo: "Allí está el error cometido por Fulano de Tal; no sirve para cosa alguna". Tuve oportunidad de oírlo en Montevideo, de labios de un viejo profesor, que aludía a un fichero promovido, en la Facultad, por el gran Couture.

ch) La ausencia de un elemento de trabajo como el que aquí se propicia, que es verdaderamente esencial, debiera causar normalmente una cierta inquietud o angustia. Al menos, contentémonos con que ahora nos decida hacia la inmediata actuación del sistema.

La omisión se hace particularmente crítica en los momentos en que se habla —aún en reuniones universitarias internacionales— de la evolución del derecho, de la carrera docente, de la investigación científica, de los profesores de dedicación exclusiva o de jornada completa, del apoyo al esfuerzo de los estudiantes, y de tantos otros tópicos interesantísimos, vitales, que han llegado al plano de los presupuestos indiscutibles, y que, sin embargo, no podrán desarrollarse, —ni siquiera concebirse— sin la estructura científica camino hacia las fuentes del conocimiento jurídico.

d) Hay más. Es preciso enfrentarse ante la penosa realidad de trabajos jurídicos, sociales o económicos, que no hacen más que reproducir o glosar trozos, tomados impávidamente de 3 o 4 libros que ha manejado el autor, libros que, por mayor desgracia, también se han apoyado en otros tantos. Ha faltado pues, la información integral y matizada, que sólo puede proporcionar un fichero científicamente preparado. Sólo entonces podrán el estudioso, el investigador, el autor, el juez y el alumno, construir algo de cierto mérito en la medida de sus posibilidades personales. Sólo entonces lo purídico-social podrá participar en el desarrollo de los pueblos con el efecto preeminente que le corresponde y que hoy desgraciadamente no se cumple. Sólo entonces ya no apareceremos como absorbidos o aplastados por ciencias nuevas como la eco-

nomía o sociología, por ejemplo, cuyos cultivadores nos miran con desdén y aún con desprecio.

e) Como por contraste de lo dicho recién sobre la forma de escribir a base de fuentes en medidas homeopáticas elegidas casi al azar y que no representan una mediana integración del tema respectivo, podemos recordar descomunales cifras sobre el arsenal de material que se publica en el mundo y que nos da una perspectiva de lo aprovechable, volviéndose a confirmar la necesidad ineludible de un fichero científico y bien orientado.

En efecto, sólo en 1961, uno de los años computados por la UNESCO, las publicaciones no periódicas (libros y folletos) alcanzaron en todo el mundo la impresionante cifra de 375.000 títulos (1). Los países europeos tuvieron el índice más alto, con 165.000 títulos publicados. Los siguen el continente Asiático, la Unión Soviética y los Estados Unidos.

Chile publicó 1.500, de los cuales 79 correspondieron a obras de carácter literario. Sólo los argentinos, brasileños y mejicanos nos superan en Hispanoamérica, en lo que a libros se refiere.

f) Es casi seguro que en las bibliotecas de Iberoamérica se carece de un fichero jurídico-social científicamente preparado, sea que dichas bibliotecas pertenezcan a Facultades, Institutos, Seminarios, Academias, Colegios de Abogados o simples particulares entusiastas. Mi propósito es promover la idea de formarlo. Si en algún lugar existiese, con mérito a lo menos mediano, me propongo estimular su perfeccionamiento por las propias personas que lo tienen a su cargo.

De esta etapa —verdaderamente preparatoria— se pasará más tarde al método de la computación, mediante el empleo de esas fichas que representan selección, clasificación, y ordenamiento de las fuentes del conocimiento jurídico-social. Finalmente, se alcanzará —que duda cabe— la centralización de esa computación, para abarcar grandes zonas del universo o simplemente todo el universo.

g) Mis conocimientos en la materia provienen principalmente de una experiencia diaria y personal de 25 años en la confección de mi fichero. Me han servido reflexiones orientadas preferentemente hacia la mayor objetividad del sistema que ha de emplearse y hacia el mayor sentido práctico en la ejecución. Esto explica, además, que mi propio

(1) - Hoy sobrepasan la cantidad de 500.000 títulos anuales. El aumento es por lo lo demás, abiertamente progresivo.

método haya evolucionado en el correr del tiempo. Lo que escribo ahora, pues, representa la suma de mi experiencia.

No pretendo —ni mucho menos— hacer alarde de dogmatismo o de profundidad; de ambas cosas carezco. Diré solamente lo que he ido aprendiendo con el tiempo. Tampoco pretendo presentar lo mío como cosa de verdadera originalidad; nada o casi nada tiene originalidad. Menos lo que pudiera ser tan viejo como la propia escritura.

Con todo, lo que ahora diga, podrá ir evolucionando, especialmente si ocurre, como espero, que el diálogo multiplicativo sobre este problema empezará a dar sus frutos.

II - *Algunas ideas básicas, de carácter general, para la confección de un fichero.*

a) *La cuestión previa de la clase de biblioteca* - Conviene destacar que las reglas por enunciarse están dependiendo, en primer término, de la correspondiente biblioteca que servirá para la confección de un fichero. No es lo mismo, obviamente, que se trate del caso de un simple particular que hubiera reunido con gran esfuerzo una cifra inferior a 10.000 libros, revistas y otros documentos, o del de la biblioteca del Congreso Nacional de Chile, que sobrepasa las 350.000.

Tampoco podrían asimilarse a un mismo tratamiento bibliotecas con material antiguo, como petrificadas, y que nada habría que lamentar si se quemara la mitad de su existencia, y bibliotecas premunidas de lo moderno y trascendente, con abundante material de revistas y de monografías, aunque las cifras de unidades bibliográficas sean modestas.

Ni es igual, por otro lado, que se trate de un simple particular con medios económicos misérrimos para este costoso fin de formar un fichero meritorio, que de una biblioteca pública, en ocasiones pobremente dotada, y a veces hasta con presupuestos maravillosos.

Impera pues, la más notable variedad en cuanto a los supuestos de hecho, y de ahí deriva que resulten las normas pertinentes de esencial relatividad.

b) *Variedad y matización del material por fichero* - No se piense que sólo una cantidad considerable de libros, revistas y otros, como si dijéramos sólo una cifra superior a 50.000 unidades; como tampoco una inclinación o preferencia hacia los Tratados generales, o hacia los Tratados de tal sistema o nación, o hacia las monografías por ser tales, puede

conducirnos con seguridad al éxito del fichero, y elaboración. No, ni la cifra de unidades, ni la calidad especial o determinada del material, son esenciales o decisivas.

Una cantidad prudente, por ejemplo, de 10.000 volúmenes, entre libros, revistas y otros, convenientemente elegidos, de modo que se logre la integración del material, el debido equilibrio entre sus partes y una discreta matización del contenido, puede llegar a producir un excelente fichero de Derecho Privado, o de Derecho Público, según el caso.

Por el contrario, un mero exceso de cantidad y una mala selección de material, puede ser perjudicial, y a la larga puede conducir, con mayor probabilidad, a un deficiente fichero, bajo muchos aspectos.

La adquisición y recepción de materiales, pues, debe estar bajo la dirección y vigilancia del profesor investigador que responde del fichero.

Esta indispensable variedad del material por ficharse y su matización, nos demuestra, por último, que la elaboración de un fichero, como es debido, importa un trabajo científico de investigación que empieza con la selección del material correspondiente.

c) *Elección del material dentro de lo disponible para ficharse* - Es éste un aspecto más difícil de lo que pudiera parecer a simple vista. Sobre todo ante el problema, vigente en toda biblioteca, aun las más modestas de recibirse periódicamente material en cantidad superior a la velocidad programada de fichaje.

La prioridad que es preciso fijar para fichar el excesivo número de piezas que se va acumulando, depende de varios factores en juego, entre los cuales se cuenta la clase de material, que puede ser la ley, el libro, el artículo de revista, la sentencia judicial, etc. Dentro de cada una de las citadas categorías, por otra parte, las piezas o unidades por ficharse vuelven a crear el problema de la prioridad.

A mi juicio es imposible dar normas invariables en atención a que es más bien un problema de caso. Sin embargo, podrían enunciarse las siguientes pautas útiles sobre preferencias:

- 1) Lo de publicación más reciente prefiere, en general, a lo más antiguo;
- 2) Lo nacional a lo extranjero;

- 3) Lo legislativo a lo doctrinal;
 - 4) La jurisprudencia última (o la ya sistematizada en algún texto reciente) a lo simplemente doctrinal;
 - 5) Lo que aparece en revistas a lo simplemente doctrinal, que está en libros, pues aquéllas seleccionan y, además presentan lo de mayor actualidad;
 - 6) Las ramas o temas nuevos, o que han cobrado interés últimamente, a lo que es tradicional o convencional;
 - 7) Lo que constituye o impulsa una nueva orientación, incluso con posible proyección en el Derecho Patrio frente al evento de reformas, sobre lo que es simple comentario o glosa de cosas repetidas de tiempo atrás;
 - 8) Lo iberoamericano a lo europeo; no por cuestión de méritos, que no sería del caso, sino porque hace falta un acento en nuestros propios pueblos, anhelosos de intercomunicación e integración, y porque una muy larga preocupación por lo estracontinental, que nos llevó a veces al extremo de valorizaciones unilaterales, provocó un descuido o abandono de lo continental, que ahora es preciso compensar.
- Además, cabe pensar en una construcción positiva de gran importancia. En efecto, luego de haberse recibido del viejo mundo un bagaje inicial de conocimientos —y posteriormente aportes muy valiosos, aunque llegados de tarde en tarde, trozados y con retardo— corresponde ahora, sin embargo, desarrollar intensamente Derechos Patrios atrasados, y en seguida un Derecho Iberoamericano, y, aún más, un derecho supranacional iberoamericano paralelo a la integración económica que se intenta afanosamente en estos momentos y que permitirá, según palabras del profesor Felipe Herrera Lane (BID), el nacimiento del quinto pueblo-continente. (Dice Herrera: "Todo el proceso de integración latinoamericano es una crisis, casi podríamos decir un parto, pues este proceso permitirá el nacimiento del quinto pueblo-continente; los otros cuatro hoy día dominan la política y la economía mundial; los otros pueblos-continentes son Estados Unidos, Rusia, China Comunista, y Europa Occidental del Mercado Común. Revista Ercilla, 17-III-1965. Santiago de Chile).
- 9) Lo traducido a lengua española (particularmente del alemán, italiano e inglés) prefiere a lo escrito originalmente en nuestra propia lengua, por constituir generalmente importante aporte a lo que un ibe-

ro-americano consulta habitualmente; fuera de que se coloca un material de difícil obtención a disposición de una masa mayor de estudiosos. Además generalmente se traduce lo que es de mérito sobresaliente.

10) Sean éstas o no las reglas sobre prelación, tarde o temprano ha de llegarse, por quien ficha científicamente, a lo que es verdaderamente sustancioso, trascendente, nuevo, multiplicador en sus proyecciones, tendiente al desarrollo, etc. y ésta es, o mi juicio, la más provechosa de las normas metodológicas.

ch) *El contenido general del fichero debe tener cierta razonable amplitud, y sólo acento en alguna rama del derecho.* - El fichero en confección o cada uno de los que vayan confeccionándose, no podrán estar destinados exclusivamente a una rama del Derecho, como si, por ejemplo se ideara uno para cada disciplina que se enseña en las Facultades de Derecho, y como consecuencia, resultara un total de 25 o 30 ficheros. Sería un gravísimo error.

Por el contrario, la idea unitaria del Derecho, y, por otra parte, la natural coordinación científica que se advierte entre muchas materias que aparentan estar distanciadas por pertenecer a disciplinas con individualidades propias para efectos de su enseñanza, aconsejan la reunión periódica y armónica de amplias materias en un mismo fichero. Así, habrá sólo acento en una determinada rama, como el Derecho Civil, o el de Minas, sin que pudiera decirse que el fichero pertenece sólo a una de ellas. O bien, habrá acento en una división general derechamente, como sería la de Derecho Público o de Derecho Privado, por más que esta distinción vaya perdiendo sus aristas con el tiempo por lo que podríamos llamar simbiosis de ramas.

Al decir "poner acento" en una rama o en una división general, quiero expresar preferencia, mayor acopio, o mayor detalle, por una parte de la sistematización del derecho; pero sin descartar, de manera alguna, materias básicas, aunque sean de otras disciplinas en la división para la enseñanza, o materias ligadas por un sentido unitario, o materias que importan aplicaciones en otras disciplinas, etc. Por ejemplo, ¿cómo podrían excluirse de In fichero de Derecho Privado las grandes líneas de la Teoría General del Derecho, o de la Teoría General del Estado, o de la Sociología jurídica, o de la Filosofía del Derecho, o del Derecho Económico, o del Derecho de la Edificación, o de la expropiación por causa de utilidad pública, y otras muchas materias de semejante trascendencia, algunas de ellas hasta con carácter interdisciplinario, si todo ello ha

de servirnos para resolver básicamente innumerables problemas de la privatística para el caso de un fichero de Derecho privado?

d) *Inclusión de orientaciones modernas del Derecho* - No hay, por otra parte, una sola cuestión de amplitud o extensión de los conocimientos por fichar, como se acaba de señalar. Hay más.

Es preciso incluir insistentemente los conocimientos pertenecientes a las nuevas orientaciones que ha ido adquiriendo el Derecho o la rama pertinente. Si de un fichero de Derecho Privado se trata, no podrán faltar, pues, las materias concernientes al Derecho Social Inmobiliario, al derecho de Edificación, al Derecho Social Arrendaticio, al Derecho Público de Propiedad, o todos los acentos, en general, de "publicación" del Derecho Privado, etc., etc. Como tampoco podrán excluirse conocimientos fundamentales de Derechos especiales que adquirieron relevancia, como el Agrario, el Industrial, el Astronáutico, aunque fuere sin ánimo de agotarlos.

e) *Conveniencia de aportaciones discretas de ciertos conocimientos extrajurídicos, aunque de repercusión en lo jurídico* - A fin de no caer en el positivismo científico, esto es, en aquella concepción científica que deriva todos los preceptos y todas las resoluciones de la suma de concepciones y preceptos doctrinales de la ciencia jurídica, sin conceder fuerza jurídica creadora o modificadora a valoraciones extrajurídicas, no está demás aportar al fichero las estructuras y los conceptos más importantes y trascendentes del campo ético-social, o del socio-económico, o de otras que hoy han adquirido gran valor y que son de utilidad en un fichero de Derecho Privado, como también lo sería en uno de Derecho Público.

f) *Contenido marcadamente universal del fichero, a despecho del localismo o del criollismo* - Sin desconocer la preferencia que en este mismo trabajo se propicia en favor de lo nacional, y más extendidamente de lo iberoamericano, cabe señalar que, en general, debe imperar en la confección de un fichero el criterio de lo universal, que a su vez constituye encauzamiento en lo propiamente científico y es al mismo tiempo al modo de tratar precisamente las cosas inherentes al Derecho, que es ante todo una Ciencia.

Al respecto, cada institución jurídica debe en todo caso recibirse y tratarse según la concepción y valoración que rija para ella en la generalidad de los países, o, si fuera del caso, señalándose que la concepción y valoración que impera en nuestro país y en alguno otro es lo excep-

cional, o bien es lo representativo de una de varias posiciones, que pudieran ser dos o más.

Asimismo, lo nuestro, o lo nuestro y a la vez de varios países, debe orientarse hacia la comparación, aún cuando se refiera a sistemas legislativos diferentes, señalándose en cada caso similitudes o analogías o bien las diferencias más salientes.

Me parece aconsejable terminar de una vez por todas con el localismo jurídico, que limita el ámbito del Derecho teórico y práctico a las fronteras del país; nacionalismo exagerado y mal entendido que termina con vicios como es el de subestimar o desconsiderar lo extranjero, a veces hasta por la comodidad de no estudiar más.

Terminamos también con un criollismo jurídico pernicioso, esto es, con la especulación al infinito del bagaje de conocimientos que nos legara Europa en el siglo pasado, especialmente Francia en cuanto a Derecho Privado, y que con pequeñas dosis de agregaciones todavía circula bajo la estructura fundamental del modelo primitivo. Más todavía, se tiene la osadía de presentar eso como lo único existente, llegándose, en el paroxismo, a criticar al Derecho Privado así anquilosado, que circula en nuestros medios, por permanecer estancado al nivel del siglo pasado, y argumentándose, por añadidura, que tales doctrinas y sus correspondientes normas positivas "no responden a nuestra época", con lo cual no se dice novedad alguna y se está poniendo en evidencia que se ignora todo el avance experimentado por el Derecho Privado en los últimos decenios.

¿Por qué esos críticos desinformados —que abundan— no se dan el trabajo de conocer los avances del Derecho Privado y aun las nuevas normas positivas que, coincidentes con ese nivel, rigen en muchos países más avanzados en Derecho que los nuestros de este continente?

Un fichero bien confeccionado y bien orientado echará por tierra tanto el localismo como el criollismo jurídicos, y para tal efecto es preciso que aquél tenga un contenido marcadamente universal.

g) *Necesidad de un investigador experto encargado de señalar el texto por reproducirse en la ficha y de redactar el encabezamiento de esta última* - Si bien la ficha del sistema netamente objetivo que propicio se limita a reproducir textualmente trozos de lo escrito, y en tal sentido pareciera simple y fácil la tarea, ocurre que ante la inconveniencia de no multiplicar excesivamente el número de fichas de un mismo material,

y a la larga la suma total de unidades, debe obrarse con un fino criterio selectivo y valorativo. Al efecto, debe elegirse aquel trozo que, estando en breves líneas de una o muchas páginas, representan la síntesis, o la médula, o la conclusión, o la orientación fundamental, o el antecedente valioso, o lo que prácticamente servirá más en general, o servirá más a un determinado medio, o servirá más en el evento de una reforma legislativa, etc.

Nuevamente se advierte la dificultad de la tarea si consideramos que el encabezamiento de cada ficha es cuestión de fondo y delicada; por añadidura susceptible de realizarse sólo por un investigador experto. En efecto dicho encabezamiento es suma o síntesis de lo que enseña re reproducirá del texto respectivo, y a la vez constituye orientación, encauzamiento, aplicación, interpretación, aprovechamiento, información, disposición alfabética, trasplante al medio nacional o continental, etc.

Dicho encabezamiento, a mayor abundamiento, es generalmente elección entre dos o más posibles, según se entienda en cada caso tanto al fondo mismo de la materia como a su hábil interpretación. A veces no quedará más que elegir uno de varios rótulos posibles y seguidamente se harán los llamados o coordinaciones que corresponda. Así queda advertido, por anticipado, el problema que eventualmente se presentará más tarde, inclusive para el mismo que confeccionó el encabezamiento y que con el tiempo seguramente olvidará el criterio empleado.

Sólo en casos de excepción, cuando el material por fichar viene claramente sistematizado, o bien los conocimientos respectivos vienen ya catalogados en estructuras clásicas, como "definición", "conceptos", y otras de uso corriente, o bien otras hipótesis similares, podrá encomendarse la fijación del texto por reproducir y la redacción del encabezamiento a personas letradas que no alcancen al grado de investigador experto, si bien siempre lo hecho ha de someterse a la revisión de este último.

En suma, hay una doble labor de fondo que es a la vez profunda y delicada. Una selección de trozo del texto respectivo y otra de rotulación racional de la ficha con orientación hacia algún fin práctico de futuro, todo lo cual se puede encomendar sólo a un investigador experto, ayudado, en circunstancias especiales, por otros que pueden ser simplemente letrados que se inician en la investigación.

h) *Formación de un equipo permanente, especializado y jerarquizado* - A la idea fundamental de pericia del Director del fichero, debe agregarse a que dicho Director, con grado de profesor investigador, debe encabezar un equipo permanente que llegue a la especialización y trabajo jerarquizadamente.

En el segundo plano deben estar los letrados que ayudan a fichar lo fácil, según quedó expresado más arriba. A éstos ha de exigírseles las mismas condiciones que al profesor investigador que estará a la cabeza. Aunque por razones de tiempo los simples letrados tengan menos conocimientos, menos extensión en sus conocimientos, y, en suma, menos experiencia, pericia, y seguridad.

Sigue en tercer plano el personal encargado de copiar a máquina el texto señalado de antemano para su reproducción en la ficha respectiva, ya encabezada por el experto. Su número es variable, según las circunstancias. Pueden ser dos o tres personas, o bien un número menos si se trabaja directamente en la confección de matrices para multicopistas.

Finalmente, es indispensable agregar una o más personas para revisar lo copiado a máquina, pues ocurre que se copia con errores, y otras para archivar por estricto orden alfabético. Ambas cosas importan seria responsabilidad mayor a la que pareciera a simple vista.

A lo anterior debe agregarse que no han de faltar revisiones generales de tiempo en tiempo, por supuesto que a cargo de personal idóneo.

i) *El aprovechamiento útil del fichero queda diferido en relación con el momento en que empieza su confección* - Suponiéndose que se empieza en el cero absoluto, sin una sola ficha de aporte inicial, con seguridad que en los primeros años se realizará sólo esfuerzo y se sentirá a menudo verdadero desaliento. En efecto, provecho, prácticamente, no se observará, pues a poca cantidad de fichas corresponde improbabilidad de respuesta, o bien respuesta insuficiente. Es una simple consecuencia de la naturaleza de las cosas que, indudablemente, aconseja empezar cuanto antes el fichero.

Ficheros bien confeccionados, con cifra superior a 50.000 fichas, están ya en condiciones de contestar una considerable proporción de preguntas en forma satisfactoria. Sin contar que con cifras inferiores a la anotada también es posible el aprovechamiento, sobre todo si la confección ha estado bien dirigida y bien ejecutada.

j) *Permanente elaboración* - Parece demás insistir en que este tipo de trabajo por ser de largo aliento en consideración a la superabundan-

cia de material por fichar, como por requerir que se encuentre al día en la medida de lo posible, precisa labor entusiasta de todos los días.

III - Algunas ideas básicas para la confección de cada ficha.

a) *Carácter objetivo del contenido de cada ficha* - Abordado derechamente el contenido de fondo de cada ficha, ésta debe ser a mi juicio netamente objetiva, limitándose, en general, a reproducir textualmente el contenido esencial del escrito que es objeto de fichaje.

A la objetividad recién expresada se opone el sistema, alentado por especialistas, de la individualización interna de la fuente, traduciéndose ésta en dos cosas: a) "una breve síntesis del contenido", y b) "un sumario juicio crítico y comparativo". (1).

No dejo de reconocer la posibilidad de formar un fichero con unidades del tipo recién descrito, o bien la de incluir una que otra ficha de éstas, por excepción, en un fichero del sistema objetivo que propicio.

Sin embargo, dado el acento eminente subjetivo de aquella ficha propuesta por especialistas —tanto por la de sintetizar como por lo de emitir juicio y comparar— en ella encontraríamos en parte el contenido del escrito respectivo (muchas veces peligrosamente desfigurados) y en parte los rasgos indelebles de la personalidad, la cultura, la orientación y las inclinaciones de la persona que sintetiza, que emite juicio jurídico y que compara, labores que son personalísimas. Además, ¿cómo poder citar más tarde con exactitud si lo reproducido en fichas es sólo aproximado, parcial o aun se encuentra desfigurado por la traición de un verbo, un sustantivo o un adjetivo?

b) *Reproducción del texto precedido por un encabezamiento*. - Como ya se dijo al tocar el punto relativo a la especial pericia de quien realiza la primera y más importante parte del proceso de fichar, en cada ficha debe contenerse el trozo seleccionado por su mérito y proyección, el cual debe reproducirse textualmente como manera de imprimir al trabajo la necesaria objetividad. La selección de dicho trozo requiere lectura seguida de reflexión, comparación, recuerdo de antecedentes, cálculo de probabilidades sobre la posible proyección de lo que se ha de reproducir, imaginación creadora, espíritu de investigación, etc. . . .

(1) Aníbal Bascañán Valdés, "Manual de Técnica de la Investigación Jurídica", pág. 65, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961.

Elegido el trozo respectivo, es preciso la ficha que lo contendrá con el rótulo que sintetice, interprete, y encauce, pensándose a la vez en la forma en que posiblemente juegue dicha ficha en la catalogación adonde irá en definitiva.

Todo esto es netamente de fondo y de carácter eminentemente creador, por lo que no está demás insistir una vez más en la necesidad de hacerse el trabajo en esta parte por un verdadero investigador experto.

c) *Necesidad de un sistema de encabezamiento* - La experiencia ha indicado a los fichadores expertos que no es dable realizar esta labor sin un sistema de rótulos o encabezamientos, que contemple a lo menos los tres primeros términos que formarán el encabezamiento de cada ficha y que a su vez determinarán el lugar de esa ficha en el conjunto. Se han publicado varias obras sobre el particular, las cuales son empleadas a diario en las bibliotecas bien organizadas. Al propio tiempo, se agregan modalidades para su mejor empleo. Por mi parte, he publicado un *Catálogo de Conceptos de Derecho Privado*, que obedece a varios fines y que ha sido considerado como útil para los efectos señalados. (1). La Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción (Chile) tiene un catálogo o nómina, en confección, para el indicado encabezamiento de las fichas.

ch) *No se excluye la idea de otros tipos de fichas*. - El contenido de fondo anteriormente expuesto no descarta, de manera alguna, la inclusión de fichas de otros tipos, ya conocidos universalmente, como ser las llamadas nemotécnicas por materias o sustanciales, en las cuales se rijan definiciones, conceptos, bibliografías, legislación vigente en un momento dado, etc., y las fichas para fuentes jurídicas positivas, como se ha venido practicando, por ejemplo, en el Instituto de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de Chile, y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá; a través del Instituto que dirigía el profesor Lino Rodríguez-Arias. Estas últimas fichas pueden ser incluso de un fichero separado, como acontece en los organismos recién citados. También se observan las fichas llamadas de mera señalización o indicación del lugar en que se encuentra una información o todo un tema.

d) *Individualización externa del material que se ficha*. - Cada ficha, al terminar, debe señalar el lugar preciso en que se encuentra lo reproducido del libro o material respectivo, y al efecto debe hacerse lo

(1) Fernando Fueyo Laneri, "Catálogo de Conceptos de Derecho Privado" Montecorvo, Madrid. 1968.

que se ha dado en llamar la individualización externa. Me parece conveniente el siguiente orden: autor, obra, página, edición, indicación de si es traducción, el lugar de la edición y fecha. Si es sentencia, indicar especialmente el nombre del Tribunal que la dicta, el nombre de la causa y la fecha del fallo, fuera de las demás constantes. Deben hacerse estas indicaciones en forma tal que no ofrezcan duda alguna al consultante de la ficha en su momento, aún suponiéndose que esa persona ignora datos sobre el material respectivo, por ser extranjero, por no estar familiarizado con él, o por cualquier otra causa. Por lo mismo es que no soy partidario de las abreviaturas en las citas respectivas, cosa que lamentablemente se ha hecho tan frecuente en los libros y revistas. Es provincialismo desafortunado.

e) *Tamaño Internacional*. - Especialmente para efectos de intercambios o canjes conviene adoptar un tamaño de ficha que sea generalmente admitido y usado en los diversos países. Así, es aconsejable el tamaño 9 x 12, el mismo que he usado, aunque con una mínima diferencia (7,5 x 12,5). La ficha de Jurisprudencia, que contempla los hechos, el derecho, los fundamentos y la solución judicial, han de ser de un tamaño mayor al señalado, y así lo he decidido en experiencias de gran mérito que logré en el Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Chile, que dirigí por espacio de seis años.

IV - *Multicopistas que hacen posibles los intercambios o canjes.*

a) *Sistemas de multicopias*. - Las multicopias ofrecen dos tipos diferentes de problemas en atención a si se está confeccionando paulatinamente un fichero en multicopias, o bien, si se desea obtener copias múltiples de un fichero que viene elaborándose desde hace años. Los dos sistemas mecánicos y las máquinas mismas son variadas. La técnica moderna ofrece, sin embargo, solución para todas las hipótesis. No es éste, al parecer, el lugar más apropiado para hacer las descripciones respectivas. Los sistemas, son, en general, conocidos.

b) *Intercambio o canjes*. - Como son muchos los organismos que practica el fichaje, si se adopta por ellos un sistema universal, al menos en lo formal se hará posible intercambiar o canjear fichas de los diferentes ficheros. Con ello se logrará un incremento por intercambio de esfuerzos. En innumerables trabajos especializados, y aun en reuniones internacionales importantes se ha recomendado el canje.

V - *Consagración internacional de trabajos de este tipo.*

El fichaje bibliográfico ha sido tratado en reuniones internacionales de profesores y estudiantes, justamente en la más importante de todas ellas, vale decir, en la Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho. En la Cuarta de estas Conferencias, realizada en Montevideo, entre el 21 y 27 de abril de 1965, el Plenario de la Conferencia contó entre sus *acuerdos* con el que se reproduce más adelante conforme al texto dado por la Universidad organizadora. (1).

Esto fue a raíz de trabajos presentados a la Conferencia, uno por mi y otro por el profesor uruguayo Luis Seguí González.

Este acuerdo demuestra la importancia del sistema, su sentido universal captado por la Conferencia y la necesidad de su divulgación y programación.

El acuerdo citado expresa:

Recomendar que se proceda a la clasificación y fichaje del material bibliográfico, sugiriendo al respecto:

1º Proseguir los trabajos de clasificación científica de legislación, jurisprudencia y doctrina, por otra parte de los servicios que en la actualidad funcionan en las Facultades de Derecho Latinoamericanas, o instituir estos servicios en las Facultades donde no existen.

2º Intercambiar información entre dichos servicios, con el fin de uniformar, en lo posible, el sistema y la técnica empleados.

3º Estudiar la posibilidad de canje de fichas entre esos mismos servicios en las materias o temas de mayor interés, o, en su lugar, evacuar las consultas que se formulen.

4º Conferir la dirección de esos servicios a personas ampliamente capacitadas por sus conocimientos jurídicos y por su dominio de la técnica de la clasificación normativa de carácter científico.

5º Crear cursos breves de capacitación general en este tipo de trabajo de investigación jurídica, para profesores, profesionales, y estudiantes interesados en adquirirla.

(1) - Boletín Nº 7 de la Conferencia, pág. 20.

6º Dar amplia difusión a los trabajos que se realicen dentro y fuera del ámbito universitario, para formar conciencia de su necesidad y utilidad en los aspectos señalados.

Llevado el problema al nivel más perfeccionado de la computación, y siempre en el campo internacional, encontramos la resolución 16, sobre computadoras de la Conferencia Mundial de Bangkok (Tailandia) sobre la Paz Mundial mediante el Derecho, de 11 de Septiembre de 1969. Dada su importancia, se reproducirá la citada *Resolución 16*:

“CONSIDERANDO QUE las presentaciones realizadas a la Conferencia de Bangkok han demostrado que la aplicación de las computadoras al derecho está desarrollándose internacionalmente a ritmo acelerado y es necesario coordinar esta actividad de carácter mundial.

RESUELVE QUE el Centro prosiga con total energía sus actividades encaminadas a compilar la legislación por medios electrónicos y facilitar su recuperación cobrando por dicho servicio, y la Conferencia solicite de los Abogados y profesores el derecho que:

1) tan pronto como fuere posible creen un sistema internacional basado en las organizaciones existentes, la revista del Centro “Law and Computer Technology” y la Sección del Centro sobre computadoras y el derecho, a fin de mejorar el intercambio de información entre juristas y profesores;

2) desarrollen y promuevan las actividades del Instituto Internacional de informática jurídica; y

3) faciliten y programen en las Facultades de Derecho cursos de cibernética y relativos a la utilización de computadoras”.

Siempre en el plano de la computación, encontramos los Folletos Nº 4 y Nº 9, de los “*Folletos de Investigación*” publicados por el Centro para la Paz Mundial mediante el Derecho.

El Nº 4 se intitula: “La investigación jurídica mediante Computadoras” 1966.

El Nº 9 se denomina: “Plan Propuesto para la Computación del Derecho Internacionalmente, 1968”.

Sobre computación aplicada al Derecho, siendo bastante el material que va produciéndose en el último tiempo, no querría, sin embargo, omi-

tir la cita de la revista mensual de computación relacionada con el derecho, que se edita en inglés y cuyo nombre es “Law and Computer Technology” World Peace Through Law Center, 75 Rue de Lyon, Geneva, Switzerland. Como tampoco querría omitir la cita de estudiosos ensayos que realizan en Montpellier, Francia, si bien con el afán de mantener en cierto secreto los primeros resultados y los planes a futuro. Esto me hace recordar a Stradivarius, el constructor de violines de Cremona, Italia, en el siglo XVIII.

VI Conclusiones

a) La computación, en la rama que aquí nos interesa, es una etapa de perfeccionamiento de la información y comunicación rápida, segura, racional, integrada y comparativa de datos y conocimientos jurídico-sociales.

b) El método de la computación es impracticable e inconcebible sin un fichero temático-científico confeccionado en debida forma, del modo que aquí se ha descrito. No se descarta que ingresen a la computadora fichas meramente bibliográficas, indicativas de fuentes, como ser, nóminas de bibliografías sobre temas determinados, o bien, fichas que yo he llamado “de señalización” y que siendo temáticas y muy simples, se limitan a “señalar” en donde se encuentra tratada una materia o tema, sin decir más. En ambos casos las respuestas de la computadora, sin embargo, serán simples e incompletas.

c) El fichero temático-científico tiene, pues, el carácter de trabajo necesariamente preparatorio de la computación.

ch) La confección de un fichero temático-científico de lo jurídico-social no escapa a las técnicas de la biblioteconomía; pero es, incontestablemente, obra de juristas expertos, con calidad de verdaderos investigadores.

d) Un fichero no se describe; se hace. Con esto quiero decir que toda la teorización sobre la materia valdrá menos que la ejecución reflexiva del mismo, la dialogación y ejecución interrelacionadas y la preparación profunda y amplia del fichador puestas al servicio de su vocación de fichar. Es como la investigación; no se aprende en los libros, se aprende investigando. Una prueba más, entre muchas, que el fichaje es investigación auténtica, aunque algunos sonrían ante esta afirmación.

e) Deben irse confeccionando ficheros, temáticos, del más alto nivel en diversos países, para luego "vaciarlos" en los instrumentos y técnica de la computación.

f) No habrá desarrollo de lo jurídico-social, ni otras formas del desarrollo por efecto multiplicativo, si no se adoptan los métodos de información y comunicación, señalados, que comprende fichero temático-científico y seguidamente computación, esta última a cargo de un técnico en computación, si bien, preferentemente, con la asistencia de un especialista que le va a resolver los problemas de semántica y de programación científica, considerando, aún, el llamado perfil del usuario.

g) Toda reforma en las Facultades de Derecho debe tener como primer postulado la información y la comunicación como cuestión de método y con caracteres de urgencia y prioridad. Igual criterio debe adoptarse en cuantas Jornadas de Estudio se organicen, de ser posible por la programación general; como ha sucedido en esta oportunidad en Buenos Aires, por obra de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

h) Como idea más distante, ha de considerarse la instalación futura de una Central de Computación en algún lugar adecuado de nuestra zona hispanoamericana.

Prof. Fernando Fueyo Laneri.

LAS INSTITUCIONES POLITICAS DE EXCEPCION

Dr. Ernesto Saa Velasco,

Profesor de la Universidad del Cauca.

Razón de ser de las Instituciones Políticas de Excepción

Las instituciones políticas obedecen y funcionan en beneficio primordial de la base socio-económica que las sustenta: ningún poder político es aislado, solitario e independiente; la dominación que conlleva nace de la infraestructura respectiva y para su propia defensa, permanencia y consolidación.

La política establece una categoría singular de instituciones llamadas de excepción porque suponen el ejercicio irregular y extraordinario de autoridad suficiente con el único objetivo de superar crisis extremas. Las denominaciones son muchas: estado de sitio, situación de alerta, períodos de emergencia nacional.

El aspecto irregular está en el rompimiento transitorio del régimen formal de competencias, y por el cual el gobierno obtiene atribuciones para "tiempo de guerra". Por eso los constitucionalistas clásicos acuden con amargura a la expresión "brechas del constitucionalismo" cuando se refieren a ellas.

Lo extraordinario radica en los presupuestos para emplear esas funciones, que son los hechos más graves normativamente señalados: guerra exterior, alteración del orden público político o socio-económico y temor a perturbaciones. También en la extensión y efectos, hay un au-

mento no despreciable de las órbitas gubernativas y repercusiones en todos los órdenes estatales.

El objetivo señalado por la doctrina y repetido por los constituyentes es el de atender con imperio fuerte y hasta arbitrario una urgente dificultad política o social. En el fondo, las instituciones de excepción no son ajenas a la comprobada vinculación de base y superestructura; realmente, son las previsiones de un sistema para legitimar sus factores dominantes, asegurar su protección y firmeza. Por eso los sistemas se cambian por revolución y las revoluciones son violentas e impuestas.

La constitución colombiana estructura tres figuras que consagran la utilización de poderes de excepción: el estado de sitio (artículo 121 C. N.), el estado de emergencia económica y social (artículo 122 C. N.) y la retención de las personas por motivos de orden público (artículos 28 incisos 2 y 3 C. N.); exhiben modalidades diferentes pero sustancialmente implican funciones formalmente no ordinarias y profundamente arbitrarias.

La historia del estado de sitio es larga, el artículo vigente con modificaciones mecánicas, parte de la constitución de 1886.

También la trayectoria del artículo 28 hace evidente la estructuración de arma institucional poderosa con sentido político.

La reforma de 1968 desprendió del estado de sitio, el de emergencia económica y social; dejó el primero para conservar o restablecer el orden público político y el segundo para mantener o restaurar el orden público económico y social.

La noción de orden público económico y social no era extraña porque caprichosamente se había incrustado en la doctrina y la jurisprudencia nacionales para explicar el ejercicio desmedido de las prerrogativas del estado de sitio y que en él no cabían, si nos ajustamos al estricto sentido y a la evolución del artículo 121.

Sólo la caducidad del sistema político, agravada con las diarias tensiones de una base socio-económica de desigualdades, movían a la justificación y hasta a la alabanza de esta ampliación con motivo del estado de sitio.

Fue el antiguo movimiento liberal revolucionario (M.R.L.) el que promovió y con su concurso llevó a cabo la modificación constitucional aludida creando el nuevo modelo del estado de emergencia económica.

Esta fracción partidista quiso reivindicar la auténtica tradición liberal del Estado de Derecho en todo tiempo y las rectificaciones inflexibles al abuso de las concesiones anormales; solucionó su conflicto de "convicción liberal", elaborando una entidad constitucional, también de emergencia, para afrontar los problemas socio-económicos que provoquen disturbios colectivos. Así surgió el estado de emergencia económica y social.

El Estado de Sitio.

I) *Concepto.* - Son poderes excepcionales y represivos que asume el presidente de la república para mantener la estabilidad de las instituciones establecidas.

Son excepcionales por ser los máximos poderes normativos previstos y que, desde luego, no caben en las divisiones comunes de las funciones gubernativas.

No son poderes legislativos porque la función legislativa es potestad constituida, es decir, sujeta a la constitución y sin efectos contra ella; la verdadera ley, nunca suspende preceptos constitucionales. En cambio, las disposiciones del estado de sitio pueden suspender las denominadas garantías constitucionales relativas.

La actividad legislativa se traduce en ley con fuerza reguladora para el futuro y derogatoria de disposiciones contrarias de igual jerarquía jurídica. Los decretos expedidos durante el estado de sitio, tienen efectividad transitoria, pierden su rigor impositivo al restablecerse el balance del ordenamiento jurídico político.

Además, los decretos de anomalía carecen de efectos derogatorios; precisamente, porque son providencias de crisis, sólo tienen posibilidades jurídicas de suspensión.

El decreto legislativo, a su vez, está exento de labor legislativa por parte del congreso; sólo el gobierno tiene competencia para derogarlo. Admitir lo contrario sería establecer la intervención del congreso en temas de orden público asignados privativamente al gobierno.

Si el decreto legislativo fuera ley, el congreso podría derogarlo como sucede con los decretos de emergencia económica y los extraordinarios expedidos en virtud de delegación de funciones legislativas.

De lo expuesto se deduce la naturaleza especialísima, no legislativa, tampoco administrativa ni jurisdiccional de los poderes presidenciales de Estado de Sitio.

En consecuencia, los decretos dictados durante el tiempo de conmoción política no ocupan el mismo sitio de las leyes en el esquema piramidal del orden jurídico.

Dentro del marco estricto de la lógica kelseniana no encuentran lugar perfecto en la conocida pirámide porque ésta sintetiza el ordenamiento normal, lógico, no alterado; las situaciones de estado de sitio son rompimientos de las rigurosas vinculaciones kelsenianas. Preguntamos: tiene explicación dentro de la lógica del gran pensador la circunstancia de que un decreto legislativo suspenda artículos de la "razón suprema y última de validez" que es la constitución? No obstante de lo anterior, tienen en ella su razón de validez abstracta para efectos de control?

La lógica formal normativa no tiene respuesta; para la lógica dialéctica son contradicciones normativas en unidad, reflejo de la coexistencia en un sistema socio-económico y político jurídico, de épocas de normalidad y anormalidad a la vez. En las economías subdesarrolladas pugnan los choques clasistas dentro de la normalidad institucional; por eso el conocimiento político-jurídico conjuga igualmente esas contradicciones.

Dijimos, en el concepto inicial de los poderes de estado de sitio, que se tratan de atribuciones con fines represivos, aún si se toman con intenciones preventivas; es decir, a través de ellos se toman medidas de control, de coacción, de persecución, dirigidas hacia las personas que atentan contra el orden público o representen ocasiones de alteración.

Los decretos de estado de sitio, no formulan valores jurídicos o socio-económicos de adelanto, rectificación o adición del ordenamiento estatuido, sino medidas concretas para su defensa, preventivas o represivas.

Todas las alteraciones del orden público son atentados colectivos contra las instituciones en vigencia; éstas proponen modos para su evolución pero también modos para su defensa; el estado de sitio es el más eficaz medio de represión para la preservación institucional.

Repetimos: todo poder político tiene una base socio-económica que lo apoya y que se refleja en unas instituciones políticas-jurídicas y culturales, instituciones que a su vez obran para la misma base socio-económica.

nómica procurando su defensa, permanencia y progreso. Los poderes de excepción aseguran en momentos difíciles la supervivencia de los factores reales de poder institucionalizados.

Por eso lo expedito en su ejercicio y la amplitud constitucional en su configuración. El presidente asume directamente las funciones de estado de sitio y valora autónomamente los motivos de perturbación.

II) Son poderes extraordinarios por su extensión, causas y efectos.

A) Son poderes extraordinarios por su extensión. El presidente de la República puede asumir los siguientes poderes:

a) Poderes constitucionales y legales para períodos de crisis, o sea, potestades que la constitución y la ley establecen pero exclusivamente para "tiempo de guerra". Concluimos en que las funciones de excepción conllevan un aumento de facultades gubernativas, además de las atribuciones regulares, las que concede la constitución y la ley para esos períodos. Estas facultades encierran elementos de represión y auxiliares para contener y dominar la crisis.

b) Poder para suspender garantías constitucionales relativas que son aquellas cuyas prácticas resultan inconvenientes para la consecución de los fines de los poderes de excepción: expresión, reunión, circulación, por ejemplo. El estado de sitio indica la más delicada crisis y por esto se hace sentir hasta en la misma fuente del sistema jurídico que es la constitución y en ésta, en la sección más estimada y respetada como es el título de los derechos individuales y garantías constitucionales.

c) Poder para suspender leyes cuyos preceptos el presidente considera incompatibles con la cancelación de la crisis y dictar la norma sustitutiva. Corresponde al presidente escoger libremente, la incompatibilidad de la ley que suspende con los propósitos de las funciones de excepción.

Es el único caso de suspensión de la fuerza normativa de una ley ante dificultades nacionales.

d) Poderes implícitos y poderes explícitos. En algunos estados el presidente asume también poderes implícitos, es decir, facultades no previstas expresamente en una norma ni prohibidas pero que emanan de la naturaleza o índole de la crisis, son poderes para combatir la anormalidad surgidos de la propia anormalidad. El presidente, según las pro-

porciones de los hechos que instalaron la emergencia, reúne a los poderes recíprocos para afrontarla.

El artículo 121 de la constitución colombiana utiliza la expresión "Derecho de Gentes" que denuncia un conjunto de reglas no escritas, respetadas consuetudinariamente y aplicables a la guerra entre naciones. El llamado derecho de gentes es, pues, fuente de poderes implícitos.

Por oposición tenemos los poderes explícitos o facultades positivamente consagrados para lapsos de conmoción y que caen en la categoría primera (aparte a).

B) Son poderes extraordinarios por sus causas y presupuestos.

Estos poderes suficientes sólo los asume el presidente en los casos enunciados por la constitución y que generalmente son:

a) Mantenimiento del orden público, en este evento, las funciones de excepción cumplen una tarea preventiva de los hechos perturbadores y represiva contra sus presuntos autores.

b) Restablecimiento del orden público, aquí ya existe alteración que es reprimida.

c) Guerra exterior.

Las causales que miran al orden público interno son señaladas con libertad por el presidente porque la constitución, a la mera enunciación, no agrega cauces a seguir o criterios objetivos de consideración; son, pues, causales precisas en su formulación pero profundamente extensas en cuanto a los hechos constitutivos. Por eso, el decreto de declaración del estado de sitio es un típico acto de poder o político, desvinculado materialmente de la constitución.

C) Son poderes extraordinarios por sus efectos.

Por último, los poderes de estado de sitio son extraordinarios porque pueden afectar cualquier parte de un sistema jurídico, inclusive las propias garantías constitucionales, pero únicamente efectos de suspensión transitoria; de ahí la denominación de "brechas del constitucionalismo" donde se ubica el ejercicio de estas atribuciones ya que es el único caso en que preceptos constitucionales sufren esta eventualidad.

III) Aspectos Jurídicos de los poderes de Estado de Sitio.

Los constitucionalistas clásicos aceptan la extensión de los poderes de excepción pero agregan la tesis formalista de que, a pesar de todo, no son poderes arbitrarios ni ilimitados. Sin embargo, las restricciones

jurídicas impuestas no resisten al empuje de la arbitrariedad que por su naturaleza contienen. Presentemos esas limitaciones:

a) Los poderes de excepción se distinguen de la ley marcial. Oportuno es apreciar el sentido de la expresión, "ley marcial".

"La Ley Marcial" no es sino el imperio del poder militar en el estado de guerra, y hasta donde sus operaciones militares y la seguridad misma de los ejércitos la reclama en su aplicación a las cosas y a la persona. Nace con la guerra y está en vigencia y desarrolla todo su poder durante la guerra. Es la ley de la guerra con las limitaciones que los principios del derecho le imponen en el estado actual de la civilización" (1).

La ley marcial regula la guerra, situación de conflicto pero internacionalmente reglada. Por consiguiente, nace del tratado internacional o de la costumbre y pertenece a la teoría internacional. Su efecto principal es el desplazamiento y sometimiento del poder civil por el militar.

La ley marcial maneja muchas figuras propias, "criminales de guerra", "operaciones bélicas", "violación de las normas de guerra" entre otras.

Los poderes de excepción son medios de defensa de las instituciones establecidas, nacen de la constitución y están disciplinados por las normas nacionales, es cuestión de derecho interno.

Los poderes de excepción conllevan el uso del poder militar pero sin subordinar, reducir o suplantarse el poder civil. En Colombia el presidente es el jefe de las fuerzas militares (120 N° 8 y el ejército nacional está a disposición del gobierno (120 N° 6).

Pero muchas constituciones asimilan las alteraciones del orden público a situaciones de guerra y autorizan al gobierno, a través de los poderes de estado de sitio, el uso de medidas propias de la guerra internacional. No es extraño, pues, que en un momento dado las tácticas y técnicas de represión por su rigor y estilo, en nada se diferencien de los estados de guerra.

Igualmente, varios gobernantes, identifican el estado de sitio con la ley marcial para justificar actitudes intolerables dentro del auténtico marco constitucional.

(1) Anancio Alcorta - Las garantías constitucionales. Cita de Linares Quintana. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Buenos Aires 1956, Tomo V, pág. 415.

Tampoco es inadmisibles llamar al Código Militar ley marcial. La actividad de la fuerza pública, dada su característica especial, es jurídicamente dirigida por el código militar, verdadera ley con ámbitos de validez material y personal inconfundibles.

b) La declaración del estado de sitio y el consiguiente ejercicio de sus funciones no produce la suspensión constitucional automática; son necesarios actos presidenciales singulares que afecten específicamente garantías y leyes ciertas.

c) La facultad de suspender garantías constitucionales y leyes es limitada. Existen, por ejemplo, las llamadas garantías constitucionales absolutas, con efectividad inalterable aún en períodos de guerra; por esta circunstancia merecen respeto total.

En la constitución colombiana encontramos algunas garantías de esta clase, las de los artículos 28, 29, 25, 26 y 34.

Otras garantías constitucionales son relativas, es decir, establecidas para tiempo de paz; en consecuencia, durante el lapso de anormalidad el gobierno adquiere la iniciativa de suspenderlas, ejemplos, las consignadas en los artículos 42, 43 y 61 de la constitución colombiana; igualmente, aquellas garantías constitucionales cuyo disfrute es incompatible con la realización de los fines de las funciones de excepción, pueden ser suspendidas por el gobierno. Nuestra constitución suministra algunos ejemplos en los artículos 18, 38, y 46.

El presidente tiene la facultad de suspender, por decreto legislativo, únicamente las leyes que por sus contenidos estime en oposición con los fines y propósitos del estado de sitio y dictar las normas sustitutivas. Con todo, la manifiesta independencia presidencial en la apreciación de la incompatibilidad y la complejidad de los problemas de orden público, conducen fácilmente al exceso gubernativo y a un control constitucional débil y vacilante el que sólo será efectivo cuando la vinculación citada no es evidente.

d) Requisitos formales. Varios órdenes jurídicos establecen algunos requisitos formales de estricto cumplimiento pero ineficaces para evitar abusos. En Colombia, para declarar el estado de sitio, es necesario el concepto previo del Consejo de Estado pero no es obligación del gobierno acatarlo. Todos los decretos deben llevar la firma de los ministros del despacho pero éstos son de libre nombramiento y remoción y políticamente solidarios en virtud del régimen presidencial.

El concepto del Consejo de Estado es, además, inútil e inconveniente; inútil porque esta entidad nada puede aportar en un proceso político que se inicia con la declaración del estado de sitio; inconveniente, porque acerca un órgano predominantemente jurisdiccional a la más peligrosa movilización política de represión.

e) Las providencias dictadas en ejercicio de los poderes de excepción tienen fuerza normativa transitoria, la pierden automáticamente al cesar la agitación; es así, porque se trata de una regulación para un período de emergencia, no de una legislación permanente para época ordinaria.

Antes de la reforma constitucional de 1968 prosperó en Colombia la práctica de prorrogar por ley la vigencia de los decretos legislativos.

Esta práctica, aceptada lamentablemente por la Corte Suprema, atropella dos principios fundamentales:

1) El respeto a la constitución. Claramente dispone el artículo 121 que los decretos legislativos dejan de regir cuando termina el estado de sitio.

2) Lesionado el principio de la autoridad formal de la ley. No es científico que una ley formal, dé fuerza de ley a unos decretos, a veces masivamente, sin ser sometidos al proceso legislativo.

Esta práctica, indiscutiblemente errada, surge de la gravísima tendencia, desgraciadamente reiterada, de acudir a los poderes de excepción del artículo 121 como oportunidad para legislar ordinaria y permanentemente. Y así, no se obra para y sobre la crisis sino para todo y sobre todo. Antes de la reforma de 1968 que originó la emergencia económica, los presidentes colombianos creían que los poderes de estado de sitio eran facultades conferidas por la constitución para legislar indefinidamente.

f) Duración de los poderes de excepción. Su uso debe tener un máximo de duración, al ser indefinido, viene el abuso porque esos poderes momentáneos para dificultades políticas se convierten en cauces de legislación normal y continua. Sencillamente, se desvirtúan su naturaleza y fines.

La Constitución colombiana no establece ámbito temporal al estado de sitio, es indefinido; es este uno de los motivos de tantos desvíos que registra la historia constitucional.

g) Control Constitucional. - Los decretos provisionales expedidos con ocasión del ejercicio de las funciones de excepción están sujetos al control constitucional automático. Dice el parágrafo del artículo 121:

"Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

"Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario".

Es este un control aparentemente drástico pero difícilmente eficaz. En efecto:

El decreto de "declaración" del estado de sitio escapa al control constitucional por ser un acto totalmente político sin conexión material con la constitución. Lo mismo puede afirmarse del decreto que "declara" superada la crisis y el restablecimiento de la tranquilidad. Son actos meramente declarativos, no de regulación.

El control constitucional de los decretos reguladores, mal llamados legislativos, se torna escaso por dos razones principales:

a) La discrecionalidad gubernativa para la suspensión de garantías y leyes.

b) Por las fórmulas eminentemente políticas que exhiben y es unánimemente repetida la opinión de que la Corte sólo cumple un control jurídico, nunca político.

h) Responsabilidad Presidencial. Prueba última dada por los constitucionalistas liberales, de que los poderes de estado de sitio no son ilimitados ni arbitrarios, es la responsabilidad presidencial por exceso, omisión o desvío en su ejercicio; se trata de doble responsabilidad, política, derivada por el Congreso y criminal o común por un tribunal jurisdiccional, en Colombia, la Corte Suprema de Justicia. (art. 151 N° 1).

También la concreción de la responsabilidad presidencial encuentra sus obstáculos innegables. El apoyo político que en los gobiernos presi-

denciales tiene el jefe de la administración y sus mecanismos de proyección, de condicionamiento y de vigilancia con relación al congreso, hacen ilusoria la nombrada responsabilidad presidencial.

IV) Los poderes de Estado de Sitio son al mismo tiempo Jurídicos y Arbitrarios.

Razón tienen determinados autores cuando llaman al estado de sitio "dictadura constitucional"; hemos planteado la amplitud y los impedimentos constitucionales y doctrinales de las funciones gubernativas en estas condiciones: control jurídico por la Corte y político por el Congreso, efectos de suspensión, requisitos formales, garantías constitucionales, etc. Todo conduce a la juridicidad del estado de sitio.

Pero al mismo tiempo, percibimos la arbitrariedad de dichos poderes que llevan al abuso. La dosis grande de discrecionalidad presidencial que hacen difícil el control jurídico y político, la ineffectividad de las limitaciones, la dominación eficaz con la suspensión de las garantías constitucionales relativas (reunión, huelga, expresión, libertad física), entre otras consideraciones, dan, en el estado de sitio, un predominio a la arbitrariedad.

Juridicidad y arbitrariedad componen la filosofía contradictoria del estado de sitio, porque es una institución defensiva y represiva de un sistema socio-económico y a la vez revestida y justificada por la ideología jurídica; es decir, la dominación tomando lo jurídico-político como instrumento.

Durante un siglo fue suficiente el estado de sitio; los conflictos cedían con la represión política y la imposición lograba sus objetivos; posteriormente, las formaciones socio-económicas tomaron otras modalidades, se originaron importantes procesos socio-económicos, los cambios cuantitativos se hicieron visibles y la sociedad colombiana más conflictiva; eran ya los delicados problemas económicos y sociales.

La noción del orden público entonces se amplió y se legisló acudiendo al estado de sitio sobre puntos económicos y sociales; además de instrumento de represión política pasó a ser recurso para legislar. De esta contradicción institucional del estado de sitio nació en 1968 la nueva entidad constitucional del estado de emergencia, ya cualitativamente diferente.

V) Decretos Legislativos.

Fuera de los decretos meramente declarativos, de efectos políticos trascendentales, durante el estado de sitio, el presidente expide decretos que contienen medidas de orden público, represivas, preventivas o reguladoras; la ley colombiana los denomina de manera no correcta "decretos legislativos".

a) Su razón de validez inmediata, contradictoriamente, ya lo explicamos, está en la constitución, porque los poderes extraordinarios surgen de la constitución; en consecuencia, cualquier enjuiciamiento jurídico en cuanto a su ejercicio tendrá que hacerse con referencia a un precepto o interpretación constitucional para constatar sujeción o exceso.

b) Efectos y fuerza normativa. Los decretos legislativos tienen efectos de suspensión para todas las partes o secciones de la normatividad dentro de los límites ya presentados; suspenden garantías constitucionales relativas, leyes y actos administrativos incompatibles con la emergencia.

La fuerza normativa es transitoria porque contiene medidas surgidas de una crisis y para la crisis; cesa automáticamente el ser formalmente declarada la determinación del período anormal.

En forma ordinaria un decreto legislativo pierde su fuerza normativa por derogación mediante otro decreto legislativo contrario. La ley no los deroga porque se trata de una competencia constitucional privativa del presidente de la república.

El congreso conserva con relación a las funciones de excepción únicamente sus potestades fiscalizadoras y de control político.

c) Forma. Tienen forma singular que varía según los sistemas; en Colombia, llevan la firma del presidente y de todos los ministros. Esta formalidad quiere indicar un acuerdo y solidaridad gubernativa en resoluciones de trascendencia política.

El Estado de Emergencia Económica y Social.

I) Concepto.

Es una institución particular que otorga al presidente de la República funciones excepcionales de naturaleza legislativa para hacer frente a perturbaciones del orden económico y social, evitar su alteración o atender calamidades públicas.

Ya anotamos el origen de las estructuras constitucionales especiales, la del estado de emergencia económica se ubica entre ellas; por consiguiente, toda la interpretación debe ser restrictiva, no es correcto ampliar el sentido estricto que informa a la constitución en sus disposiciones particulares y restringidas.

Los poderes que otorga la emergencia económica están consignados en la constitución, el presidente los asume mediante el cumplimiento de inútiles requisitos formales: el concepto previo del Consejo de Estado y la firma de todos los ministros de los decretos declarativos y decretos leyes especiales propiamente dichos.

Podemos afirmar, entonces, que las funciones que emanan del estado de emergencia económica son propias del presidente porque la constitución lo faculta directamente y entra en su ejercicio sin condiciones ni participaciones efectivas de otros órganos estatales.

Estas funciones son legislativas, el presidente legisla sobre las materias económicas y sociales que lesionan o amenacen alterar la regular vida económica y social o sobre los hechos constitutivos de la calamidad pública.

El presidente expide "decretos leyes especiales" con fuerza normativa y efectos de leyes, es decir, rigen permanentemente hasta ser sustituidos por el congreso o por otros decretos especiales contrarios; derogan leyes que les sean opuestas pero en ningún caso suspenden preceptos constitucionales.

Lo expuesto aprueba la calidad legislativa de los poderes de urgencia económica y social; los nombrados decretos leyes especiales tienen la misma jerarquía en los planos de la positividad jurídica de las leyes comunes. Son poderes para legislar materialmente.

Pero son excepcionales en los siguientes puntos:

a) Porque no pertenecen normalmente al presidente quien los asume en un momento dado, se descompensa el esquema ordinario de competencias del congreso y del ejecutivo y se desconoce la expresión formal de la función legislativa que reclama su proceso de deliberación pública, con etapas y recursos.

b) Porque a pesar de ser una utilización "anormal" de funciones, desde el punto de vista de la organización institucional ordinaria, las disposiciones dictadas tienen fuerza futura de ley.

c) Porque sus fines son inaplazables, terminar con la perturbación del orden económico y social, impedir que se perturbe (efectos preventivos y represivos) o la satisfacción de necesidades apremiantes por calamidades públicas.

De este modo, la constitución autoriza al presidente para tomar las atribuciones de gravedad económica, traza las metas y objetivos que delimitan su ámbito de acción.

Pero a pesar de ser sustancialmente funciones legislativas excepcionales tienen la fuerza normativa y los efectos de ley; es otra contradicción jurídica fundamental nacida de la contradicción inherente a la economía colombiana con manifestaciones temporales de normalidad porque realmente padece de anormalidad permanente.

Las economías denominadas "subdesarrolladas" son prolongaciones capitalistas de explotación; presentan, por consiguiente, además de las contradicciones propias, las resultantes de la dependencia internacional. Por eso los sistemas socio-económicos latinoamericanos están permanentemente en anormalidad que se acentúa y concreta particularmente en los denominados "períodos de anormalidad o crisis", que en esencia no son más que gravedad protuberante de la anormalidad socio-económica inherente.

El estado de emergencia económica obedece, exactamente, a estos elementos cualitativos de las economías subdesarrolladas. A la gravedad de la anormalidad socio-económica corresponde lo excepcional de los poderes de emergencia; a la anormalidad constante, corresponde la fuerza normativa de ley, permanente, de los decretos leyes extraordinarios expedidos en el lapso crítico.

II) Causas para asumir los poderes de emergencia económica.

Son tres las causas que el artículo 122 presenta:

a) Perturbación del orden público económico y social. Es el mismo concepto, esencialmente relativo, de orden público aplicado al sector económico y social; esta relatividad aumenta si tenemos en cuenta que los fenómenos económicos y sociales son complejos, inseparables, con raíces internacionales, de consecuencias conexas e integradas. Para un gobierno una huelga puede ser móvil de conmoción económica y para otro, sólo ciertas condiciones de dimensiones manifiestas traen la práctica correcta de la emergencia económica y social. Efectivamente:

Orden público significa el acatamiento y el respeto colectivos al sistema institucional político y socio-económico establecido; hay alteración del orden público cuando, por cualquier circunstancia, se lesiona colectivamente dicho sistema; un irrespeto privado sin alcances sociales no es una perturbación del orden público.

La doctrina actual distingue el orden público político que, siguiendo el mismo criterio sencillo, es el normal desarrollo de las relaciones político-jurídicas; el orden público económico que denuncia, igualmente, normalidad en las relaciones establecidas por un sistema de producción.

En las democracias occidentales el orden público político consiste en el libre y legal juego de los partidos políticos policlasistas y de las técnicas de gobierno. En lo económico, existe desigualdad de los distintos grupos que intervienen en el proceso de producción, sin embargo, está institucionalizada, y el orden público económico es el desenvolvimiento y vigencia de esa desigualdad; cualquier intento de igualdad promovido por el sector trabajador implica alteración del orden público económico.

De lo anterior se desprende que la idea de orden público en sus tres acepciones incrusta la defensa de escalas de valores políticos, económicos y sociales.

Por otra parte, observamos que es imposible desligar la perturbación del orden público político, motivo para acudir al estado de sitio, del desorden económico y social ya que toda conmoción política, en el fondo, es proyección fija de pugnas socio-económicas, los hechos económicos provocan reacciones sociales y políticas.

Verdaderamente, la reforma de 1968 al deslindar el estado de sitio y el de emergencia económica, concretó en esta nueva figura, una manera de legislar expeditamente sobre cuestiones económicas y sociales en un país de economía subdesarrollada que padece sometimientos internacionales y antagonismos clasistas. En última instancia, es el presidente quien escoge entre el estado de sitio y el de emergencia económica, según el grado de represión requerido.

b) Hechos que "amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico y social del país". Estas apreciaciones también son autónomas del presidente; en consecuencia, sobra la exigencia de que la declaración de emergencia "deberá ser motivada".

A pesar de los términos usados por el artículo 122, "amenaza grave e inminente", no se recorta la discrecionalidad presidencial porque de-

ben tenerse en cuenta las opiniones diferentes, complejas y contradictorias que surgen necesariamente en el análisis de un hecho o de una medida socio-económica.

Por consiguiente, el decreto en el cual se declara la anormalidad económica y social, es un acto de poder, de gobierno o político exento de vigilancia constitucional por consideraciones materiales.

c) Calamidad pública, es la tercera causa del estado de emergencia; ya los elementos que componen las tragedias colectivas son notorios, objetivos y sobresalientes.

Contradicción. - De todo lo dicho, sacamos una conclusión fundamental: existe evidente oposición en la disposición constitucional entre la definición de los poderes de emergencia y su delimitación, por un lado, y la discrecionalidad y autonomía arbitraria e incondicionada que otorga al presidente en la apreciación de los motivos para asumir las funciones de emergencia económica, por el otro; *no arbitrariedad y arbitrariedad* concurren en esta institución.

La emergencia económica es un método para legislar rápidamente ante las demandas y tensiones de una base contradictoria y compleja, por eso su juridicidad; pero a la vez, es un medio de protección y fortalecimiento de esa misma base, supone una represión sustitutiva, es decir, a través de modificaciones, rectificaciones, atenciones, etc., por eso su aspecto arbitrario.

III) Limitaciones de los poderes de emergencia económica.

a) Limitaciones en cuanto al contenido. Están destinados exclusivamente a "conjugar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos", los decretos que se dicten: "solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia". (Artículo 122 inciso 2).

La relación directa y específica es determinada por el gobierno discrecionalmente, pero no arbitrariamente por cuanto que al recibir los decretos respectivos el control constitucional automático, el órgano contralor enjuicia esa vinculación para comprobar si hubo exceso presidencial en su expedición. Sucede lo mismo que con la facultad de suspender la ley cuya aplicación es incompatible con los fines del estado de sitio.

Más difícil de precisar en este caso ya que los acontecimientos económicos y sociales son solidarios, impulsan procesos ocultos, rápidos, con resultados de dirección imprevisible. Descubrimos aquí contradicciones dialécticas, es decir, en unidad y choque:

A) El sistema económico es integral, compone un todo; la perturbación en uno de sus elementos se extiende a los demás porque es una verdadera estructura orgánica, con vida propia; a su vez, la regulación jurídica del sector causante de la crisis según el gobierno no permanecerá en él exclusivamente sino que trasciende en consecuencias.

Es imposible, pues, precisar el factor perturbador y mantener en él las medidas socio-económicas tomadas; es, igualmente imposible, para la Corte concretar el control constitucional de los decretos expedidos.

Constatamos, pues, la articulación necesaria e integral del sistema socio-económico y político, y al mismo tiempo, la ubicación de la crisis o perturbación en una de sus partes para la cual exclusivamente se legisla; chocan en unidad dos conceptos básicos: el de la economía como estructura o todo y el de la crisis y tratamiento parcial de una zona de esa estructura.

B) Es opinión unánimemente admitida que la Corte Suprema de Justicia, al obrar como órgano contralor de la constitucionalidad, está impedida para analizar aspectos técnicos, socio-económicos y políticos; su misión es meramente jurídica, se reduce al examen de la relación formal y material de la norma con la constitución.

Los decretos de emergencia económica tienen un contenido predominantemente socio-económico, político y técnico, temas ajenos a la Corte; el gobierno califica las circunstancias preocupantes y sobre ellas legisla. La constitución sólo da una pauta abstracta "... dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Tales decretos solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia".

Así, pues, la Corte tiene perfectamente delimitado su poder de control constitucional; sin embargo se le confiere la revisión constitucional de decretos que por su naturaleza presentan consideraciones y fines ajenos a la actividad de la Corte.

b) Limitaciones en cuanto al tiempo de ejercicio de los poderes de emergencia.

El plazo no puede pasar de noventa días al año, compuesto este lapso por uno o varios períodos de emergencia. "El gobierno en el mismo decreto que declara el estado de emergencia señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias"... (inciso 3).

Parece una exacta limitación que obra inmediatamente, al vencer el término previsto, cesan instantáneamente las facultades de emergencia; aunque en noventa días o en períodos que sumados no pasen de esa cifra, es tiempo considerable para acometer una vasta legislación socio-económica que produzca sus efectos. Por otra parte, esta legislación tiene asegurada cierta estabilidad dado el trámite complicado en el funcionamiento del congreso quien puede derogarla normalmente.

Además, ciertas medidas económicas generan resultados instantáneos e irreversibles; en tales circunstancias, el tiempo nada significa.

c) Limitaciones en cuanto a los derechos sociales de los trabajadores.

Dice el inciso 6º del artículo 122: "Durante el estado de emergencia económica el gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores consagrados en leyes anteriores".

Es otra limitación aparentemente absoluta pero que en su efectividad no lo es; en efecto: la prohibición comprende un desmejoramiento institucional de los derechos sociales de los trabajadores, es decir, un desconocimiento, reducción o sustitución de garantías ya establecidas. Es fácil, pues, constatar un menoscabo institucional.

Pero en materia económica y social puede presentarse un indiscutible deterioro real o de hecho por una medida económica que el gobierno tome en estado de emergencia; así, por ejemplo, una disminución de la capacidad adquisitiva de la moneda como consecuencia de una fórmula económica, afecta evidentemente el salario; normas de procedimiento pueden obstaculizar el disfrute exacto de prestaciones laborales; es posible también, que la reglamentación de algunos derechos como la huelga, cancele un goce total. En estos eventos, hay un desmejoramiento real de los derechos sociales de los trabajadores sin tocar en lo más mínimo la implantación institucional preexistente de los mismos.

d) Limitaciones en cuanto a los requisitos formales.

Para proferir el estado de emergencia es imprescindible el concepto previo del Consejo de Estado pero las opiniones emitidas por esa corporación no obligan al gobierno.

Además, un organismo jurisdiccional como el Consejo de Estado, con algunas funciones de consulta, subsistencias indebidas de su evolución histórica, acerca de temas socio-económicos y políticos, no son técnicamente aconsejables ni convenientes para la buena marcha del estado.

El decreto que pregona la emergencia lleva como formalidad la firma del presidente y las de todos los ministros. Idéntico estilo para los decretos leyes especiales producidos sucesivamente.

Estos requisitos formales no limitan en la práctica porque el pronunciamiento del Consejo de Estado no es obligatorio ni útil y los ministros son solidarios con la política presidencial.

IV) Control constitucional automático por la Corte Suprema de Justicia.

Es un tipo de control expedito que opera únicamente para los decretos legislativos (art. 121) y decretos extraordinarios especiales de emergencia económica (art. 122). El gobierno debe enviar a la Corte, el día siguiente a su expedición, cada decreto que dicte en uso de esas facultades para un fallo definitivo sobre su constitucionalidad dentro de plazos perentorios y sanciones inflexibles en caso de morosidad.

La Corte, de oficio, tomará el conocimiento de los mencionados decretos cuando no son remitidos oportunamente por el Gobierno.

Es una revisión total y definitiva de cada decreto, abarca el articulado completo y el fallo se refiere al todo; por consiguiente, excluye otros medios de ataque constitucional.

Es un control estrictamente jurídico, en ningún caso político o técnico; la Corte estudia estos decretos en sus relaciones con las disposiciones y principios de la Constitución, particularmente, con las normas de las instituciones de emergencia, sin tocar los criterios de conveniencia o inconveniencia, los fines gubernativos propuestos ni las mativaciones políticas.

Es una inspección establecida por razones de interés común; la extralimitación de los poderes de excepción acarrea consecuencias graves para todos, es el desconocimiento del texto político primario que es la constitución; en consecuencia, se justifica el control constitucional automático para contener y corregir rápidamente y con eficacia las imper-

fecciones. A la extensión considerable de las atribuciones debe corresponder un singular modelo de guarda, dispendioso y generalmente cómplice, pero de todos modos es un control.

No debe confundirse los "decretos declarativos" con los denominados por el artículo 122 "decretos extraordinarios" y que para mayor precisión e impedir la asimilación con los formulados en virtud de funciones delegadas (art. 76 N° 12) los identificamos como "decretos leyes especiales".

Los declarativos, como su nombre lo indica, encierran meras anunciaciones con efectos políticos y jurídicos trascendentales. El primer decreto expone:

- a) La declaración motivada de la emergencia económica.
- b) El tiempo de duración.
- c) La convocación del congreso para los diez días siguientes al vencimiento de la urgencia.

Expedida esta providencia el gobierno entra en el uso pleno de las facultades de excepción.

El último decreto postula la cesación del período de dificultad; puede ocurrir antes de finalizar el plazo prefijado, será innecesario si ya ha terminado.

Estos decretos presidenciales son actos de gobierno, sin control constitucional porque el análisis de las causas para proceder pertenece privativamente al presidente por ministerio del estatuto fundamental.

La declaración en sí es inatacable. La falta de alguno de los requisitos formales o la omisión de cualquiera de los mandatos constitucionales como la definición del tiempo y la convocación del congreso, dan lugar al control constitucional.

En cuanto a los decretos leyes especiales:

- a) Su razón de validez inmediata: se sitúa en la regla constitucional (art. 122); los motivos, contenidos y fines están allí escritos de manera abstracta y elástica por la cuota de discrecionalidad en temas complejos y discutibles. Sin embargo, esos elementos generales serán pautas irrenunciables en todo examen sobre la validez de los mencionados decretos.
- b) Efectos y fuerza normativa. Tienen efectos y fuerza normativa de leyes.
- c) Forma. Llevan las firmas del presidente y de todos los ministros.

V) Responsabilidad Presidencial.

"Serán responsables el presidente y los ministros cuando declaren el estado de emergencia sin haber ocurrido los hechos a que se refiere el inciso 1°; lo serán también por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo". (art. 122, inciso penúltimo).

Es responsabilidad conjunta del alto gobierno, presidente y ministros.

Es responsabilidad que puede ser doble, política y criminal, o unitaria.

Es responsabilidad que tiene como fuentes la violación de la función pública por hechos ilícitos, actos indignos o desvíos mal intencionados (responsabilidad política); o hechos criminales tipificados en el código penal (responsabilidad común).

Es responsabilidad que se deriva según los trámites de los artículos 102 Nos. 4, 96, 97 y 98 de la Constitución y los pertinentes del C.P.P.

VI) El Estado de Emergencia Económica y el Congreso.

Si el congreso no está reunido deberá ser convocado por el gobierno, al no suceder, gana el derecho de reunión por iniciativa propia.

El objeto específico de las sesiones está constitucionalmente registrado: "El congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogables por acuerdo de las dos cámaras el informe motivado que le presente el gobierno sobre las causas que determinaron el estado de emergencia y las medidas adoptadas". (art. 122 inciso 3).

Es una simple labor de análisis del informe gubernativo sin efectos constitucionalmente establecidos; de él puede surgir una censura o crítica pero también sin consecuencias afirmativas.

El Congreso no pierde su labor tradicional de legislar aún sobre la materia ya reglada por decreto especial o de emergencia (última parte del inciso 3).

Por consiguiente, puede derogar los decretos leyes expedidos, pero ya viene a ser el ejercicio de la función legislativa, no del poder fiscalizador, en su facultad de legislar en razón remota de un control parlamentario.

El doctor Alfonso López Michelsen ha sostenido en conferencias y escritos que con esta facultad el congreso reconquistó su misión de legislar sobre temas económicos y sociales de urgencia que el ejecutivo le había arrebatado a través del estado de sitio.

Merece respeto la opinión del eminente tratadista, pero creemos que no es una dinámica propia ni libre la que recibe el congreso, viene del gobierno por el camino de los decretos leyes que condicionan el material de las tareas legislativas; a estilo de las reuniones extraordinarias, el congreso ve cercado su campo: reforma, adiciona o deroga las medidas del gobierno; y al dictar normas sustitutivas nos trasladamos a terrenos socio-económicos donde deficiente y lentamente se mueve el congreso. Mientras tanto, el tratamiento dado por el gobierno estará en acentuado rigor.

Como conclusión opinamos que la vigilancia del congreso a las vastas funciones de emergencia económica se exterioriza de dos maneras:

1) Directamente en actividad fiscalizadora sin efectos institucionalmente aceptados y por lo tanto viciada, sin cauce ni destino.

2) Indirectamente en acción legislativa, derogando o modificando los decretos leyes especiales. Ya las disciplinas económicas impuestas han obrado, con mayor intensidad si son drásticas y el congreso penetra en terrenos para él difícil de salir con acierto. Dadas estas circunstancias, los decretos leyes, a pesar del congreso, serán leyes.

La Retención de las Personas por Razones de Orden Público.

1) *Concepto.*

Es la captura de personas por razones de orden público; el gobierno ordena y realiza la captura de quienes tiene, por lo menos, indicios de que están comprometidas en actividades contra el orden público.

Si tenemos en cuenta que todo atentado contra la normatividad social conlleva intenciones políticas, la retención viene a ser una "calidad política" y la persona retenida un auténtico "preso político".

Pero los sistemas no aceptan la existencia de presos políticos ni su consagración institucional; para el gobierno el delincuente político es el delincuente común y en el mejor de los casos, "individuo peligroso" para la estabilidad del régimen.

Se presenta así la figura de la retención como arma poderosa de represión y de persecución políticas, de utilización discrecional y de estructuración contradictoria.

A pesar de que la constitución en sus artículos 23 a 28 protege con esmero la libertad física fijando en detalle los requisitos para la captura, detención y juzgamiento, además de precisas garantías dentro del procedimiento en dos incisos del artículo 28 que modelan la retención, negó, para tiempo de paz y de guerra, tantas seguridades a la libertad física que inicialmente consigna cuidadosamente.

Esta patente contradicción viene de la orientación liberal trazada por la burguesía, que crea instituciones igualitarias y hermosas como las libertades anotadas, pero al mismo tiempo no olvida la protección y el dominio de sus intereses clasistas; por eso, al lado de libertad formal tenemos su negación por la ausencia de libertad socio-económica y frente a las garantías político-jurídicas la ocasión recíproca para desconocerlas en un momento dado.

El movimiento democrático liberal fue promovido por la burguesía para su beneficio patrimonial revestido de beneficio colectivo; por eso las contradicciones de su sistema socio-económico e institucional.

Las revoluciones burguesas "fueron incompletas" porque sus fines fueron singulares; las revoluciones proletarias son universales, sus pretensiones y conquistas son para todos. De ahí la franqueza y claridad de su filosofía al admitir la "dictadura del proletariado" como modelo gubernativo de construcción política, sin las contradicciones institucionales en cuestiones de libertad que acompaña a la democracia liberal.

Conclusiones:

1) La retención es figura de persecución y de represión política. El amparo a la persona perjudicada es nulo ya que carece de los recursos jurídicos y de las garantías comunes, aún de las absolutas como el derecho a ser escuchado y la controversia de los motivos de la retención; se puede acudir a la retención en cualquier momento, sólo el término configura un límite para una arbitrariedad ya cometida.

2) La retención, por su naturaleza, es la institucionalización disimulada de los presos políticos.

3) A pesar de ser excepcional funciona en todo tiempo.

II) Requisitos Constitucionales para la Retención.

a) Motivos graves para temer perturbación del orden público examinados discrecionalmente por el gobierno; entra en juego la relatividad en la estimación de los móviles de intranquilidad y de mantenimiento o restablecimiento del orden público.

b) Indicios graves de que la persona afectada atenta contra la paz pública; la apreciación de indicios es materia muy delicada y subjetiva, más todavía si se refiere a cuestiones tan amplias y complejas como son los temas de orden público. En política, la prueba del indicio puede ser cualquier motivo, rencor, actitud o disposición personal.

El hecho de profesar ideas contrarias al gobierno, el de censurar actitudes gubernativas, el de ser propietario de una biblioteca marxista o portar un libro sobre guerrillas, pueden ser tenidos en cuenta como "indicios graves".

c) Orden del gobierno, previo dictamen de los ministros y del Consejo de Estado. El gobierno lo constituyen el presidente y los ministros, en consecuencia, son estos funcionarios los que ordenan las retenciones estudiados los datos e informaciones suministrados. Esa orden es general e impersonal.

La policía política (Departamento Administrativo de Seguridad DAS) individualiza las medidas.

En esencia, es el mismo gobierno quien teme la perturbación, aprecia los indicios y da la orden.

El contenido del concepto del Consejo de Estado no es obligatorio para el gobierno, además, nada interesa la opinión de una institución jurídica para el ejercicio de poderes discrecionales de carácter político.

d) El período de retención no puede pasar de diez días, transcurridos, el gobierno tiene dos decisiones: ordenar la libertad de las personas retenidas o ponerlas a disposición de los jueces competentes con las pruebas allegadas para la solución, ya conforme a las reglas ordinarias.

Aún con esta última limitación la retención constituye un amplio y arbitrario poder del gobierno en todo tiempo, de paz y de crisis; con la sola aplicación del artículo 28 un gobierno puede controlar rápida y efectivamente las más difíciles situaciones políticas y perseguir sin obs-

táculos a todos sus opositores. Antes de la reforma de 1968 el período de la retención era indefinido; es fácil imaginarse hasta donde pudo llegar el abuso y la arbitrariedad.

III) Lugar de la retención.

La retención puede cumplirse en:

A) Casa de habitación de la persona retenida.

B) En un establecimiento de reclusión.

C) En un lugar, población o sitio determinado; aquí se recurre, por el camino de la retención, a una pena, al confinamiento. Es este el grado de abuso mayor y el atropello inaudito a la garantía constitucional de que no puede haber pena sin juicio previo y definición legal del hecho (art. 28 inciso 1).

Lamentablemente, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de abril de 1967 (sobre el decreto legislativo N° 2686. Octubre 26 de 1966), aceptó la constitucionalidad de semejante medida. Dijo entonces la Corte que este confinamiento no tiene carácter penal sino "que es una de las formas administrativas integrantes del sistema de seguridad implantado en el decreto". Y luego agrega: "La persona así confinada, como lo llama el ordenamiento, estará entonces en la condición de retenida de que habla el artículo 28 de la Carta pero no en la penada" (2).

(2) (Tomado de Revista Derecho Colombiano. N° 65 mayo 1967. Págs. 31 y 33). Director Luis F. Serrano. Bogotá.

DERECHO DE DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS POLICIVOS

Dr. Fernando Meza Morales.

El siguiente constituye un alegato preparado por el autor y elevado por un grupo de profesores y estudiantes de la Universidad de Antioquia ante el señor Gobernador de Antioquia con motivo de una sanción de arresto que, sin procedimiento ninguno, les fue impuesta en el mes de setiembre de 1971. La providencia contentiva de la sanción se apoyaba en el Decreto N° 290 de 1971, dictado en desarrollo del estatuto sobre Estado de Sitio, en el cual se definen algunas infracciones, se determinan las respectivas sanciones y se atribuye competencia, pero guarda silencio en materia procedimental. Con tal fundamento, el funcionario omitió todo procedimiento e impuso la sanción, y para impugnar tal criterio se adujeron las consideraciones que se expresan a continuación:

Primero:

La providencia vulnera los artículos 26, 27 y 40 de la Constitución Nacional.

El artículo 27 porque en él se consignan los tres (3) únicos casos en que se puede imponer una sanción sin juicio previo. Son ellos:

a) Penar con arresto o multa a quien injurie o falte al respeto a un funcionario con autoridad o jurisdicción en el acto mismo de desempeñar las funciones de su cargo,

b) Penar *in continenti* a los militares insubordinados o amotinados cuando existe una acción contra el enemigo;

c) Penar a quienes cometan delitos a bordo de un buque que no se encuentra en puerto. Sólo en tales tres situaciones, y previa reglamentación legal de ellas, es posible sancionar sin previo juicio o procedimiento regular.

Se viola el artículo 26 porque él señala con toda claridad (y las taxativas excepciones son las contenidas en la disposición prementada) que debe seguirse una secuela procesal como preparatoria de toda decisión de fondo, y ésta puede consistir precisamente en la imposición de una pena. Jurisprudencia y Doctrina han derivado de esta norma, el derecho de defensa, el cual se manifiesta a través de varios momentos:

- a) En la formulación de cargos;
- b) En la indagatoria o en la presentación de descargos;
- c) En la publicidad del procedimiento;
- d) En la asistencia jurídica por un apoderado.

Se viola, finalmente, el artículo 40 porque él consagra la intervención de abogados en su favor o en favor de terceras personas para garantizar, con sus conocimientos, la mejor preparación de la defensa del imputado.

Segundo:

La providencia vulnera las normas legales que desarrollan el precepto contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se viola, en primer lugar, el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal porque él confiere el derecho a toda persona que ha sido capturada de ser informada de las razones para privarla de su libertad y de la acusación contra ella formulada. Es obvio que tal derecho se desconoce cuando no se sigue ningún procedimiento y apenas si el ciudadano se entera del cargo cuando se le notifica una condenación. Y se viola además el artículo 431 porque toda persona capturada debe ser notificada del derecho que tiene a designar un apoderado que la asista en las diligencias subsiguientes, y ello como una garantía del derecho de defensa. Es también obvio que actuaciones como la que se analiza, desconocen tal derecho.

En segundo lugar, se vulnera el Decreto Extraordinario 522 de 1971, el cual reglamenta en su capítulo doce el procedimiento ordinario para las contravenciones especiales de policía. Y es forzoso concluir que en el caso de las infracciones definidas por el Decreto 290 de 1971 corresponde seguir este trámite, por dos razones:

a) Por lo dicho anteriormente en relación con los artículos 26 y 27 de la Constitución Nacional, pues según ellos es imperativo el seguimiento de un procedimiento para imponer una sanción,

b) Porque si el Decreto 290 de 1971 no se refiere a procedimiento de ninguna naturaleza, implícitamente se remite al procedimiento ordinario de policía. O por lo menos, convengamos en que debe seguirse forzosamente un procedimiento. Y todo procedimiento, así sea el sumario o el de los consejos verbales de guerra, consagran un "mínimo" de garantías en cuanto a la defensa. Digamos mejor que por lo menos consagran garantías formalmente, pero actuaciones como la que es objeto de estudio, ni siquiera guardan apariencia de legalidad.

Tercero:

Concepto de violación.

La providencia ameritada involucra violación de las precitadas disposiciones porque niega el derecho de defensa por ellas consagrado, lo cual ocurre de la siguiente manera:

- 1) No se formulan cargos contra los cuales se pueda ejercitar una defensa;
- 2) No se oye en indagatoria o en presentación de descargos, primera y gran oportunidad para ensayar la defensa;
- 3) Se sigue una "actuación" secreta, en la cual no se permite al interesado ni a su apoderado intervenir en la producción de las pruebas que sirven de fundamento a la decisión, ni mucho menos solicitar pruebas de descargo;
- 4) No se permite la asistencia de un apoderado, pero ni siquiera se notifica al ciudadano el derecho que tiene de encargar a un abogado su patrocinio jurídico.

El Decreto 290 de 1971 dispone que las sanciones que se impongan en su aplicación deberán proceder mediante "resolución motivada". De

este requisito se ha elaborado el especioso argumento de que con ello se satisface la exigencia de ritualidad o trámite. Sin embargo, el trámite como concepto procesal, siempre se ha entendido como "cada uno de los estados o diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión", como se lee en el Diccionario de la Real Academia. Nunca se ha entendido que trámite, ritualidad y "motivación" de la resolución sean sinónimos; por el contrario, se dice que una resolución es motivada cuando ella inserta en su contexto los motivos de hecho y las razones de derecho que apoyan la decisión final en que consiste lo trascendental de la providencia. Tal motivación es posible, como consulta real de las garantías individuales, cuando el derecho de defensa se ha ejercido mediante el trámite o ritualidad.

Pero si duda quedara al respecto, no debe perderse de vista que los términos trámite, ritualidad y sinónimos son vocablos de la doctrina y la jurisprudencia (quizá de la ley) que en parte alguna utiliza la Constitución. Esta, en cambio, emplea el término juicio. "Sin juicio previo" es la dicción que se lee en el artículo 27, "observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" aparece en el artículo 26. Y que no se diga entonces que a juicio puede asimilarse el requisito de "resolución motivada" porque entonces el legislador podría suprimir, sin obstáculo constitucional ninguno, todos los códigos de procedimiento.

El último argumento que se viene estudiando carece de consistencia, también, por una última razón. Porque así podría decir expresamente el Decreto 290 de 1971 que las sanciones en él señaladas serían aplicadas sin juicio de ninguna naturaleza, o que la "resolución motivada" se entendería cumplir la función del juicio en debida forma, y la garantía del juicio seguiría reclamando vigencia positiva. Una tal disposición de carácter legal no podría suspender estas garantías de orden constitucional porque ellas no están reservadas para ciertas circunstancias sino para cumplir en todo tiempo. Las excepciones, ya se dijo, están expresamente señaladas en el artículo 27.

Me mueve a consignar mis inquietudes en torno a las normas punitivas dictadas en desarrollo de facultades de Estado de Sitio, la complaciente aplicación que se les está dando. Con ello, a mi juicio, se está vulnerando con aparente legalidad una de las más caras garantías de estirpe constitucional: la libertad de locomoción. Pero, naturalmente, puedo quedarme con mis razones y las autoridades estatales quedarse con la fuerza. Con ello presencia uno angustiado como la premonición

del ilustre CAMUS se cumple inexorablemente, y ello sin mucha sofisticación: "Alguien tiene que tener al fin de cuentas la última palabra, puesto que puede siempre oponerse una razón a otra, y entonces no terminaríamos nunca. El poder, en cambio, lo decide todo terminantemente. Nos ha tomado tiempo, pero ya logramos entenderlo. Ya no decimos más, como en los tiempos ingenuos: 'así pienso. Qué objeta usted?'. Ya somos lúcidos. En lugar de diálogos utilizamos comunicados. 'Esta es la verdad, decimos. Puede discutirla, pero eso no nos interesa'. Dentro de algunos años la policía os mostrará que yo tengo la razón". (1).

(1) CAMUS, Albert. La Caída, Ed. Zarco, México, 1956. p. 33.

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

DEL NEGOCIO JURIDICO

Dr. Jairo Duque Pérez

"CAPITULO III"

3.1. En el capítulo anterior, al precisar las fuentes de las obligaciones, aludimos a las expresiones "hecho jurídico" y "acto jurídico" y destacamos el rol de ser fuentes creadoras de obligaciones al realizar un mandato del legislador (2.2 y 2.4), e hicimos con la doctrina, su clasificación.

En el léxico jurídico la expresión HECHO JURIDICO designa genéricamente todo fenómeno que se produce en el mundo, originado en la naturaleza o en la acción del hombre y que es captado y sancionado por la ley al asignarle efectos jurídicos.

Los hechos jurídicos se dividen:

- a) *Hechos jurídicos propiamente dichos* que son los hechos de la naturaleza extraños, por ende, a la voluntad del hombre, y que producen consecuencias de derecho. Ejemplos: el nacimiento y muerte de la persona natural, el transcurso del tiempo, los accidentes de trabajo y otros de la misma índole.
- b) *Actos Jurídicos* que son hechos voluntarios realizados con la intención de producir efectos jurídicos. Ejemplos: el testamento, el reconocimiento de un hijo natural, la ratificación de una nulidad relativa, todos los contratos, etc.

c) Hechos jurídicos voluntarios pero realizados sin intención de producir efectos de derecho: los delitos y cuasi-delitos, plantación de un árbol, etc. (66).

Pocas figuras como el NEGOCIO JURIDICO han merecido tanto estudio por parte de la doctrina civil. Se trata de una locución de origen germánico que Savigny definió como *declaración de voluntad*.

Debemos escoger entre las definiciones que ha elaborado la doctrina, la que más se ajuste a nuestras instituciones civiles y la que mejor destaque las características de la institución. (67).

Suele definirse el ACTO JURIDICO como declaración de voluntad consciente y reflexivamente hecha por la persona, con el fin de producir efectos jurídicos; o como dicen los Hermanos Mazeaud "se está en presencia de un acto jurídico, cuando la modificación de la situación jurídica de una persona, ha sido querida por ella".

Bien es cierto que el autor del acto jurídico en la generalidad de los casos, ignora las consecuencias propiamente jurídicas de su comportamiento (declaración de voluntad) y lo que pretende es simplemente alcanzar un fin PRACTICO que el orden jurídico protege. Por esta consideración, parece que es más aceptable la siguiente definición de negocio jurídico: "*manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico tutelado por el ordenamiento*" (68).

De esta concepción se desprende que la voluntad de las partes en el negocio jurídico debe tener una dirección dada, lo que es evidente, pues en los negocios no sólo existe la voluntad del comportamiento, sino también, necesariamente, la voluntad de un resultado a conseguir.

El autor de la anterior definición, sustenta su tesis advirtiendo que en la realidad la voluntad del sujeto o de los sujetos, tiende a un resultado práctico, y ni conoce ni prevé los efectos jurídicos que se le ligan. Estos por otro lado, se verifican incluso si no fueron jamás previstos; y agrega "no se diga que es preciso al menos que la voluntad tienda hacia un fin jurídico en general, pues ello indudablemente, se encuentra en

(66) Alessandri. (Obligaciones pág. 8).

(67) Emilio Betti define el negocio jurídico: "acto de autonomía privada reconocido por el derecho como productor del nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas entre particular y particular" (Teoría del Negocio Jurídico pág. 39).

(68) Cariota Ferrara Luigi "El negocio jurídico" pág. 49.

la mayor parte de los casos concretos, pero es INNEGABLE QUE EL NEGOCIO PRODUCE SUS EFECTOS SI FALTA TAL TENDENCIA".

Al reglamentar y sancionar la ley los efectos apetecidos por las partes, reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones. Por esto se dice que el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que el orden jurídico otorga a los particulares, para que dispongan de sus propios intereses, pero a la vez, tiene o reviste el carácter de una especial significación social, porque por medio de él se verifica un intercambio entre varios sujetos de derecho, que entran a relacionarse desde el momento mismo en que manifiestan su voluntad con propósito de lograr resultados específicos protegidos por la ley.

3.2. Análisis de la definición

a) El negocio jurídico es una MANIFESTACION DE VOLUNTAD.

La voluntad entendida no como simple aspiración o deseo de que ocurra algo, sino como intención madura y definitiva de provocar un efecto jurídico (69), es la "sustancia" del acto jurídico y su manifestación o declaración la saca del fuero interno del individuo y le da relevancia jurídica.

La voluntad jurídica se integra con la "intención", etapa en que se concibe el acto y se forma la idea de alcanzar un resultado práctico, y su "declaración" que da testimonio de su carácter definitivo o perdurable, pues no bastaría aquélla sin ésta ya que el derecho no considera lo que sucede en el fuero interno; a la vez, la sola "manifestación" no vale nada pues no interesa lo declarado o hecho sino cuando quien así procede actúa con propósito suyo (70).

b) La manifestación tiende a lograr o producir un resultado que el orden jurídico protege.

El efecto jurídico que el acto alcanza: crear, modificar o extinguir

(69) Giuseppe Stolfi. Teoría del Negocio Jurídico (pág.) 5).

(70) La voluntad por sí sola no constituye más que un simple hecho psicológico que no puede comprobarse, ya que pertenece a la interioridad del alma humana y en todo caso es susceptible de continuas variaciones: por el contrario, el derecho exige que cada uno tenga el propósito firme y maduro de provocar una modificación en sus propios derechos subjetivos y en su caso en los ajenos". Stolfi (o. c. pág. 5).

derechos, no es simple consecuencia de hecho de su consentimiento sino realización del propósito específico del agente.

c) El efecto debe ser jurídico.

Claro que muchas veces las partes no conocen los específicos tratamientos legales de sus declaraciones, pero ello no es óbice para la celebración del acto jurídico, pues de todas maneras el acto voluntario está dirigido a dar vida no a una relación cualquiera, sino a una relación jurídica que el derecho tutela.

3.3. *Importancia de los actos jurídicos.* Casi la totalidad de las relaciones de derecho existentes entre los hombres provienen de los actos jurídicos.

Existen otras causas de tales relaciones, pero son menos fecundas en resultados como ciertos *estados de hecho* y determinados *estados materiales* que hemos denominado bajo la expresión general de HECHOS JURIDICOS.

Así, el *parentesco* genera el derecho de suceder a una persona, la obligación alimentaria, etc.: la *edad* determina la capacidad o incapacidad de la persona natural, y la *demencia* la priva de su capacidad ya adquirida; la *contigüidad* de dos predios implica creación de obligaciones reales para sus dueños.

Finalmente, la *ejecución* de un delito engendra una relación jurídica entre el autor y víctima.

3.4. *Reglas comunes a todos los actos jurídicos y elementos de existencia y validez.*

Según el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un *acto o declaración de voluntad*, es necesario: 1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4º que tenga una causa lícita.

Se debe en primer término advertir que no es exacto como lo dispone el artículo, que tales elementos deban concurrir únicamente para que el DEUDOR se obligue sino que son igualmente necesarios para que el acreedor adquiera el derecho personal en aquellos actos jurídicos de formación bilateral (contratos). La disposición puede interpretarse en su sentido literal, cuando el acto jurídico es unilateral y genera sólo obli-

gaciones a cargo de su autor como en los casos ya analizados de declaración unilateral de voluntad (71).

La doctrina clasifica los anteriores elementos en dos grupos: a) Elementos que le dan *existencia* al acto jurídico y que se requieren para que la operación nazca a la vida del derecho; su omisión incide en la existencia misma del negocio. Son ellos, la VOLUNTAD (consentimiento), el OBJETO, la CAUSA y la FORMA en los actos solemnes. b) Presupuestos de *validez* que suponen el nacimiento del acto pero lo afectan en su vigencia o efectos plenos: capacidad, consentimiento sin vicios, objeto y causa lícitos.

Los anteriores elementos, tanto los de esencia como los de validez, son los comunes a todos los actos jurídicos; pero además de ellos, hay otros que son peculiares a cada categoría de actos jurídicos. Estudiaremos someramente esos presupuestos, limitándonos a dar nociones muy generales dado el caso que en nuestro pécsum se ha separado de la teoría general de las obligaciones, todo lo concerniente al ACTO JURIDICO que integra con la parte general del derecho civil, un curso especial que es prerrequisito del curso de Obligaciones.

LA VOLUNTAD.

3.5. *Número de voluntades que concurren a la formación del acto jurídico.*

Pluralidad de voluntades. Lo común o corriente para la celebración del acto jurídico, es el concurso de la voluntad de dos o más personas pues el acto jurídico tipo es el *contrato* y la *convención* en los cuales las partes que intervienen prestan su *consentimiento*, lo que es decir, el acuerdo de voluntades para la perfección del acto.

Voluntad única. Existen otros actos jurídicos que son obra de una sola voluntad: tales son el otorgamiento de un *testamento*, la *aceptación* o *repudiación de una herencia*, etc. Pero aún en estos casos, como lo sostiene Rodríguez Piñeres (72) siempre es preciso que se realice un *acuer-*

(71) No es cierto, como lo da a entender el art. 1502 del C. C., que la capacidad y el consentimiento sano se requieran únicamente en la persona que se obliga por un acto o declaración de voluntad, pues, tales condiciones son generales y deben cumplirse respecto de toda persona que intervenga en un acto jurídico, aunque solamente ocupe la posición del acreedor. (Guillermo Ospina Fernández. Conferencias pág. 50).

(72) Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano pág. 141.

do de voluntades, siquiera sea en épocas diversas por parte de cada cual; así un testamento en que su autor instituye heredera a una persona, no produce el efecto deseado si ésta no acepta la herencia.

Cuando la voluntad expresada en el acto jurídico es *única*, no se puede decir propiamente que su autor presta el *consentimiento* (*de sentire-cum*), expresión que genuinamente conviene al caso en que haya acción de *varias voluntades*.

3.6. *El concepto de voluntad.* Ya dijimos de ella que es elemento esencial para la existencia del acto jurídico. Existen causales que la eliminan y otras que la afectan en su manifestación libre y espontánea.

De las primeras, son las siguientes que agrupan todas las demás: a) *carencia de razón en el agente* que puede provenir de demencia, sordomudez, embriaguez. Causales éstas que el C. C. trata desde el punto de vista de la capacidad y son fuente o motivo de nulidad absoluta (arts. 140. N° 3-1061 - 1.504), b) - El denominado *error obstativo* (arts. 1.510 C. C.) que estrictamente hablando, no puede originar la existencia del acto jurídico, pero la Ley Civil, considera junto con las otras clases de error, como simple causal de RESCISIÓN (nulidad relativa).

Posteriormente trataremos de las causas o vicios que afectan sin extinguir, la voluntad.

3.7. *Manifestación de la voluntad.*

La voluntad jurídica compuesta de *intención y declaración*, es el núcleo del negocio jurídico. La manifestación debe hacerse por cualesquiera medios aptos para que la persona a la cual se dirige, se entere suficientemente del propósito del agente; pero excepcionalmente, en casos fijados por la ley, han de utilizarse determinados medios o formalidades. (73).

La manifestación puede ser *expresa o tácita*.

Según que se exteriorice por medio de palabras, escritos, gestos u otros medios sensibles que normalmente, o por acuerdo de las partes,

(73) Este principio de la libertad de la manifestación es consecuencia de los tiempos que vivimos en que para el fomento de las transacciones es necesario dejar a las partes un margen de libertad, y proscribir el formalismo inútil de otras épocas que por sí solo retardaba la celebración del acto jurídico.

se destinan a dar a conocer la voluntad o querer interno; o cuando se deduce de circunstancias o hechos que necesariamente conducen a ella y que no podrían tener otra significación, si faltare la voluntad (conducta concluyente), lo que quiere decir que la voluntad tácita no debe tener normalmente, otra significación. Los arts. 1.298, 1.301, 2.149 y 1.713 del C. C. entre otros, se refieren a manifestaciones tácitas de voluntad.

Tanto la una como la otra revelan la voluntad del autor y por ello la voluntad expresa tiene el mismo valor jurídico que la voluntad tácita, a menos que la ley o las partes exijan en casos determinados, que la voluntad se manifieste en términos formales y explícitos. (arts. 1.298, 2.120 inciso 2°, 2.514 y 1.573 del C. C.).

Los arts. 1568 y 1573 exigen manifestación expresa; el 2.004 en materia de arrendamiento dispone que el arrendatario no puede ceder el arriendo o subarrendar a menos que esta facultad "se le haya expresamente concedido".

En testamentos los artículos 1.118 y 1.072 disponen que la voluntad del testador siempre debe manifestarse de modo expreso; y en general, cuando las partes han convenido que la declaración tácita no es suficiente.

Se pueden presentar conflictos entre la manifestación expresa y la tácita como cuando el agente ejecuta actos que inequívocamente determinan una voluntad contraria a la expresamente declarada. En este caso se debe dar prelación a la voluntad expresamente manifestada, cuando es posterior a la conducta concluyente de donde se desprende la voluntad tácita; o a la manifestación tácita que se revele por hechos inequívocos.

Una convención tácita o expresa, puede modificarse por una expresa o tácita, respectivamente; así se desprende del art. 1.622, inciso 3°. El conflicto de que se habla es bien distinto a la reserva que hace el autor del acto de su deseo de que la conducta tácita no tenga la significación o efecto que la ley señala. (74).

(74) Si un hecho que normalmente debería significar una manifestación tácita de voluntad, se ejecuta haciendo el autor una reserva previa y expresa en sentido contrario o diverso, tal hecho no adquiere su significación normal y por esta razón debe estarse a la manifestación expresa de voluntad. León Hurtado Avelino (La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. pág. 54).

La *voluntad presunta* no es una forma de manifestación distinta de la tácita o de la expresa, sino casos de excepción en que la ley autoriza al juez para que establezca la voluntad; o en que no habiendo tal declaración, la ley la da por existente.

En la voluntad presunta, es la ley la que fija los hechos que deben estimarse como concluyentes.

Ejemplo: según el art. 955 del C. C. (inc. 2º) el reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Estamos aquí ante una voluntad presunta que no es más que una voluntad tácita, ya que el reivindicador al recibir el precio, *tácitamente* manifiesta su voluntad de vender; y lo propio se puede decir del art. 2.168 del C. C. según el cual "el poder especial para vender comprende la facultad de recibir el precio".

3.8 El silencio como manifestación de voluntad.

En derecho quien calla no otorga. De aquí se infiere que el silencio por sí solo, no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita y por ende, no traduce voluntad alguna.

En casos de excepción el derecho le da al silencio relevancia de declaración de voluntad; pero en tales casos se trata de una **VOLUNTAD PRESUNTA** que no se ha manifestado en modo alguno.

El silencio no es extraño al C. C. y a otros ordenamientos legales; así tenemos por ejemplo, que la prescripción extintiva se basa en el silencio (lo mismo que la adquisitiva en la renuencia del titular del derecho, a promover las acciones encaminadas a obtener la recuperación de la posesión art. 2.535); si el asignatario está en mora de declarar si acepta o repudia, se considera que repudia (art. 1.290). En veces el silencio es fuente de responsabilidad contractual como en los vicios redhibitorios (arts. 1.915 y 1.918 C. C.), o fuente de delito penal (art. 191 C. P.). En materia procesal produce en muchos casos trascendentales consecuencias jurídicas, como el reconocimiento de un instrumento privado (art. 274 C. J.); o cuando se da por confeso a quien se niega a declarar (art. 210) y más comúnmente, cuando precluyen las facultades procesales por silencio de las partes en ejercitarlas dentro de la oportunidad legal; recordemos que el silencio permite a las partes que se incorpore al convenio o contrato que celebran, todas aquellas cosas que por *naturalidad* le pertenecen; finalmente es fuente de responsabilidad extracontractual

cuando se guarda silencio con dolo o culpa y con ello se ocasiona un daño a un tercero. El tercero podrá pedir la indemnización del perjuicio (art. 2.341).

Requisitos del silencio como manifestación de voluntad.

En los anteriores casos el silencio tiene un valor precisado por el derecho, porque la ley lo ha dispuesto expresamente. *Pero a propósito de la manifestación de voluntad surge el problema de saber qué valor jurídico tiene el silencio.* Si a una persona se hace una oferta y ésta nada responde, ni expresa ni tácitamente, cómo debe interpretarse su pasividad absoluta, su silencio?

En el derecho antiguo se sostuvo que el silencio valía como manifestación de voluntad cuando el que lo guardaba **DEBIA Y PODIA HABLAR**. Pero resulta difícil saber cuándo hay obligación de hablar. En todo caso, si la obligación emana de la ley, el silencio es voluntad presunta, como en los casos que se acaban de enunciar; y si la obligación de hablar es de origen contractual, el silencio vale como manifestación expresa de voluntad en virtud de la convención. Si se refiere a una obligación moral, no se da propiamente una norma de derecho, pues tal obligación no es jurídicamente eficaz.

De modo que esa antigua fórmula para conocer cuándo el silencio es manifestación de voluntad, no da un derrotero seguro, porque no hay duda de que el silencio tiene el valor de una manifestación de voluntad cuando la ley lo ordena o cuando las partes lo convienen. Por ejemplo, de acuerdo con el art. 2151 del C. C. "las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como **ACEPTACION**". O sea, la ley da al silencio la eficacia de una manifestación de voluntad para perfeccionar el contrato de mandato. Igual valor tendrá la convención —que es ley para las partes— mediante la cual se establece que el silencio de uno de los contratantes se interpretará como voluntad en sentido determinado. En este caso el hecho de guardar silencio importa manifestación expresa de voluntad, por que el medio convenido para expresar la voluntad es el silencio. Es frecuente este pacto para renovar automáticamente los contratos de sociedad y arrendamiento.

Con exclusión de ESTOS CASOS EL SILENCIO NO CONSTITUYE MANIFESTACION DE VOLUNTAD, a la inversa de lo que dice el adagio popular: "quien calla no otorga".

Sólo por excepción se considera como manifestación de voluntad el silencio que va acompañado de CIERTAS CIRCUNSTANCIAS que vienen a ser las determinantes para atribuirle significación. El solo silencio no es jamás manifestación de voluntad si la ley no lo dice o las partes no lo convienen.

ES SILENCIO CIRCUNSTANCIADO o CUALIFICADO el que va acompañado de antecedentes o circunstancias externas, que permitan atribuirle inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad. Esas circunstancias podrán ser de diversa índole y los jueces de fondo deberán apreciarlas en cada caso para ver si permiten asignarle al silencio, el valor de una aquiescencia.

En resumen: si la ley o las partes no han establecido que el silencio se mire como manifestación de voluntad, éste carecerá de significación jurídica, a menos que los jueces den por establecida la voluntad (la presuman) en razón de las circunstancias en que incide el silencio (75).

3.9. Formación del consentimiento en el campo contractual.

El C. C. guarda silencio sobre el particular, pero se aplican las disposiciones del C. de comercio que rigen la materia.

Puede decirse que el consentimiento en el contrato, se forma por la OFERTA y su ACEPTACION (76).

a) De la Oferta.

La oferta es la proposición que una persona hace a otra para contratar en condiciones determinadas, de manera que baste una simple aceptación para la perfección del contrato (77).

- (75) Tomado de la obra citada de Avelino León Hurtado.
- (76) Estudiar la formación del consentimiento en los contratos, es responder a tres preguntas: cómo?, cuándo? y dónde? se produce el acuerdo de voluntades. Sara Eiler Rauch (De la formación del consentimiento en los Contratos, Página 22).
- (77) Es el mismo concepto de León Hurtado para quien la oferta es la manifestación de voluntad que una persona hace a otra proponiéndole celebrar una convención determinada que puede quedar perfecta con la simple aquiescencia de ésta. (o. c. pág. 97).

No es pues, como algunos dicen, una mera invitación a contratar pues este concepto propio de la simple "proposición" o "iniciativa", se distingue fundamentalmente de la oferta.

La persona que hace la oferta se denomina OFERENTE o POLICITANTE y puede ser cualquiera de las dos futuras partes: tanto el que va a ser acreedor como deudor.

Naturaleza jurídica.

Como es una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos ya que el oferente al formular la oferta está dando a conocer su voluntad de celebrar un contrato determinado, la oferta es un acto jurídico, en el que concurre la INTENCION y la MANIFESTACION.

Quien hace la oferta debe tener intención de obligarse para el caso en que su oferta sea aceptada, y además, debe revelar la voluntad por medio de la manifestación de la oferta. Esta manifestación puede ser expresa o tácita según que se haga en forma explícita o que se deduzca de actos positivos que muestren claramente la intención del autor (78).

Requisitos de la oferta.

a) Debe ser completa; b) emanar de la voluntad del oferente; c) estar dirigida a un destinatario; y, d) llegar a conocimiento de éste.

Cuanto al requisito 2º podemos decir que no siempre la oferta emana de la voluntad del oferente, pues hay casos en que éste por encontrarse en especiales condiciones se ve obligado a contratar y no puede negarse sino por causas justificadas; éstas son las "ofertas forzadas" que se presentan particularmente en los contratos por "adhesión" y en ciertos monopolios de hecho.

Cuando en los dichos eventos el oferente se niega injustificadamente a contratar, compromete su responsabilidad por abuso de su derecho de no contratar (79).

- (78) La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que aún los actos más simples pueden constituir oferta. Se ha resuelto por ejemplo, que el estacionamiento de un vehículo público en un lugar público, dejando ver que está libre, es oferta para celebrar el contrato de transporte. Y que el hecho de ofrecer un artículo en la vitrina de un almacén con precio marcado en una etiqueta, es oferta de vender a ese precio y que, por lo tanto, el primero que acepte pagarlo puede exigir su entrega (Planiol y Ripert; Sara Eiler, pág. 26 y Avelino León H. pág. 103). Arts. 848 y ss. C. Co.
- (79) Sara Eiler ob. c. pág. 33.

Según el presupuesto 3º, la oferta se dirige por regla general, a una persona determinada cuando se tiene especial interés en contratar con ella, como en los contratos *intuitu personae*. En caso contrario puede tener lugar la oferta a personas indeterminadas que se hace por medio de circulares, prospectos y catálogos y como ya advertimos, por la simple exposición de un objeto con indicación del precio, en las vitrinas de los almacenes (Art. 848 C. Co.).

Las ofertas a personas determinadas pueden dirigirse a uno o a varios destinatarios y en el segundo caso puede hacerse *simultánea* o *sucesivamente*.

Valor jurídico de la Oferta.

La doctrina agrupa en tres tesis el valor jurídico de la oferta.

1ª) La oferta no tiene fuerza obligatoria antes de la aceptación (Teoría Clásica).

2ª) La oferta obliga al oferente aún antes de que sea aceptada por el destinatario (Teoría Moderna).

3ª) La oferta no aceptada no impone obligación alguna al oferente; pero, en ciertos casos, éste es responsable antes de la aceptación. (Teoría intermedia)

Quienes sostienen la primera tesis son enfáticos en negar la posibilidad de que la oferta genere obligación y, rechazan la mera declaración unilateral como fuente de vínculos jurídicos lo que implicaría que una persona puede adquirir un derecho contra su voluntad.

Por otra parte, el policitante está manifestando su voluntad de obligarse sólo bajo el supuesto de que el destinatario acepte (80).

De esta tesis se derivan, entre otras, las siguientes consecuencias:

1) La oferta no aceptada puede "revocarse".

(80) El oferente manifiesta claramente su voluntad de obligarse sólo para el caso en que se produzca la aceptación del destinatario, lo que equivale a decir que hasta ese momento no tiene obligación alguna; porque obligarse es crear una situación jurídica estable, y la estabilidad no puede resultar sino de un contrato, es decir, de un acuerdo recíproco que liga a las partes que intervienen en él. Demogue, "Traité des obligations", Tomo II, pág. 162; citado por Sara Eiler pág. 49.

2) La oferta "caduca" (desaparece) por la muerte, incapacidad, quiebra o insolvencia del oferente o destinatario acaecidas antes de la "aceptación".

3) La oferta dura "indefinidamente" o sólo un plazo, según la voluntad del oferente.

Por el solo acto de revocación del oferente, la oferta desaparece sin que se comprometa su responsabilidad porque sólo es responsable el que está obligado, y el oferente no tiene obligación alguna antes de la aceptación.

La tesis moderna apoya el valor de la oferta en la teoría de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones; su origen es también alemán (arts. 145 y 146 del C. C. Alemán).

La *aceptación* del destinatario es indispensable para el ejercicio del derecho pero no para su nacimiento. Según esto, las consecuencias son opuestas a las anteriores así:

1) La oferta es "irrevocable".

2) La oferta no caduca por muerte, incapacidad, quiebra o insolvencia del oferente o del destinatario sobrevenidas antes de la aceptación.

3) La oferta debe tener una duración "limitada", es decir, debe tener un "plazo".

La concepción ecléctica sienta un principio que es, como su nombre lo indica, "intermedio" entre las dos precedentes, y da origen a estas consecuencias:

1) La oferta es revocable pero cuando la revocación es "intempestiva" o se hace dentro del término que el oferente da al destinatario para aceptar, se incurre en responsabilidad "precontractual" siempre que la actitud del oferente irroge perjuicios al destinatario.

Esta responsabilidad es distinta de la contractual y de la delictual. Pero lo que interesa tener en cuenta es que el oferente que no ha adquirido aún obligación contractual, no incurre en este género de responsabilidad y menos en la delictual, ya que se ha iniciado entre él y el destinatario, una relación que es el prolegómeno del contrato. (81).

(81) Si el oferente da plazo para que el destinatario acepte hay una obligación implícitamente "contractual" según la doctrina tradicional. Según este criterio el oferente al hacer la oferta contrae dos obligaciones: una, *condicional*, que es la de celebrar el contrato si se produce la aceptación, y otra *pura y simple*, que es la de mantener la oferta durante el plazo (Demogue. ob. c. pág. 186).

El sistema legal colombiano.

El nuevo código de comercio, en franca modificación del sistema consagrado por el anterior estatuto, le da a la OFERTA o PROPUESTA la calidad de fuente de obligaciones con prescindencia de su aceptación por el DESTINATARIO. Al efecto el art. 846 reza:

“La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

“La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”.

b) De la Aceptación.

Es la respuesta afirmativa que el destinatario da al oferente. Queda así integrado el consentimiento elemento esencial del contrato.

La aceptación es el acto jurídico mediante el cual el destinatario de la oferta, manifiesta su conformidad con ella. Lo mismo que la oferta puede hacerse en forma verbal o por escrito, o por cualquier medio usual o convenido incluso el silencio— o por actos inequívocos de aquiescencia (art. 854 del C. de Comercio).

Naturaleza jurídica.

Al igual que la oferta es la aceptación un acto jurídico puesto que es la manifestación de voluntad del destinatario en el sentido de celebrar el contrato ofrecido.

Está formada pues, por la INTENCION y la MANIFESTACION.

Requisitos de la aceptación.

a) Debe emanar del destinatario o de su representante; b) el destinatario debe darla, previo conocimiento de la oferta; c) la aceptación debe ser pura y simple; y, d) debe llegar a conocimiento del oferente.

Cuando se trate de contratos reales además de los precedentes requisitos es necesario la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del

contrato, y el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley, si se trata de contratos solemnes.

Respecto del requisito del literal c) la doctrina tiene decidido que la adhesión total de la oferta se refiere a los elementos esenciales del contrato a menos que las partes hayan sido explícitas en los demás elementos, según su voluntad real o presunta.

El Código Suizo de las Obligaciones contiene el siguiente texto, en el que se apoyan los sostenedores de la anterior teoría:

“Si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, el contrato se estima concluido, aun cuando hayan hecho reserva sobre puntos secundarios. A falta de acuerdo sobre éstos, el juez los regulará teniendo en cuenta la naturaleza del asunto”. (82).

Ofertas que se cruzan.

Puede darse el caso de que las ofertas provengan respectivamente de cada una de las personas que van a ser parte del contrato. Entonces, al cruzarse ambas ofertas, se perfecciona el contrato y cada una de ellas se tiene como aceptación de la contraria.

La anterior solución supone que las ofertas sean concordantes.

Contraoferta - Se considera como tal aquella en que se da respuesta a una oferta. El contrato no puede formarse por falta de adhesión total a la oferta primitiva.

La contraoferta vale como oferta y la posición inicial de las partes se invierte: el destinatario pasa a ser oferente y viceversa. Por ello, si el primitivo oferente acepta la contraoferta, expresa o tácitamente, se forma en contrato.

3.10. Momento en que se forma el consentimiento.

Es indispensable precisar previamente el contrato entre presentes y el contrato entre ausentes.

Si se trata de un contrato verbal entre personas presentes o ausentes comunicadas por teléfono, no hay problema respecto del momento en

(82) Avelino León Hurtado, considera que todos los puntos que contenga la oferta son esenciales y si la aceptación no los comprende a todos, no se genera el contrato. (Ob. c. pág. 112).

que éste se perfecciona, porque como la oferta tiene que ser aceptada en el acto de oírse, la convención queda concluída inmediatamente y con pleno conocimiento de ambos interesados. Y lo propio ocurre cuando el oferente otorga un plazo para la contestación de su propuesta y el destinatario la acepta verbalmente dentro del mismo plazo.

Cuando las personas se comunican por correspondencia, bien sea que residan en el mismo lugar o en lugares diferentes, es necesario resolver si dicha convención se perfecciona con la sola aceptación, aún antes de que ésta sea conocida del proponente, o si, por el contrario, también se requiere que este último quede informado de la aceptación.

Este problema ha dado lugar a varias tesis.

1ª) La de la *declaración o aprobación*. El contrato nace por la *manifestación* que el destinatario hace de su voluntad de aceptar la propuesta. No se exige contestación escrita de la persona a quien se dirige la oferta.

2ª) La de la *expedición*. Además de la manifestación de la voluntad de aceptar se le exige al destinatario, la obligación de enviar una respuesta al oferente; y en el momento de *expedirse* dicha respuesta el contrato queda perfeccionado.

3ª) La de la *recepción*. Consiste en exigir que la contestación de la oferta llegue al domicilio del proponente, aunque éste, por cualquier causa, no se imponga de su contenido.

4ª) La de la *información*. Se funda en el conocimiento que el proponente debe tener de la aceptación de su oferta. Mientras esta información no acaezca, no hay lugar a la perfección del consentimiento.

Sistema del derecho colombiano.

El nuevo Código de Comercio (Dto. 410 de 1,971) acoge el sistema de la *aceptación* a diferencia del estatuto abrogado que consagraba el de la *expedición* con algunas excepciones.

Cuando la aceptación de la oferta se hace tácitamente, el contrato se perfecciona sólo cuando el proponente tenga *conocimiento* de ella.

El nuevo sistema que es más acorde con la celeridad del tráfico jurídico, está implícitamente establecido por los artículos 848, 849, 851 y 854 del C. C., de éstos transcribimos:

a). “Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser *aceptada* o *rechazada* dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”. (Art. 851).

b). “La *aceptación tácita*, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, *siempre que el proponente tenga conocimiento* de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”.

Es conveniente anotar que el nuevo estatuto legal, ha sido más explícito en darle a la OFERTA el carácter de acto unilateral de voluntad y elevó a institución legal, la *declaración unipersonal de voluntad* proveniente de la OFERTA PUBLICA. Dicen a este respecto los artículos 856 y 857 en su orden:

“La oferta pública de una prestación o premio será obligatoria siempre que se cumplan las condiciones en ella previstas.

“Si no se señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará transcurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto”. (art. 856 DTO, 410 de 1.971).

“La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa.

La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.

La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de la oferta”.

3.11 *Lugar en que se forma la convención.*

Este problema también reviste señalada importancia, especialmente por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a los contratos y convenciones.

Ahora bien, cuando los interesados residen en el mismo lugar, es claro que este lugar será el domicilio de la convención. Pero cuando se trata de personas ausentes, es decir, residentes en lugares diversos, es necesario decidir en cuál de éstos la convención queda perfeccionada.

Nuestro Código de Comercio acoge el sistema tradicional, que armoniza con el sistema de la declaración o aceptación: la convención se entiende celebrada para todos sus efectos legales, en el lugar de la residencia del que hubiese aceptado la propuesta.

3.12 VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Muchas veces la voluntad (consentimiento) puede estar afectada de ciertos vicios que le restan eficacia. La *infancia*, la *locura*, la *embriaguez* para no citar sino los más frecuentes, destruyen el consentimiento y tornan inexistente el acto jurídico; otras veces a la voluntad ya emitida y al acto jurídico existente los afecta el *error*, la *violencia* y el *dolo* que convierte en anulable (rescindible en el derecho colombiano) el negocio. Estos son los tradicionales vicios del consentimiento (83).

La teoría de los vicios del consentimiento no se compadecía, en el antiguo derecho romano, con el formalismo: el negocio era la fórmula (84).

3.13 DEL ERROR.

El error es una falsa representación de la realidad que induce al sujeto a emitir una voluntad que no hubiere emitido en caso de no existir la falsa representación; o para decirlo con León Hurtado, es el falso juicio que se tiene de una cosa, de un hecho, de una persona o del principio jurídico que se presupone (85).

El error entraña pues, una divergencia inconsciente, entre la voluntad interna (auténtico querer del sujeto) y la voluntad externa (declaración) a consecuencia del falso concepto de la realidad.

En nuestro derecho, inspirado en los principios individualistas imperantes en el Código de Napoleón de 1.804, la discordancia entre la voluntad declarada y la interna, es motivo que obliga al juez a averiguar por todos los medios a su alcance, el verdadero querer de las partes; por esta razón hace del error, una causal autónoma de nulidad del acto.

(83) Stolfi reduce los vicios de la voluntad al error y al temor (violencia); el dolo da origen a un error (ob. c. pág. 170).

(84) En un derecho formalista como lo era el romano primitivo, el papel de la voluntad aparece extraordinariamente limitado, siendo más bien la forma exterior y sacramental del negocio, lo que determina la eficacia jurídica del mismo (A. Cossio y Corral. El Dolo Civil pág. 261).

(85) Ob. cit. p. 201.

En el código alemán donde el acto jurídico se concreta y compendia en la declaración, el error no tiene igual trascendencia puesto que no se considera sino en la medida en que afecta a los elementos mismos de la fórmula.

El error difiere filosóficamente de la ignorancia por cuanto implica oposición entre el concepto y la realidad, al paso que la ignorancia se caracteriza por la ausencia de concepto, desconocimiento de la realidad. Pero como este desconocimiento puede llevar a un concepto equivocado, se dice que en el hecho se pueden confundir.

Clasificación general del error.

El error puede ser de DERECHO y de HECHO, según que verse sobre una norma jurídica o sobre los elementos constitutivos de una situación de hecho, respectivamente. Un ejemplo clásico tomado de Paulo: si una persona celebra contrato con un menor de edad, creyendo que negocia con un mayor, comete error de hecho; pero si dicha persona a sabiendas que está negociando con un menor supone que puede permitir las formalidades legales protectoras de los incapaces, incurre en un error de derecho (86).

3.14 El error de derecho.

Este error se presenta cuando la discordancia entre las voluntades se determina por ignorancia o indebida interpretación de una norma jurídica.

Cuando la voluntad se afecta por dicho error, el acto jurídico debería quedar igualmente privado de su eficacia ya que resulta gravemente afectada la voluntad. Si se dice que la persona no prestaría su consentimiento de no incurrir en error de hecho, otro tanto puede afirmarse del error de derecho: que quien consienta bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de la norma jurídica, probablemente dejaría de hacerlo, si los conociera plena y cabalmente. (87).

(86) El error, vicio del consentimiento, no debe confundirse con el error que constituye un hecho jurídico que no da origen a una acción rescisoria, sino que es el fundamento de un derecho basado precisamente en ese error. Este error casi se confunde con el concepto de buena fe. Por ejemplo, el poseedor que se cree dueño, percibe los frutos y "no es obligado a la restitución" (art. 964). Y dentro de la formación del consentimiento: el que con justa causa de error celebra un matrimonio nulo, tiene los derechos que le corresponderían si no existiera ese vicio, pues se trata de un matrimonio putativo (art. 907 del C. C. Chileno). Tomado de la ob. c. de León Hurtado.

(87) Este es el sistema del C. Francés que no establece diferencia expresa entre el error de hecho y el error de derecho, lo que ha permitido a sus intérpretes acoger las razones apuntadas, para considerar que uno y otro constituyen, por igual, causales de invalidez de los actos jurídicos.

Pero el Código Colombiano inspirado en el sistema del derecho romano, sienta un principio distinto al declarar en el art. 1.509 que "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". (88).

El citado mandato resulta concordante con los artículos 9º del C. C., 56 del C. de R. P. y M., y con el inciso final del art. 768 del C. C.

La ley consagra un principio práctico, tendiente a darle estabilidad al orden jurídico, al vedar la alegación de la ignorancia de la ley cuyo conocimiento por todos los integrantes del Estado, se supone. El orden social y la seguridad del comercio correrían peligro si se permitiera a los particulares alegar su ignorancia jurídica para eludir el cumplimiento de la ley. De ahí que el derecho romano hubiera establecido la presunción *juris et de jure*, según la cual una ley debidamente promulgada se reputaba conocida por todo el mundo.

Pero el principio a que nos referimos, tiene su operancia en el campo del derecho público y explica la estabilidad de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares; pero no siempre es de recibido o rigurosa aplicación en el derecho privado en donde puede servir de fundamento a incrementos patrimoniales que escaparían a la acción de repetición.

Por esto, la doctrina francesa, siguiendo la orientación de la nueva legislación, establece que el error de derecho puede, lo mismo que el de hecho, dar lugar a la anulación del contrato, y reitera la opinión de Domat y D. Aguessau según la cual, si la ignorancia o el error de derecho es tal que sea la única causa de la convención, ésta será nula, porque la causa resulta falsa.

La jurisprudencia nacional ha aceptado esta aplicación del error de derecho a pesar de la norma que sienta el art. 1.509. El principio nuevo se puede enunciar así: "El error sobre un punto de derecho, aunque no vicia el consentimiento, sí anula el contrato cuando falsea la causa". (89).

(88) La razón en que se funda la disposición del art. 1.509 del C. C., es la de darle seguridad a los actos y contratos; si un error de derecho, es decir, la ignorancia de que existe una norma legal o que se la interpreta como no debe ser, fuese motivo para rescindir aquéllos, es claro que los contratantes quedarán expuestos a litigios frecuentes, pues nada más fácil que justificar errores de derecho, cuando son pocas las personas que realmente conocen la ley" (Fernando Vélez, Pág. 31 T. VI).

(89) Estudios Jurídicos de Miguel Moreno Jaramillo, pág. 129.

El Magistrado Ponente de la decisión de la Corte Suprema de Justicia que consagró la nueva doctrina, dice entre otros considerandos:

"Si el error sobre un punto de derecho por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, o falsa causa o con causa inmoral.

"La severa fórmula del jurisconsulto Labeon JURIS IGNORANTIA NON PRODEST si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro Código. Consagró éste el principio contrario más de acuerdo con la justicia.

"En Colombia es absolutamente nula, y aún inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito, y una causa jurídica *distinta del error mismo*, aunque esa causa no sea civil sino meramente natural. De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes. Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe, que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo" (90).

Se concluye pues, que hay que recibir con beneficio de inventario la enfática declaración del art. 1.509 del C. C., y acudir a los principios de la causa: cuando el error de derecho sea la causa única y determinante del acto jurídico, el acto jurídico se destruye. (91).

(90) Ob. cit. pág. 256.

(91) Valencia Zea admite esta solución (Derecho Civil, Tomo I, pág. 350, Nº 299); y en derecho italiano Stolfi dice que "el error de derecho es causa de nulidad del acto cuando haya sido determinante del consentimiento" (ob. c. pág. 176). Nicolás Coviello, más enfáticamente declara que la ignorancia o indebida aplicación de una norma de derecho, hace anulable el negocio SOLO CUANDO HAYA SIDO O SEA AL MOTIVO UNICO O PRINCIPAL DE LA DETERMINACION DE LA VOLUNTAD. El error de derecho se equipara del todo al de hecho. Por eso puede hacerse anulable cualquier negocio, salvo los exceptuados por la propia ley, atenta a su naturaleza (Doctrina General del Derecho Civil pág. 420).

Con esta tesis se deja el consentimiento vigente, pero se llega a la nulidad o inexistencia del acto, por la falta de causa.

Por otra parte, el mismo C. C. ha morigerado el rigor del art. 1.509, en el pago de lo no debido (art. 2.315), y en la transacción (art. 2.477).

El art. 1.313 del C. C. Mexicano, estatuto que eleva a norma legal los avances de la doctrina en el punto en cuestión, reza:

“El error de derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

En el mismo sentido estatuye el art. 923 del C. Civil argentino.

3.15 Error de hecho.

Según el art. 1.510 del C. C. “el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta, como si una de las partes entendiere empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiéndose comprar otra”.

Los artículos 1.511 y 1.512 se refieren igualmente, a errores de hecho que pueden o no viciar el consentimiento, según que recaigan sobre la *identidad de la persona*, en los contratos intuitu-personae sobre la *calidad esencial del objeto* del acto jurídico, o sobre los *motivos* que animó a las partes a contratar.

De estas disposiciones se puede colegir que hay errores que I) *impiden* la formación del acto jurídico; II) *errores que vician el consentimiento* y III) *errores indiferentes*.

I) Los errores que recaen sobre la naturaleza del acto jurídico (error in-negotio) y sobre la identidad misma del objeto (error in ipso corpore), a que se refiere el texto transcrito, no constituyen realmente vicio del consentimiento, sino que impiden la formación de éste ya que las voluntades del proponente y aceptante, no coinciden; por esto se les denomina en la doctrina *errores obstativos* y son causales de INEXISTENCIA de la operación esto es decir, ésta no puede producir efecto alguno.

El Código Colombiano siguiendo la doctrina de Pothier considera que el error obstativo es mero vicio del consentimiento y por ende, que el respectivo acto jurídico es susceptible de ratificarse o convalidarse y en todo caso, tiene existencial legal. (92).

II) Los errores que vician al consentimiento (errores dirimentes) pueden recaer sobre: a) La *sustancia o calidad esencial* del objeto; b) sobre una *calidad accidental* del objeto, siempre que tal calidad sea el motivo principal de una de las partes para contratar y sea conocido de la otra parte; c) sobre la *identidad o calidades* de la persona, a condición de que tales identidad o calidad, sean la causa principal del acto o contrato; d) cuando recae sobre la *causa* en general, del acto o contrato. En todos los indicados casos, el error produce la nulidad relativa del acto jurídico, con excepción del último, que es tratado por los autores a través de la teoría de la falsa causa.

Error sobre la sustancia.

A dicho error se refiere el art. 1.511 del C. C.; qué se entiende por sustancia para los fines indicados en el artículo en cuestión? La noción filosófica enseña que la sustancia es la esencia permanente, la constitución intrínseca del ser. Por tanto, la sustancia de que está hecha una cosa es algo que no depende del querer de los individuos o de los móviles que determinan a una persona a contratar. La esencia es algo objetivo, material, invariable; estas cualidades dependen de la constitución física y no de nuestras intenciones. Cuando compro un anillo en la creencia de que pertenecía a uno de mis antepasados y no resulta así, he cometido un error, que no recae sobre la sustancia.

Sobre este punto se han ideado dos tesis: la *objetiva* y la *subjetiva*. La primera, esbozada en el anterior párrafo, asimiló la sustancia a la materia de que está formada la cosa. El ejemplo es clásico: si compro

(92) El Dr. Guillermo Ospina Fernández en sus conferencias de obligaciones, sienta una tesis ecléctica sobre la sanción del acto jurídico que adolece de error obstativo. Dice: “Los errores sobre la naturaleza del negocio o sobre la identidad del objeto constituyen en principio, un *obstáculo* para la formación del consentimiento y una causal de inexistencia de los actos jurídicos. Así debe declararlo el juez siempre que tenga conocimiento de un acto en que evidentemente se haya cometido uno de tales errores. Pero cuando éstos no se revelen evidentemente, cuando se oculten tras la apariencia normal del acto jurídico controvertido, éste se debe presumir existente y válido y aquellos errores deben quedar sometidos al régimen establecido por el artículo 1.510 del C. C., conforme al cual constituyen meros *vicios del consentimiento* sancionados con la *nulidad relativa* del acto respectivo. (Conferencias pág. 78).

unos candelabros de bronce dorado suponiéndolos de oro, no me equivoco acerca del cuerpo (objeto mismo), pero he caído en error sobre la sustancia del cuerpo, esto es, sobre la materia.

Savigny precisó por sustancia no la materia de que está formada la cosa, sino el conjunto de sus cualidades principales y el error acerca de una de tales cualidades, debe considerarse como error esencial.

Demolombe aportó su concurso a la transformación de la anterior tesis y consideró que la sustancia de la cosa, consiste en la cualidad principal y característica que individualiza a esa cosa y la hace especialmente propia para cierto uso.

Pothier padre de la escuela subjetiva, consideró que el error anula la convención, no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino también cuando afecta la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista.

El citado autor dejó de atender exclusiva y directamente a la materialidad de las cosas, para fijarse principalmente en la intención de los contratantes, de donde resultó que el error *in sustancia* pasó a convertirse en cualquier error cometido por uno de los contratantes acerca de una calidad material o inmaterial del objeto, pero a condición de que esta calidad hubiere sido la que el contratante tuvo principalmente en mira al tiempo de contratar.

El expresado criterio que indudablemente inspiró el art. 1.110 del C. C. Francés ha sido a la vez, el fundamento de manifiestas desviaciones de la concepción del error sustancial, hasta el punto de aplicarla a casos de errores en los móviles o motivos determinantes de los actos jurídicos, aunque no estén directamente relacionados con las cualidades del objeto de éstos (93).

La concepción psicológica o subjetiva no considera las cualidades o atributos del objeto, estables y siempre fijas, atiende a los móviles de la voluntad. Bello así lo comprendió y en vez de copiar servilmente el texto del art. 1.110 del C. de Napoleón, redactó el que es hoy

(93) Esta desviación acusa un fallo de la Corte de Casación Francesa que declaró nulo por *error in substancia* el contrato de compraventa de una casa que el comprador pensaba destinar al establecimiento de una escuela sin saber que las disposiciones administrativas pertinentes, no permitían el funcionamiento de una escuela en el sector correspondiente. En este caso no se trata de error sobre las cualidades esenciales o accidentales del inmueble, sino de error en cuanto a los móviles.

art. 1.511 de nuestro estatuto civil, del cual se desprende que es bien diferente el *error sobre la sustancia o calidad esencial* del objeto (inciso 1º) que se refiere a la materia de la cosa y respecto del cual no se exige requisito alguno para que constituya vicio del consentimiento, del error acerca de las *cualidades accidentales* de la cosa (inciso 2º) a que se refiere la ley con la expresión "*cualquiera otra calidad de la cosa*", lo que significa cualquier calidad que no pertenezca a la esencia o sustancia del objeto.

En este último caso, el error no vicia el consentimiento sino cuando dicha cualidad es el principal motivo de uno de los contratantes para contratar y ha sido conocido de la otra parte.

Se puede decir en síntesis, que nuestra ley entiende por sustancia del objeto, el conjunto de cualidades o propiedades esenciales de éste, tanto materiales como inmateriales que determinan su naturaleza específica y que lo distinguen de otros objetos. Cuando el error versa sobre la sustancia así concebida, el consentimiento resulta viciado sin ninguna condición, es decir, sin necesidad de que ambas partes tengan presente en forma expresa dicha cualidad, pues es dable suponer que los contratantes atienden primordialmente a la esencia del objeto materia del negocio.

Error en el valor de la cosa.

El error en el valor del objeto material del contrato no debe considerarse sino excepcionalmente, y conforme con las circunstancias de cada caso, como una calidad de la cosa, sobre todo teniendo en cuenta que un error de esta índole da origen a la lesión que está reglamentada en forma especial, para algunos contratos, según el sistema del C. C.

Cuando dicho error resulte provocado por dolo, el acto será rescindible por este vicio.

Error sobre una calidad accidental del objeto elevada a categoría de sustancial.

Según el inciso 2º del art. 1.511 del C. C. el error en la calidad no esencial del objeto constituye vicio del consentimiento cuando ha sido el motivo del acto y dicho motivo fue previamente conocido de la otra parte. Por ejemplo cuando una persona adquiere un cuadro que consi-

dera antiguo y resulta reciente, no por ello el contrato puede anularse; es necesario que la antigüedad sea el móvil del contrato y que este motivo sea conocido del vendedor.

La ley no exige que el contratante que padece el error haya divulgado a la otra parte, el móvil que lo anima a la celebración del acto, es suficiente que ese motivo haya "sido conocido de la otra parte" por cualquier medio.

Error en la persona.

Para nuestro C. C. el error en la persona es indiferente a los fines de la validez del acto jurídico; sólo excepcionalmente tiene incidencia en la regularidad de la operación jurídica cuando "la consideración de la persona sea la causa principal del contrato" (art. 1.512) lo que sucede en los actos "intuitu-personae" tales como: *actos de familia* (reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio); *actos patrimoniales a título gratuito* y *ciertos actos patrimoniales a título oneroso*, en donde dada la índole de la obligación se tiene en cuenta la persona del contratante.

El art. 1.512 se refiere por igual, al error sobre la *identidad física* de la persona y al *error sobre las calidades* de la misma. Uno y otro constituyen vicio del consentimiento siempre que sean determinantes la identidad o las cualidades que se suponen en la persona del otro contratante. Si "A" celebra un contrato con "B" para la prestación de servicios profesionales de abogado queriendo contratar con "C" cuya reputación conoce de oídas lo que la determina a contratar, su consentimiento resulta afectado. Otro tanto sucede cuando se celebra el contrato con el propio "C" a quien se ha atribuido erróneamente, la calidad de famoso abogado que no tiene.

El error en cuanto al nombre de la persona con quien se contrata, es indiferente. Dice el art. 1.116 del C. C. "el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona".

Cuando el contrato se rescinde por error en la persona, el otro contratante que de buena fe contrató, tiene derecho al pago de perjuicios en virtud del principio de la *culpa in contrahendo* que impone al contratante beneficiado con la nulidad del acto, la obligación de tomar todas las precauciones para evitar el error en el motivo.

Error Indiferente

El error que no tenga la categoría de esencial, es accidental y por ende, no vicia el consentimiento por exclusión son accidentales, el error que recae sobre una calidad no esencial, como por ejemplo, la identidad de los propietarios colindantes, o cuando recae sobre la persona y la consideración de ella no es determinante; o versa sobre el valor de la cosa ya que éste da origen, excepcionalmente, a la rescisión por lesión enorme.

Sanción del acto jurídico afectado de error.

El C. C. sanciona los vicios del consentimiento con la *nulidad relativa* de los actos respectivos, lo que se desprende claramente del art. 1.741, texto este que a vuelta de establecer la sanción de *nulidad absoluta* por el objeto o causa ilícita, o por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad de las personas que celebran, y por incapacidad absoluta, expresa que "CUALQUIERA OTRA ESPECIE DE VICIO PRODUCE NULIDAD RELATIVA, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Pero cuando el error recae sobre la causa, doctrinaria y jurisprudencialmente, se sostiene que la sanción no es la nulidad relativa sino la *nulidad absoluta* y aún, la *inexistencia* (94).

Error común.

El error que hasta ahora hemos visto lo sufre una de las partes del acto jurídico; pero en el error común, resulta afectada una gran mayoría de personas de la localidad donde se celebró el acto, por un estado generalizado e insuperable, de error.

En esta ocurrencia, la ley sanciona como regular el acto jurídico así celebrado y le reconoce plenos efectos. Es la consagración de la máxima "*error communis facit jus*" enunciada por los glosadores basados en el Digesto.

La doctrina del error común nació en Roma a consecuencia de las sentencias que dictó el Pretor Barbarius Philippus, que fue nombrado

(94) Ver sobre este importante punto, las notas de Ospina Fernández págs. 89 y 90.

para este cargo teniéndosele por ciudadano romano, pero que resultó siervo fugitivo; destituido del empleo surgió el problema de la validez de los actos por él proferidos. El buen sentido de los romanos calificó de válidas dichas sentencias.

El error común se presenta principalmente, en casos de funcionarios públicos mal nombrados o posesionados.

El C. C. a pesar de que no ha consagrado expresamente la doctrina, contiene varios artículos que la aceptan o reconocen; y la jurisprudencia reiteradamente la admite como se deduce del siguiente fragmento de un fallo de la Corte Suprema de Justicia:

“Sea como fuere, el adagio “error communis” tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe generar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible, se coloca en el mismo pie de igualdad que la realidad. La máxima “error communis”, aparece pues, como una regla de orden público protectora del interés social que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento poderoso que sacrifica el interés individual al interés social, y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante”.

La doctrina ha consagrado los siguientes requisitos para que el error común regularice el acto:

a) Que sea común, esto es, que lo padezca la generalidad de los habitantes del lugar en donde se celebra el acto.

b) Que quien lo padezca haya obrado bajo una apariencia que induzca al error, como el hecho de que el funcionario público ejerza sus funciones, que el mandatario exhiba un poder aparente, o un heredero un testamento que a la postre resulte haber sido revocado, es decir, que aparezca un motivo justo de error.

c) Que haya buena fe en quien lo padece; lo que supone que quien ejecuta el acto tenga la más estricta conciencia de que se ajusta en un todo al ordenamiento jurídico.

Los artículos 109, regla 4ª, ordinal 4º del art. 766 y el 1.634 del C. C., son entre otros textos, aplicación de dicha teoría.

3.16 Coordinación de los efectos del error dirimente con los de la culpa in-contrahendo.

Que el error genere la nulidad relativa del acto jurídico no significa en manera alguna, que la parte que ha negociado con la que incurrió en error, tenga necesariamente que sufrir las consecuencias de dicha nulidad, pues puede prevalecerse de su buena fe y exigir la indemnización de los perjuicios que haya sufrido a causa de la ligereza de su contraparte.

Quien interviene en la celebración de un acto jurídico garantiza tácitamente, a quien va a ser contraparte, la validez del mismo y su habilidad legal para celebrarlo. Este principio, se explica por la culpa in-contrahendo. (95).

Consagración indiscutible de esta teoría es el art. 1.512, inciso 2º. Según esta disposición el autor de la culpa, cuando el acto jurídico se anula por error en la persona, está obligado a indemnizar los perjuicios que la otra parte experimente con motivo de la invalidez del contrato. Así, por ejemplo, si queriendo encargar a Pedro la confección de un cuadro en atención a sus dotes artísticas y fama, me dirijo al que creo su estudio y contrato con la persona que allí se encuentra, sin constatar previamente si se trata de la persona que busco, y ésta resulta no ser Pedro sino Juan, tengo derecho de suplicar la rescisión del contrato por error sobre la identidad de la persona, pero la buena fe de Juan lo autoriza para exigirme la indemnización de los perjuicios causados por mi ligereza y descuido.

Razones de equidad permiten extender esta teoría a los casos en que el contrato se anule, por culpa de una de las partes; sin perjuicio se repite, de la sanción legal de la invalidez de la operación jurídica.

(95) Según Von Tuhr, “por el mero hecho de entrar en negociaciones contractuales, prodúcese entre los futuros contratantes una relación jurídica, de la cual se derivan ciertos deberes, deberes que versan sobre su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones. Las partes deben comunicarse mutuamente aquellos hechos que pueden tener una influencia decisiva en el proceso de formación del acto. A la infracción de estos deberes suele darse el nombre de culpa in-contrahendo”. (Tratado de las Obligaciones Tomo I. pág. 142).

En el mismo sentido Karl Larenz (Tomo I. págs. 107-109) Mario Rotondi (Instituciones de Derecho Privado págs. 350-51) y S.- W Hedeman (Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones T. III pág. 164).

3.17 DE LA FUERZA o VIOLENCIA.

Con más propiedad algunas legislaciones como la suiza denominan a este vicio "temor" porque realmente es éste el que determina a la voluntad.

La violencia genera un estado de *temor* que a la vez, induce a la otra parte a consentir.

Se trata de la violencia moral, denominada en doctrina "vis compulsiva" para diferenciarla de la fuerza propiamente física "vis absoluta" que suprime totalmente la voluntad, como cuando el sujeto suscribe el documento porque la otra parte lleve su mano y lo obliga a firmarlo.

Define Stolfi la violencia moral como "la amenaza real de un mal injusto y notable, la cual inspirando temor a una persona sensata, la induce a concertar un negocio jurídico que de otra forma no quería concertar".

El miedo que infunde la fuerza cumplida contra el declarante o contra las personas que se refiere al art. 1.513 y contra las que estén unidas por vínculos de amistad o afecto con la víctima de la fuerza, se aprecia no de manera abstracta sino en concreto y aplicando un criterio subjetivo según la doctrina que inspira el artículo citado; es pues, cuestión de hecho y el juez debe tomar en cuenta la edad, el sexo, la posición social, etc., para apreciar la incidencia de la fuerza en el consentimiento.

El mal irreparable y grave puede amenazar no solamente la vida del declarante, sino también su patrimonio moral, su honor, su buen nombre profesional o comercial, su libertad y en general, cualquiera de los atributos de la personalidad.

No es necesario que el mal amenazado sea presente; es igualmente relevante, el *mal futuro*; lo que necesariamente debe ser presente, es la AMENAZA que debe ser la única causa del consentimiento.

La *injusticia* de la violencia supone que su autor no haga uso de facultades que la ley le concede. Por ejemplo, la amenaza de instaurar la acción ejecutiva para lograr el pago coactivo de la obligación, no reúne el requisito de la injusticia aunque ante el temor de verse desconectado socialmente el deudor por tal proceder del acreedor, sea lo que lo determine al pago.

A este respecto la doctrina francesa, en boca de Josserand dice:

"Es la utilización de las vías de derecho la que brinda ocasión de distinguir la violencia legítima de la violencia *injusta*; el criterio lo suministran entonces los móviles del agente, el fin que persigue al amenazar a su adversario con una acción civil, un denuncia criminal o un embargo. Quiere él obtener lo que se le debe y nada más?. Entonces la presión que ejercita sobre su contrario, es legítima y el compromiso o el pago hecho en estas condiciones será irreprochable. Se propone al contrario, crear la situación para obtener ventajas indebidas? En este caso es una especie de chantage lo que se practica, es una violencia injusta la que se ejerce; el compromiso contraído así por la víctima está viciado. La jurisprudencia distingue constantemente entre el uso regular de las vías de derecho y el uso abusivo de ellas" (96).

La fuerza o violencia vicia el consentimiento aunque no sea ejercida por la parte del acto jurídico que resulta beneficiada con ella; es suficiente que se haya empleado por cualquiera con el objeto de obtener el consentimiento (art. 1.514). Esta regla viene del derecho romano y Ulpiano la justifica diciendo que no se puede exigir a la víctima de la violencia la designación de su autor, porque a menudo se ignora (*metus habet in se ignorantia*); esta es una diferencia entre la violencia y el dolo pues éste debe ser realizado por la parte.

De conformidad con el inciso 2º del art. 1.513 del C. C., el *temor reverencial*, es decir, aquel estado de sujeción en el que se encuentra la persona respecto de otra, por razones de obediencia, gratitud, respeto, admiración o devoción, no basta para viciar el consentimiento. Pero si con el temor reverencial concurre la violencia, en la forma estudiada, es obvio que el acto jurídico adolece de nulidad relativa.

3.18 La fuerza de la naturaleza (estado de necesidad).

Se pregunta si el negocio celebrado bajo el apremio en que una de las partes se encuentra colocada por circunstancias naturales, que no han sido determinadas por la otra pero sí pretende ésta aprovecharse de ellas, adolece del vicio que estudiamos. En este caso la parte consiente en *estado de necesidad*, es decir, ante un peligro inminente.

(96) Citado por Eudoro González Gómez. Conferencias de obligaciones pág. 212. Revista Estudios de Derecho.

La doctrina civil dominante considera que el consentimiento dado en las indicadas circunstancias, adolece igualmente de vicio de violencia ya que, según se indicó, la ley no tiene en cuenta el origen de la fuerza. La jurisprudencia de los tribunales franceses ha aceptado esta tesis en varias ocasiones, declarando la invalidez, por ejemplo, de los contratos de salvamento marítimo, cuando el capitán del navío en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocer una recompensa desproporcionada en relación con el servicio prestado.

En estos casos es indudable que no puede hacerse una calificación ética de la fuerza de la naturaleza y en ello se puede distinguir esa causal de la violencia propiamente dicha. Pero cuando la persona aprovecha en su beneficio tal fuerza y pretende obtener una ventaja patrimonial de quien se encuentre bajo el imperio de tales factores, ese acto es susceptible de rescindirse o de equilibrarse judicialmente sus prestaciones, según pareciere más conveniente atendiendo a la magnitud del peligro y a la desproporción de las prestaciones.

Las legislaciones suiza y alemana han enfocado este problema desde el punto de vista de la teoría de la lesión, declarando inválidos los actos jurídicos en que una persona aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otra, se hace prometer para sí o para un tercero ventajas económicas desproporcionadas con lo que, a su vez, da o promete. En estos sistemas no se presenta discusión sobre la procedencia de la figura en comento; pero como entre nosotros, lo mismo que en Francia, la teoría de la lesión carece del desarrollo y aplicaciones que la justicia exige, el caso planteado tiene que resolverse mediante la institución de la fuerza o violencia como vicio del consentimiento.

3.19 La violencia generalizada. (*)

Con el laudable propósito de evitar el indebido enriquecimiento de quienes inescrupulosamente contratan en estado de sitio, aprovechándose de la situación de apremio o coacción en que una de las partes estuvo colocada por razones de violencia generalizada, se expidió la Ley 201 de 1.959.

No significa esto que antes del citado año, fuesen regulares los actos jurídicos celebrados en tales condiciones pues la Corte Suprema de

(*) Así se denomina al conjunto de hechos atentatorios contra la colectividad conocidos en nuestra patria con el nombre de BANDOLERISMO.

Justicia había advertido en reiterada jurisprudencia que fue antecedente del estatuto legal dicho, la irregularidad de las operaciones así verificadas. Decía por ejemplo: "De conformidad con nuestro régimen legal, y dándole cabal aplicación a los artículos 1.513 y 1.514 del C. C., son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio del consentimiento, las enajenaciones de inmuebles cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor, le compra sus bienes. Porque es obvio que una relación jurídica surgida en las condiciones expresadas, por resultar contrarias a las normas de la ética y de la equidad contractual, y por entrañar en el fondo un enriquecimiento sin causa, es una situación que legalmente no puede subsistir, y por ello nuestro sistema legislativo en guarda de los derechos e intereses patrimoniales del contratante lesionado, ha establecido los medios procesales para destruir judicialmente, tan extraño orden de cosas..." (97).

Pero este fallo y los concordantes, exigían que el actor probase la relación de causalidad entre los actos de violencia y el acto jurídico lo que era prácticamente imposible en los casos frecuentes de violencia colectiva.

Se hacía necesaria la norma legal que diera fundamento a la impugnación de los actos jurídicos celebrados bajo el imperio de la violencia colectiva.

El art. 1º de la Ley dice:

"En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado".

"Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del art. 1.513 del C. C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada".

Los artículos 2º y 3º fijan como término de la violencia para los efectos de la acción rescisoria y de las acciones posesorias, el día en que

(97) G. J. Nros. 2199/2200, pág. 562.

se declare restablecido el orden público, y no desde que hubieren cesado los actos materiales violentos, sin perjuicio de que pueda el interesado solicitar antes la debida protección judicial.

En los artículos siguientes se establecen las normas aplicables para la evaluación de mejoras, el derecho del contratante perjudicado para optar por la recuperación del precio o el pago de sus derechos, la inscripción de la demanda sobre acciones posesorias sin necesidad de caución, el préstamo que la Caja Agraria debe hacer al perjudicado vencedor en el juicio en caso de que tenga que devolver el precio; y por último la indicación de las normas del C. C. que quedan aclaradas, modificadas o derogadas.

En primer lugar debemos anotar que no es propiamente la violencia lo que vicia el consentimiento, sino el estado de *constreñimiento* que de ella resulta; y que no se trata ya de la fuerza que una persona determinada realiza sobre uno de los contratantes como lo exige el art. 1.514, sino de una VIOLENCIA GENERALIZADA que no requiere concretarse en actos específicos de coacción atribuidos a una persona determinada, lo que desde luego facilita, su prueba a diferencia de lo que regía jurisprudencialmente, antes de la ley.

Se deben cumplir los siguientes requisitos para que la violencia generalizada vicie el consentimiento:

a) Que en el lugar en donde la violencia creó el temor de uno de los contratantes, aunque no corresponda al de ubicación del inmueble, se haya declarado el estado de sitio.

b) Que como efecto de dicho constreñimiento, se haya celebrado el acto jurídico, o se haya perdido la posesión de bienes por la misma causa.

c) Que las condiciones de la estipulación sean tan desfavorables que hagan presumir que "en circunstancias de libertad jurídica" no se hubiere celebrado la operación. La diferencia de precio con relación al justo, puede ser una de tales circunstancias aunque alcance a configurar lesión enorme pues le queda al interesado la elección entre las dos acciones; igualmente, los plazos, forma de pago, etc., revelan lo desfavorable del negocio.

d) Injusto aprovechamiento por el otro contratante.

Reunidos estos elementos, se *presume* que el respectivo acto fue celebrado bajo el impulso de la violencia generalizada; el actor cumple,

demostrando la existencia del acto, la declaratoria del estado de sitio, las condiciones desfavorables suyas y el respectivo aprovechamiento del otro; no tiene que evidenciar la relación de causalidad entre el acto jurídico y hechos concretos de violencia, porque esto es precisamente lo que se *presume* por el texto en cuestión.

Atinente al presupuesto del literal c") ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia que dentro de la nueva modalidad del vicio del consentimiento por violencia generalizada "ya no es bastante, cual lo es en la concepción clásica de ese vicio, la mera existencia de un justo temor en quien a consecuencia del mismo celebró el acto, sino que es indispensable además, un aprovechamiento del estado de necesidad de la víctima manifestado en el logro de ventajas contractuales excesivas a su cargo, con el correlativo injusto beneficio para la otra parte". (98).

De esta suerte estableció la Corte, contra la tesis según la cual basta el simple constreñimiento de uno de los contratantes en la celebración de la convención, que las condiciones desventajosas contempladas en el art. 1º de la Ley 201, no pueden consistir simplemente en el aprovechamiento de tal intimidación, sino en efectiva y real lesión patrimonial, de la parte que invoca la acción.

Estos requisitos tienen que cumplirse en su totalidad. Por tanto, la comprobación del ambiente colectivo amenazador bajo el cual se concluyó la operación jurídica, no sería suficiente si no se ha declarado el estado de sitio (99).

(98) G. J. Tomo CXXXI Nos. 2314/16, pág. 126.

(99) Ha dicho atinadamente sobre este presupuesto el Dr. Escobar Sanín que pueden presentarse dos situaciones anómalas: A) Decretado el estado de sitio en un departamento, por ejemplo, y no en otro colindante, podría presentarse el caso de que la violencia extendida parcialmente al último —porque ella no tiene límites arcifinios ni naturales— hubiese impelido a un propietario a enajenar uno o varios bienes, sin poder acogerse a dicha ley, por no haber declarado el estado de sitio en su respectiva región; al paso que otro propietario vecino suyo, amedrentado y perjudicado también, tendría derecho a los beneficios del nuevo estatuto por hallarse en jurisdicción del departamento sometido al régimen de emergencia. Para el primero no valdría de nada demostrar la existencia material de la violencia generalizada, causante del temor que lo indujo al acto o contrato, porque jurídicamente no ha sido declarada ella y sometido el territorio al estado de sitio. En tal hipótesis tendría sólo el camino señalado en el Código, con la restricción que exige la jurisprudencia de la Corte de ser indispensable de mostrar la incidencia directa y única de la fuerza sobre su voluntad contractual. B) - La violencia se presenta en un determinado sector del País sin que el gobierno —por cualquier motivo, que podemos suponer de carácter político— se preocupe en principio por decretar el estado de sitio, precisamente para que los propósitos de algún partido o grupo que le

La ley con el fin de lograr la destrucción judicial de los actos consumados con anterioridad a la fecha de su expedición (efecto retroactivo) declaró en una de sus normas que ella se limita a aclarar el sentido y alcance del art. 1.513 del C. C., lo que estrictamente no puede aceptarse ya que la norma que se dice interpretada, no ha suscitado conflicto alguno sobre los hechos a que se refiere la nueva disposición. Lo que con toda evidencia aparece, es la *creación* de una nueva norma cuya necesidad era indiscutible ante los hechos sociales imperantes en nuestro País por motivo de la violencia política.

Estimamos que el efecto retroactivo de la ley se habría logrado, con la sola declaratoria del interés público y social que la inspiró. Pero dicho efecto retroactivo solamente alcanza un término de 4 años a partir de su vigencia, en atención a lo que dispone el art. 1.750 del C. C., sobre prescripción de la acción rescisoria: únicamente los actos nacidos dentro del cuatrenio anterior a la vigencia de la ley y los cumplidos con posterioridad a su expedición hasta el día en que se levante el estado de sitio, son susceptibles de anularse por la acción que consagra la Ley 201.

Sanción del acto celebrado bajo las circunstancias de la Ley 201

Si aceptamos en todo su rigor la equiparación que hace la ley entre la violencia generalizada y la fuerza o violencia, necesariamente tenemos que concluir que el acto jurídico así concluido es susceptible únicamente de rescindirse (nulidad relativa) al tenor del art. 1.741 del C. C. (100).

Pero si apreciamos las circunstancias en que se manifiesta la voluntad, arribaremos a la conclusión de que una parte necesariamente *obra de mala fe* y bajo esta ilicitud celebra la convención. Estaríamos pues

es adicto, se cumplan a cabalidad como ocurrió en años anteriores. Qué sucede, entonces? Qué los más afectados por esa situación generalizada no podrían acogerse a los beneficios de aquella Ley, consolidándose así para los impostores, su situación especuladora y favoreciéndose por la insuficiencia de las normas anteriores. Y en cambio en el mismo lugar y por el mismo motivo si tendría amparo en el nuevo sistema otras personas que en igualdad de condiciones enajenaron sus bienes, cuando había sido declarado el estado de sitio.

- (100) Esto quiere decir que tal vicio no puede ser declarado por el Juez de oficio, ni su declaración puede suplicarse por el Ministerio Público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por el que ha sufrido el perjuicio con el acto o contrato o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por la ratificación de las partes o por prescripción de 4 años.

ante un caso de ILICITUD DE CAUSA que es fuente de nulidad absoluta. (101).

3.20 EL DOLO

Es una noción imprecisa y elástica y consiste en toda maquinación para engañar a alguien de la que se vale una parte para inducir a la otra en error y contratar en tal estado. (102).

El dolo por sí mismo, no es vicio de la voluntad pues sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de aquélla.

En el derecho civil el dolo puede ser considerado en tres aspectos:

- Como vicio de la voluntad.
- Como fuente o causa de un delito civil.
- Como determinante del "incumplimiento" de la obligación.

Los artificios o maquinaciones que constituyen el dolo deben presentarse al momento de la formación del contrato o de adquirirse la obligación, pues los que nacen o se presentan con posterioridad a ese momento, reciben la denominación de FRAUDE y tiene otra incidencia en el efecto de la obligación. (103).

La manera como el dolo se presenta es variadísima y no consiste únicamente en actividades positivas pues muchas veces, la conducta omisiva del agente entraña maniobra dolosa. Puede consistir también en presentar circunstancias falsas, o en suprimir o alterar las verdaderas con palabras o hechos, o en omitir una circunstancia que por ley o los usos comerciales, se tenía obligación de revelar.

Desde el derecho romano se habla del DOLO BUENO, que no invalida el acto. Se trata de halagos, propaganda, incitaciones o insisten-

(101) El citado autor se pronuncia por esta tesis en un estudio sobre la Ley 201 publicado en la Revista de la Facultad de Derecho del Externado.

(102) Por dolo se entiende cualquier comportamiento ilícito dirigido a engañar a otro sujeto, determinándolo a realizar una declaración o manifestación de voluntad que sin el dolo no habría realizado. Cariota Ferrara (El Negocio Jurídico Pág. 459).

Para Coviello el dolo consiste en el artificio para inducir y que de hecho ha inducido, a una persona a realizar un negocio jurídico provocando en ella un error o aprovechándose del error en que se hallaba.

(103) El dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente, y que por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude, no es sino el resultado de la acción dolosa (A. de Cossio y Corral "El dolo en el derecho civil", pág. 14).

cias con que se presentan usualmente las cosas o prestaciones que asumimos para lograr el acuerdo de voluntades, y que es un margen de habilidad que la ley reconoce a las partes en el contrato.

La doctrina civil discute si el concepto de dolo es distinto en el derecho privado y en el penal. La tendencia moderna se orienta a aceptar el concepto UNITARIO y rechaza toda distinción entre el dolo civil y el penal.

Problema distinto es que la ley, teniendo en cuenta la mayor o menor trascendencia de la infracción, la revista no sólo de efectos civiles, sino que la eleve a la categoría de DELITO PENAL. (104).

El dolo está integrado por dos elementos: a) el *psicológico* que consiste en la intención de engañar; b) El *material* u objetivo que consiste en el *comportamiento* del agente y del que sabemos que puede revelarse por actos positivos o por meras omisiones.

No es necesario que a la intención de engañar se sume la intención de perjudicar y por ello, el vicio existe aunque patrimonialmente no se haya causado daño a la víctima de la maquinación. A este respecto dice Ferrara: "No se exige en absoluto la voluntad o conocimiento de producirle daño (a la víctima del dolo); tal daño puede incluso faltar, pues en el terreno de los vicios de la voluntad, es indiferente que el resultado sea beneficioso o perjudicial para quien ha emitido la declaración bajo la influencia de una causa perturbadora de la voluntad". (105).

Pero el *dolo incidental*, esto es, el que no reúne los requisitos del principal a que nos referiremos a continuación, sí da lugar a la acción de reparación de perjuicios según el inciso 2º del art. 1.515 y requiere por ende, el perjuicio o daño patrimonial de quien lo sufre.

Para que el dolo vicie el consentimiento debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se haya empleado con el conocimiento de que se engaña (elemento intencional).
- b) Que sea *reprehensible* esto es, contrario al orden social, inmoral.

(104) En este sentido Von Listz, sostiene que el delito penal, ataque especialmente peligroso de intereses protegidos penalmente, no se distingue del civil respecto de su contenido, más que por el mayor peligro de aquél. *Derecho Penal*. Nro. 44 citado por A. de Cossio y Corral ob. cit. pág. 24.

(105) Cariota Ferrara ob. c. pág. 460.

c) Que sea ejercido por la *parte* o por un tercero con su complicidad.

d) Que sea determinante.

e) Que se pruebe, pues el dolo no se presume.

Referente al requisito del numeral "c", cuando las maniobras doloosas se realicen por un tercero, el consentimiento no se vicia. Es esta una diferencia notable del dolo con la fuerza que Josserand explica históricamente diciendo que en el derecho romano el dolo era más delito que vicio del consentimiento; la acción de dolo que lo sancionaba, era una acción delictual, penal, infamante, y por eso no se daba más que contra el agente mismo y no contra las otras personas a pesar de que éstas reportaran beneficio del dolo. Modernamente se ha tratado de mantener esta diferencia afirmándose que el dolo turba el orden social menos profundamente que la violencia, o bien haciendo notar que la víctima del dolo tiene acción para pedir daños y perjuicios a los terceros que lo han cometido, mientras que el autor de la violencia puede permanecer desconocido.

Josserand con toda razón sostiene que ninguna de las explicaciones es satisfactoria y que en caso de dolo o violencia ejercidos por un tercero, el consentimiento debe quedar igualmente viciado. El art. 1816 del C. C. Mexicano así lo consagra.

Complicidad de las partes en el dolo de un tercero.

El requisito de que el dolo debe ser obra de una de las partes, no desaparece por el hecho de que no provenga directamente de ella. Basta su complicidad con el dolo de un tercero. Aún más, la doctrina admite que no es necesaria la *complicidad positiva* y es suficiente la *complicidad negativa*, por ejemplo, cuando la parte tiene conocimiento de que un tercero está engañando a la otra parte, y guarda silencio sobre el particular.

Dolo de los representantes.

El dolo del representante afecta la validez del acto celebrado en nombre del representado como si dicho dolo fuera obra de éste; pero el perjuicio que pueda desprenderse de tal acto, es exigible únicamente del representante.

Dolo en los actos jurídicos unilaterales.

El dolo opera también en los actos de formación unilateral, y en este caso debe provenir necesariamente de un tercero y ser determinante.

Cuando el asignatario se vale de embustes para obtener la asignación en su provecho, el testamento es nulo por resultar afectada la voluntad de su autor; la aceptación o repudiación de una herencia se rescinde cuando fue determinada por fuerza o dolo (arts. 1.291 y 2.294 del C. C.); la renuncia de gananciales es también rescindible si se ha hecho con ocasión de dolo (art. 1.838).

La prueba del dolo.

Estatuye el art. 1.516 del C. C. que el "dolo no se presume sino en los casos especialmente determinados por la ley, en los otros debe probarse".

Como es sabido, el efecto propio de las presunciones legales consiste en exonerar de la prueba a quien alega un hecho. Por consiguiente si la ley presume el dolo en ciertos casos, es claro que quien lo alega no necesita probarlo. A la inversa, si en un determinado caso la ley no presume el dolo, es obvio que quien lo alega debe suministrar la prueba de ello caso en el cual puede valerse de cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley.

La convención por la cual las partes se exoneran recíprocamente, o una de ellas exonera a la otra del dolo, es nula por ilicitud de objeto (art. 1.522); y muchas veces las maniobras engañosas desbordan el campo civil y dan ocasión a sanciones penales cuando tienen la entidad de delito; así lo establece el art. 408 del C. Penal.

3.21 LA LESION.

Los vicios del consentimiento tradicionalmente considerados como tales, son los estudiados (error, fuerza y dolo) y son *subjetivos* porque se relacionan con el estado de los contratantes. Por esto resulta erróneo clasificar la lesión como vicio del consentimiento.

La *lesión*, tenida como la desproporción entre las prestaciones asumidas por las partes, no está erigida en causal general de nulidad del

contrato, sino que excepcionalmente es considerada por la ley para ciertos actos.

Este criterio restrictivo se muestra acorde con la filosofía que inspiró el C. C. Francés, de darle al contrato la fuerza vinculante propia de la ley y reconocerle a las partes poder omnímodo para crear obligaciones. Todo lo que atente contra la estabilidad del contrato, como la lesión, era mirado con desvío por el legislador.

Nuestro C. C. siguió esta directiva y estableció la lesión como un mero desequilibrio entre las prestaciones (criterio objetivo) y no consagró una sanción única en aquellos pocos casos, sino que en algunos la elige como causal de rescisión del acto, al paso que en otros sólo autoriza el reajuste judicial de las prestaciones. (106).

La lesión es el daño o detrimento que sufre una persona en razón de un acto jurídico por ella realizado. Y considerando la esfera propia de la lesión en el derecho colombiano, podríamos decir que es el perjuicio pecuniario que sufre una de las partes en la celebración de un contrato oneroso conmutativo, debido a la desproporción en el valor de las prestaciones o abstenciones recíprocas. (107).

Ya dijimos que nuestro C. C., como pasamos a indicarlo a continuación, consagró la lesión con un *criterio objetivo*, en relación con la equivalencia de las prestaciones sin tener en cuenta si las partes han conocido o no la desproporción de valores y menos, sin atender a la intención de aprovecharse de la ignorancia o necesidad de una de ellas. (108).

Casos de lesión en el C. C.

1º) Compraventa de bienes inmuebles (art. 1.946 del C. C.); no tiene cabida en la compraventa de bienes muebles, ni en la de inmuebles que se hubiere hecho por ministerio de la justicia (art. 3º Ley 57 de 1.887).

(106) A pesar de la censura que tradicionalmente se hace al criterio restrictivo de nuestra legislación él no deja de tener fundamento. En primer lugar el valor de las prestaciones resulta difícil de determinar ya que el valor no es un atributo objetivo de las cosas; y en segundo lugar, la lesión concebida genéricamente como institución para destruir actos jurídicos ya concluidos, rompe la autonomía de la voluntad y deja librada la estabilidad del contrato, a la cambiante apreciación de valores.

(107) Josserand define la institución como el perjuicio sufrido por una de las partes por razón de las cláusulas mismas que figuran en el contrato; reside esencialmente, en un defecto de equilibrio de la operación. (ob. c. pág. 74).

(108) Este criterio es el que sigue la Corte Suprema de Justicia G. J. Nros. 2225 y 2226, tomo XCII, pág. 948.

- 2º) La permuta de bienes inmuebles (art. 1.858 del C. C.).
- 3º) Las particiones de bienes (art. 1.405 del C. C.).
- 4º) Aceptación de una asignación sucesoral (art. 1.291 del C. C.).
- 5º) La estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231 del C. C.).
- 6º) Estipulación de intereses en la anticresis (art. 2466 del C. C.).
- 7º) Cláusula penal (art. 1601 del C. C.).
- 8º) En la hipoteca (art. 2455 del C. C.).
- 9º) Censo (art. 105 de la Ley 153 de 1.887).
- 10º) Control de arrendamientos.

En los cuatro primeros casos, procede la *rescisión del acto viciado* por lesión; y en los últimos, sólo el reajuste del acto lesivo.

Sería de desear que la lesión fuese consagrada legislativamente para evitar el abuso que puede encubrir en aquellos actos onerosos distintos a los arriba indicados. Esto es, que tenga un alcance más general. Claro que tratándose de *actos gratuitos* y *aleatorios* ella no tendría justificación: en los primeros porque una parte se desprende gratuitamente, en provecho de otra, de un bien y no existe contraprestación; y en los segundos porque por definición en tales actos, no es posible saber en el momento de su formación, cuál ha de ser la ganancia o la pérdida de cada una de las partes, lo que depende de circunstancias posteriores sometidas al azar, (109).

(109) Pueden conciliarse perfectamente, los principios o valores de **ESTABILIDAD** del acto y **JUSTICIA**, con la institución en comento. Dice al respecto Rojina Villegas:

los principios de justicia y equidad así como el de buena fe, entran en juego en el problema de la lesión, con otro postulado no menos importante en los contratos, o sea el que consagra la obligatoriedad de los mismos, dando lugar al principio **PACTA SUNT SERVANDA**. Ahora bien, el que los pactos sean puntualmente cumplidos, es tan importante como el que sean justos. De aquí el conflicto que origina la lesión, pues se tiene que admitir que no obstante el contrato celebrado no debe ser cumplido, porque es injusto. La obligatoriedad del pacto tiene que subordinarse al principio de justicia, si admitimos que la ruptura de la equivalencia de las prestaciones es causa suficiente para que el contratante perjudicado no esté obligado a cumplir. En cambio, si consideramos que la obligatoriedad del contrato es de más importancia que la justicia en el mismo, habrá que concluir en el sentido de que bastará que el contrato se haya celebrado para que deba ser puntualmente cumplido.

El principio **PACTA SUNT SERVANDA** realiza el valor seguridad jurídica. A su vez, el principio de equilibrio patrimonial o equivalencia de prestaciones, realiza el *valor justicia*.

Pero este principio puede entenderse en su sentido obvio: *se parte de la base de la obligatoriedad del contrato, que supone la observancia plena de todas las condiciones de validez del contrato.* (ob. c. pág. 422).

El C. C. Alemán, y las legislaciones que en él se inspiran, tiene un concepto eminentemente *subjetivo* de la lesión. Dice el Art. 138 de este estatuto legal:

“Un acto atentatorio de las buenas costumbres es nulo. Es nulo en particular el acto jurídico mediante el cual alguien, explotando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de otro, obtiene para él o para un tercero a cambio de una prestación, que se le concedan ventajas patrimoniales que excedan de tal manera el valor de la contraprestación, que teniendo en cuenta las circunstancias esas ventajas estén con respecto a ésta, en una enorme desproporción”.

Bien se ha dicho que a pesar de la orientación subjetiva del Código Alemán, la lesión no pasa a ser un vicio del consentimiento pues puede suceder que la víctima al momento de consentir, ignore el perjuicio que se le ocasiona con el contrato, y mal podría decirse entonces, que su consentimiento ha estado viciado; y si por el contrario, consiente en el acto, habrá padecido fuerza, error o dolo y más precisamente se tratará de un contrato celebrado en “estado de necesidad” en que se sanciona la intención inmoral del victimario de obtener una ventaja excesiva, sin que se considere si la voluntad de la víctima estuvo o no viciada.

En vista del anterior planteamiento concluye León Hurtado, que la concepción moderna de la lesión no viene a ser comúnmente más que un caso especial de anulación por dolo. (110).

3.22. LA CAPACIDAD

La voluntad de las “partes” del negocio jurídico de formación bilateral, o del “autor” en el de formación unilateral, requiere una mediana experiencia acerca de las implicaciones jurídicas de su actitud: conocimiento de los valores de su intercambio del comercio en general. No es suficiente tener la personalidad física sino que es menester que se haya logrado cierto desarrollo psíquico o mental. Del sujeto que ha alcanzado este estado se dice que tiene “capacidad negocial” y de quien carece de ella que se encuentra en *incapacidad para negociar*.

Concepto - Es la aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por sí mismos, los derechos civiles. (111).

(110) Ob. c. pág. 298.

(111) Savigny la definió como “aptitud legal para *adquirir* derechos y para *ejercitarlos*” y Stolfi: “aptitud de la persona para adquirir derechos o asumir obligaciones mediante negocios jurídicos”. (O. c. pág. 21).

De esta definición se desprende que la capacidad es de dos maneras: a) de *goce* que también se denomina *adquisitiva* que consiste en la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas; y b) de *ejercicio* que es la facultad para obrar jurídicamente introduciendo cambio o modificación en las relaciones jurídicas del sujeto, sin la ingerencia de otra persona. A esta última se refiere la definición que da el inciso 2º del art. 1502 del C. C.

La capacidad de *goce* presupone sólo las condiciones naturales de existencia de la persona (existencia natural en la persona humana o existencia jurídica en la persona jurídica); la capacidad de *ejercicio* presupone la facultad de querer. Por tanto, todas las personas están dotadas de capacidad de goce, en tanto que la capacidad de ejercicio la tienen sólo aquellas personas que se encuentren en ciertas condiciones establecidas por la ley. (112).

A la capacidad de goce le son propios los siguientes caracteres:

1º) Es *cualidad esencial de la persona* y está unida a ella desde su nacimiento hasta su muerte. De esto se infiere que la capacidad de goce no puede considerarse separada de la persona como un derecho subjetivo de ella sino como la aptitud general para ser sujeto de derechos y facultades. (113).

2º) Es una *cualidad personal* porque su poder unificador no se dirige directamente a la persona, los efectos jurídicos de sus actos conforme al carácter que tengan de derechos o de obligaciones.

3º) Actúa *jurídicamente* centralizando, unificando, haciendo propios, de todos los efectos de las relaciones jurídicas que atañen a la persona.

4º) Puede concebirse separada de la capacidad de ejercicio, pues hay personas que *aunque* poseen el goce de sus derechos civiles carecen de la facultad de ejercerlos.

Se colige de lo dicho que la capacidad de goce:

(112) Podemos sentar con Valencia Zea la regla siguiente: "la capacidad jurídica o sea la capacidad para ser titular de derecho subjetivo, la tiene toda persona sin necesidad de que esté dotada de una voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar o capacidad negocial, está ligada a la existencia de una voluntad reflexiva. (Ob. c. pág. 336, T. I.).

(113) "Tanto la capacidad de derecho (goce) como la de obrar (ejercicio) no son derechos sino presupuestos de los derechos". (Coviello ob. c. pág. 158).

a) Es presupuesto de la condición de sujeto de derecho. Quien carece de ella no puede tener, adquirir ni retener derechos.

b) Corresponde a todo hombre según el derecho natural. Por esta razón toda persona cualquiera que sea su edad, sexo, estado, condición, nacionalidad, tiene el goce de los derechos civiles. (114).

c) No puede ser objeto de negocios jurídicos.

d) Constituye una situación jurídica que es protegida por el derecho.

Las incapacidades de goce son *excepcionales* y *especiales* porque no conciernen sino a uno o más derechos determinados. No puede concebirse que una persona se encuentre privada de la totalidad de los derechos civiles. Ejemplo de esta incapacidad son las prohibiciones que el C. C. establece para la adquisición de derechos hereditarios en los casos a que se refieren los arts. 1.020 y 84 de la Ley 153 de 1.887 (que derogó al 1.022 del C. C.); la inhabilidad para testar que la ley fija a los impúberes es fundamento para afirmar que estas personas carecen de capacidad de goce con respecto a ese derecho.

La incapacidad de goce conlleva la incapacidad de ejercicio, pero la incapacidad de ejercicio no implica la incapacidad de goce; puede decirse con Josserand que "postula la capacidad de goce: desde el momento que la ley prohíbe a un individuo ejercer tales derechos es porque esos derechos le pertenecen, sin lo cual la prohibición carecería de sentido práctico; sería inútil prohibir el ejercicio del derecho de propiedad de una persona no apta para ser propietario".

Capacidad de ejercicio.

A diferencia de la anterior, la capacidad de ejercicio ya no es un atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino un requisito para la validez de los actos jurídicos por ellas realizados. Es una cualidad jurídica de la persona que determina conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos. (115).

(114) Según Colin y Capitant citados por Alessandri Rodríguez (Derecho Civil pág. 435 T. I) quitar a un individuo el goce de los derechos civiles sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación del esclavo del mundo antiguo.

(115) Alessandri la define como "aptitud legal de una persona para ejercer por sí misma los derechos que le competen, sin el ministerio o autorización de otra".

Es un punto de referencia para marcar el valor de los actos de la persona para sí misma y para su patrimonio. En tanto que la capacidad de goce como inherente a toda persona es igual e invariable, la capacidad de obrar depende del estado civil y de otras especiales condiciones señaladas por la ley que son susceptibles de cambiar en cada persona. (116).

La incapacidad de ejercicio es la incapacidad propiamente dicha; cuando la ley civil habla de incapacidad debe entenderse que se refiere a la incapacidad de ejercicio porque la incapacidad de goce, según lo anotado arriba, la tienen todos los sujetos de derecho.

La capacidad es la regla general de conformidad con lo que dispone el art. 1.503 del C. C.; este principio opuesto a la capacidad (competencia) del derecho administrativo, se traduce en la presunción de validez de los actos jurídicos celebrados por la persona y por ende, impone a quien los impugne por incapacidad del sujeto, la obligación de probar la incapacidad. (117).

Consecuente con el mentado texto, puede decirse que no hay incapacidad sin texto legal que la establezca; que las incapacidades no se presumen, son de derecho estricto, de interpretación restrictiva, y que nadie está obligado a probar su condición de capaz.

Debe en razón de lo dicho, considerarse a las personas INCAPACES.

Las incapacidades son de dos clases: a) ABSOLUTAS; y b) RELATIVAS.

Según el art. 1.504 del C. C. son ABSOLUTAMENTE INCAPACES: los *dementes*, los *impúberes* y los *sordomudos* que no pueden darse a entender por escrito.

Son INCAPACES RELATIVOS (inco. 2º *ibídem*): los *menores adultos* no habilitados de edad; los *disipadores declarados en interdicción* de administrar sus bienes; y, las *personas jurídicas*.

(116) Dice Castro y Bravo (Derecho Civil español) que el efecto principal de la capacidad de ejercicio es condicionar de modo general la eficacia o ineficacia de cada uno de los actos de la persona, respecto de su propia esfera jurídica; además, por ser derivativa del estado civil, está sustraída de la libre autonomía de las partes y salvaguardada por el orden público. Goza de una protección *erga-omnes*.

(117) Los actos jurídicos llevan en su favor una presunción de capacidad en la persona que los ejecutó (Pérez Vives. Obligaciones P. 56).

Los incapaces, tanto absolutos como relativos, no pueden celebrar válidamente ningún acto. En este sentido se dice que la incapacidad es general para distinguirla de la *incapacidad especial*, más propiamente denominada inhabilidad, que afecta sólo a determinados actos celebrados por determinadas personas.

INCAPACES ABSOLUTOS.

Digamos de entrada que la incapacidad absoluta es *natural* ya que se apoya o toma fundamento en causas físicas (naturales) que se le imponen a la ley (demencia, impubertad, sordomudez). La incapacidad relativa por el contrario, es de carácter civil porque se apoya en causas establecidas por la ley.

1) *Dementes*.

El C. C. habla indistintamente de demencia, locura, imbecilidad, idiotismo para referirse a la persona que de manera más o menos permanente, carece de juicio y discernimiento; o de quien, a consecuencia de una enfermedad mental, no se halla en sano juicio.

Salta a la vista el motivo que tiene en cuenta la ley para consagrar la incapacidad del demente: dada su perturbación psíquica, no está en condiciones de apreciar las implicaciones de su obrar jurídico y se excluye la determinación libre de su voluntad. (118).

Cabe dentro de la expresión "demencia" que suele emplear con más frecuencia la ley civil, no sólo los estados permanentes de locura, idiotismo, cretinismo, sino en general, todas las afecciones patológicas de las facultades mentales aunque sean transitorias y coloquen a las personas que las padecen en imposibilidad de emitir una voluntad seria y reflexiva.

Hay formas de melancolía, neurastenia, monomanía que están cerca de la enajenación mental y privan a la persona de su razón; la misma embriaguez o simplemente la edad avanzada, son con poca frecuencia, causas de un estado de debilidad que obviamente repercute en la capacidad del sujeto. (119).

(118) Dice Jossierand que los "actos jurídicos no podrán emanar más que de un cerebro lúcido, apto para apreciar su significación y calcular su alcance" (obra citada pág. 391, Nº 519).

(119) El Profesor Samuel Cajardo define el enajenado mental como "un individuo que por trastorno de sus facultades, experimenta ilusiones, alucinaciones o delirios, que lo hacen apreciar falsamente la realidad". (Medicina Legal pág. 367).

Se infiere de lo dicho, que el pensamiento del legislador al erigir en causal de incapacidad absoluta la *demencia* del sujeto, ha sido que la enajenación mental en cualquier forma que se presente afecta su voluntad; para la ley no hay sino una sola y única causa de demencia: la perturbación o la ausencia de la razón en todas las formas.

Pero tratándose de demencia intermitente se presenta el problema de apreciar el valor de los actos jurídicos celebrados en "intervalos lúcidos" pues científicamente se ha establecido que estos estados, no se oponen a la enfermedad y muchas veces la caracterizan.

Si el demente se encuentra declarado en interdicción los actos celebrados con posterioridad a la sentencia judicial que así lo establezca, se presumen de derecho nulos aunque "se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido"; y por el contrario, los actos y contratos celebrados por el enfermo sin previa declaración de interdicción, serán válidos a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró, estaba entonces demente. (art. 553 del C. C.).

Por ello se ha sostenido que la incapacidad del demente declarado en interdicción es *continua* pues dura desde el decreto judicial de la interdicción hasta el decreto de rehabilitación si es que la enfermedad cesa, o en caso contrario, hasta la muerte.

Es cuestión ardua, evidenciar en juicio, la enfermedad del autor del acto cuando no media el decreto de interdicción y la perturbación psíquica no es permanente. A este respecto la jurisprudencia francesa ha establecido que cuando se acredite que *inmediatamente antes e inmediatamente después* del negocio, la persona se encontraba enferma o en estado de debilidad mental, es necesario presumir que el negocio se celebró bajo la influencia de la enfermedad y es por tanto nulo. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, advirtiendo para salvar equívocos, que se acepta la prueba que haga verosímil la celebración del acto en un intervalo lúcido. (120).

En el derecho colombiano la incapacidad del demente es causal de NULIDAD ABSOLUTA (art. 1.741 del C. C.); Josserand considera que como su voluntad ha faltado completamente el acto es *inexistente* y se duele de que la jurisprudencia francesa confunda en este caso la ausencia de consentimiento con uno de sus vicios.

(120) G. J. Tomo XLVII pág. 455. El mismo negocio puede ser prueba de la enfermedad.

(121).

No existe en Colombia texto que consagre la incapacidad de los "selvícolas" como, sí existe en el Brasil y otros países. Es indudable que las tribus civilizadas no tienen aptitud psíquica para apreciar las consecuencias de sus actos jurídicos y por esto, cabría aceptar su incapacidad comercial. Sin embargo, las incapacidades son de derecho estricto y ante la ausencia de norma que la establezca prima el principio general de la capacidad. Valencia Zea estima que es procedente tal incapacidad con la aplicación por analogía, del art. 8º de la Ley 153 de 1887 (Ley 95 de 1890) (122).

2) - *Impúberes.*

La ley presume que los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 (art. 34) carecen de juicio suficiente por falta de desarrollo mental; esta presunción es de derecho porque no admite prueba en contrario.

Atendiendo a la *edad* el C. C. hace las siguientes aplicaciones en cuanto a la capacidad de la persona natural:

- a) - Los menores de 7 años hombre o mujer, se denominan *infantes* y sus actos son absolutamente nulos por incapacidad absoluta. (123).
- b) - Los varones mayores de 7 y menores de 14, y las mujeres mayores de 7 y menores de 12 son *impúberes* y sus actos como en el caso anterior, son absolutamente nulos por incapacidad absoluta. (124).
- c) - Los varones mayores de 14 y menores de 21 y las mujeres mayores de 12 y menores de 21, son *menores adultos* (incapaces relativos) y los actos celebrados sin la intervención del representante legal son *relativamente nulos*.

(121) - En contra de esta opinión y en forma poco convincente, los Hermanos Mazeaud estiman que cuando un individuo privado de razón realiza un acto jurídico, sólo él merece protección y por tanto el acto debe estar sujeto sólo a *nulidad relativa*. (Tomo II. 2ª edic., pág. 318 Nº 1362).

(122) - Ob. c. T. I pág. 344.

(123) - Valencia Zea ob. c. pág. 339 considera que los actos de los infantes son **INEXISTENTES**. El art. 784 del C. C. parece conferirle capacidad al "infante" para la adquisición de la posesión de cosas muebles.

(124) - Según el art. 2346 del C. C. los mayores de 10 años son capaces de delito o culpa. Los psicólogos afirman que los niños adquieren el uso de la razón a los 7 años, pero es indudable que quien ha pasado de esta edad sin alcanzar la pubertad, tiene una inteligencia tan poco desarrollada y sus voliciones son tan imperfectas que la ley debe prohibirles toda intervención en el comercio jurídico.

La diferencia de edad que se establece entre el hombre y la mujer a los fines dichos, proviene del derecho canónico y corresponde a los distintos períodos en que se adquiere la madurez sexual.

3) - Sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

Por los dos sentidos que le faltan, el sordomudo que no sabe escribir, no puede manifestar su voluntad en forma suficientemente clara e inteligenet. Esta es la razón que movió al legislador para tenerlo como incapaz absoluto aunque puede estar en pleno uso de sus facultades mentales pues no es suficiente tener voluntad sino además poderla expresar de modo inequívoco. (125).

El C. C. no distingue entre el sordomudo congénito y el que llega a serlo después de haber adquirido el uso de la razón. La ley parte únicamente del grado de instrucción, que fija en la posibilidad de darse a entender por escrito, para reconocerle la capacidad civil.

Estimamos que la manifestación de la voluntad por medio del lenguaje *mímico* no es suficiente para que el sordomudo escape a la incapacidad; pero el art. 140 N° 3° establece una excepción al considerar válido el matrimonio contraído por sordomudos "si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos", lo que se explica porque es de ley natural, el derecho de toda persona a contraer matrimonio.

El mudo no sordo pero que no puede darse a entender por escrito, es plenamente capaz ya que la incapacidad es de derecho estricto y la norma que la consagra debe interpretarse restrictivamente.

Los actos celebrados por el sordomudo vigente el decreto de interdicción son válidos si el incapaz aprende a expresar su voluntad por escrito aunque no se haya levantado la interdicción. Así se desprende del art. 23 de la ley 57 de 1.887, que al hacer la enumeración de los textos legales que se aplican a la interdicción del sordomudo, excluye el art. 553 del C. C.

En algunos países como Francia, España, Alemania, Italia, no se consagra la interdicción o incapacidad del sordomudo sino que se facul-

(125) - Por esto dice Avelino León Hurtado que la incapacidad del sordomudo no proviene de la sordomudéz, sino de que *no puede manifestar* su voluntad por un medio seguro, que no se preste a equivocaciones (Ob. c. pág. 401).

ta al juez para fijar la extensión y límite de la incapacidad atendiendo a especiales circunstancias que revelen un grado de madurez psíquica que permita la manifestación de su voluntad.

Consecuencias de la incapacidad absoluta.

Los actos de los absolutamente incapaces son nulos, de nulidad absoluta (arts. 1.504 C. C. y 1.741), no obligan civil ni naturalmente (art. 1.527 *ibídem*); no pueden garantizarse con prendas, hipotecas o fianzas constituídas por terceros (1.529).

Las incapacidades absolutas son de carácter *natural* porque las causas que las determinan se le imponen de cierta manera al legislador por obedecer al estado natural de las personas.

INCAPACES RELATIVOS

1) - Menores adultos no habilitados de edad.

Los varones mayores de 14 años y menores de 21 y las mujeres mayores de 12 y menores de la misma edad, son incapaces de realizar actos jurídicos sin la intervención de sus representantes legales. En tal caso se perfila o tipifica una causal de nulidad relativa, y la obligación se convierte en natural (art. 1.527).

La misma ley establece dos instituciones que implican *excepciones generales*, a la citada incapacidad:

a) - La *habilitación de edad* que como su nombre lo indica, inviste al menor de la aptitud para realizar, con algunas salvedades los actos que sólo pueden celebrar los mayores (arts. 339 y 345 C. C.).

b) - Para todo lo concerniente a la administración y disposición del *peculio profesional o industrial*, se considera capaz al menor adulto (art. 294 del C. C.). (126).

(126) - Valencia Zea dice que para la administración de este peculio, la ley le anticipa al menor la plena capacidad, *cualquiera que sea su edad* (T. III pág. 342), lo que estamos lejos de aceptar pues si bien es cierto que el art. 294 no distingue entre menores adultos e impúberes y habla sólo de HIJOS DE FAMILIA, no puede llegar a conferirle capacidad a quien se encuentra en condiciones físicas de inmadurez psíquica. La ley debe interpretarse de modo que haya entre las diversas disposiciones la respectiva armonía.

Como *excepciones particulares*, es decir, para ciertos casos, se consagran entre otras: pueden testar (arts. 309 y 1.061), ser mandatarios (art. 2154), contraer matrimonio (arts. 116 y 140 N° 2), reconocer hijos naturales. La ley 135 de 1.961, Reforma social agraria, en el art. 36 le da capacidad a varones casados mayores de 18 años para obtener adjudicación de baldíos y contraer todas las obligaciones inherentes, sin necesidad de autorización judicial.

La incapacidad relativa de los menores adultos es una protección que la ley les concede, razón por la cual no puede ser alegada sino por el mismo incapaz o por sus herederos o cesionarios (art. 1.743) a menos que de su parte haya habido dolo para inducir al otro contratante a la celebración de la convención (art. 1.744).

Declarada la nulidad del acto por incapacidad relativa de una de las partes, quien contrató con el incapaz no puede pedir reembolso de lo pagado en razón del contrato sino en cuanto dicho pago hubiere hecho más rico al incapaz (art. 1.747), en lo que la ley colombiana consagra residualmente, la *restitutio in integrum*. (127).

2) - Disipadores declarados en interdicción de administrar sus bienes.

Por disipación se entiende según el diccionario de derecho privado, el consumo de bienes que hace una persona en cosas inútiles y caprichosas, que no guardan proporción con los medios de que puede disponer para atender a las necesidades familiares.

Se trata pues, de proteger el patrimonio común de la familia o evitar que el disipador se convierta en carga para la sociedad. (128).

Según el art. 534 del C. C., los actos del disipador deben ser de tal índole que "... manifiesten una falta de prudencia" lo que queda a la

(127) - Explica así Claro Solar esta figura: "De la rescisión que procede de la incapacidad del menor no puede quejarse el mayor de edad que con él contrata, porque en el hecho de contratar con el menor se expuso a ella, y quien contrata debe informarse de la capacidad y facultad con que procede la parte con quien contrata. Por eso el jurisconsulto Ulpiano decía: *quia cum alio contrahit vel est vel debet esse non innarus conditionis jus*: el que con otro contrata, está o debe estar cierto de su condición jurídica. Si se deja llevar por las apariencias o por la simple aserción de mayor edad, el que contrata con el menor incurre en culpa o descuido y a su falta de cuidado debe atribuir el perjuicio que recibirá si el menor pide la rescisión de un contrato que era incapaz de celebrar válidamente". Luis Claro Solar (Ob. c. T. XI, págs. 23-25).

(128) - H. Mazeaud, pág. 350 ob. c.

recta apreciación del Juez. Algunos autores sostienen que a consecuencia de la disipación, el pródigo debe exponer a la familia a la miseria; es verdad que esto no lo exige la ley pero se considera conforme con la tradición y las actuales orientaciones del derecho civil moderno (129).

Según lo anterior, que entre nosotros es compartido por Valencia Zea, el despilfarro de las rentas o frutos del patrimonio en ningún caso autoriza la incapacitación por dilapidación. (130).

En el derecho francés se sigue un sistema más racional ya que no se decreta la interdicción del pródigo sino que se le prohíben ciertos actos de disipación que se celebren sin el consentimiento de un consultor o consejero judicial, que le nombra el Tribunal.

El disipador es incapaz relativo sólo a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara su interdicción.

Los actos del demente declarado en interdicción adolecen de *nulidad absoluta*; y los del pródigo también declarado en interdicción, son *relativamente nulos*; esta diferencia obedece a que los dementes tienen la razón perturbada y en las condiciones psíquicas en que se encuentran no pueden producir un consentimiento normal; por el contrario, el pródigo conserva el uso de sus facultades intelectuales, sabe lo que hace no obstante que se deja arrastrar por una pasión que puede ser el juego, o la de una excesiva liberalidad. Por la misma razón el demente es incapaz por *causa natural* y el pródigo por *causa legal*.

Los actos del demente son absolutamente nulos aunque no haya sido declarado en interdicción por esa causa; los del disipador son válidos si no media decreto judicial de interdicción, y *relativamente nulos*, a partir de la declaratoria de dicha interdicción.

3) - Las personas jurídicas.

La persona jurídica puede definirse, abandonando el tradicional concepto de Savigny que las consideraba como *entes ficticios* creados por el legislador, como toda unidad orgánica resultante de una actividad integrada de personas o de un conjunto de bienes a los que para la consecución de un fin común se atribuye personalidad jurídica.

(129) - En la ley de las Doce Tablas, el pródigo podía ser privado de la administración de su patrimonio, cuando dilapidaba la fortuna heredada de su padre "poniendo a su familia en peligro de indigencia". El mismo criterio que adopta el N° 3 del art. 6° del Código Alemán.

(130) - O. C. Tomo I, pág. 347.

ción de un fin durable y permanente, es reconocida por el Estado, una capacidad de derechos patrimoniales. (131).

El C. C. informado de los principios individualistas del siglo XIX miró con desvío el fenómeno de la asociación y por ello se limitó a estatuir únicamente sobre las *corporaciones y fundaciones de beneficencia pública* (arts. 633 y ss.).

Los artículos 634, 643, 644 y 645 entre otros, precisaban las modalidades de la incapacidad de dichas personas jurídicas: para su nacimiento a la vida del derecho, debían ser especialmente reconocidas por la ley; la adquisición de bienes inmuebles tenía que estar precedida de autorización del Congreso y la enajenación o gravamen de los mismos, requería autorización judicial, etc.

Consecuente con este sistema restrictivo el art. 1.504 del C. C., inciso 2º, considera a las personas jurídicas como relativamente incapaces.

Pero la susodicha incapacidad no existe. La Constitución de 1.886 autorizó en el art. 44, la creación de todas las personas jurídicas que no sean contrarias al orden público y el 49 ibidem, les dio derecho a ser reconocidas como tales y a ejecutar en tal virtud actos y contratos de que pueden hacer uso las personas plenamente capaces.

Las citadas normas constitucionales derogaron implícitamente las disposiciones del estatuto civil que consagraban la incapacidad de las Personas Jurídicas pues el art. 9º de la ley 153 de 1.887 dispone que "la Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente", y que "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

Pero la misma Ley 57 de 1.887 que adoptó el Código Civil para toda la Nación, derogó expresamente por mandato del art. 45, los textos arriba citados que eran precisamente los que estatuirían un régimen legal de excepción para las personas jurídicas.

Algunos autores consideran que la incapacidad de las personas jurídicas depende de que no pueden obrar por sí mismas sino al través de personas naturales que vienen a ser sus órganos (132), lo que no es de recibo ya que a tales personas les sería muy difícil si no imposible, moverse con presteza y eficacia en la vida civil si carecieran de un vehículo expedito de relación jurídica. En la misma situación están las personas jurídicas de derecho público, y las sociedades comerciales cuya capacidad admitió plenamente el mismo C. C. (133), y nadie sería osado en negar dicha capacidad.

(131) - Ruggiero T. I., pág. 440.

JURISPRUDENCIA LABORAL

EL AGUINALDO ES SALARIO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN — SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO RAMIREZ ARISTIZABAL.

Sumario:

El aguinaldo que la empresa demandada pagó al actor durante el tiempo de la relación laboral, dada la habitualidad presentada, es salario, y por tanto, debe tomarse en cuenta para liquidar los derechos, prestaciones e indemnizaciones laborales.

Opiniones a este respecto del Profesor Guillermo Cabanellas. Síntesis de Justo López. Concepto del Dr. Guillermo González Charry. Jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo. Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

Rdo. Nro. 29.925

Sentencia.

AUDIENCIA

El día diez y siete (17) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972), a las cuatro de la tarde, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, se constituyó en audiencia pública en el juicio social ordinario de HERMES ZULUAGA RESTREPO contra EMPRESA SIDERURGICA S. A.

El Magistrado del Conocimiento, Dr. HERNANDO RAMIREZ ARISTIZABAL, declaró abierto el acto; se esperó una hora y no comparecie-

ron las partes ni sus apoderados. A continuación, LA SALA DECIMA, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA NRO. 36 de discusión de proyectos, adoptó el presentado por el ponente que se traduce en la siguiente decisión:

I - Las partes.

Hermes Zuluaga Restrepo, mayor de edad y vecino de esta ciudad, demandó, asistido de apoderado judicial, a la empresa que gira bajo la razón social de "Empresa Siderúrgica S. A.", para obtener en sentencia de prestación o de condena, previo los trámites del juicio ordinario laboral de primera instancia, el reconocimiento de los conceptos que más adelante se puntualizarán.

II - Aquí los hechos, en narración del libelo:

"1º - Presté servicios personales a la EMPRESA SIDERURGICA S. A., durante cinco mil ochocientos ochenta y tres días (5.883), comprendidos en el período corrido desde marzo 29 de 1954 a mayo 10 de 1970.

"2º - Ingresé mediante contrato de trabajo verbal y a término indefinido, situación que se conservó durante todo el tiempo de mi vinculación.

"3º - Cuando me despidieron desempeñaba la Vicepresidencia de Ventas.

"4º - Al momento del despido devengaba un salario de dieciocho mil novecientos ochenta y tres pesos (\$ 18.983.00) integrado por diez y siete mil pesos que recibía mensualmente, más una doceava de veintitres mil ochocientos pesos (\$23.800.), valor este último que corresponde a la última prima de navidad, prima que recibí en forma habitual durante el mes de diciembre, y mientras estuve vinculado a la Compañía, como era costumbre otorgarla a todos los empleados además de la prima de servicio.

"5º - La terminación del contrato de trabajo fue por decisión unilateral de la Empresa, sin que mediara causa justa para el despido.

"6º - Las prestaciones sociales e indemnizaciones tales como: Cesantías, prima de servicio, e indemnizaciones por despido injusto se liquidaron con base en un salario inferior al realmente devengado.

"7º - A la fecha del despido (mayo 10 de 1970) ya se había causado cuatro meses diez días de salarios diferidos, o sea, que en tal medida la empresa debía la proporcionalidad de la prima habitual y periódica que el patrono, en este caso EMPRESA SIDERURGICA S. A., pagaba periódicamente en el mes de diciembre. O sea que al momento de darse por terminada la relación laboral por rompimiento unilateral y sin justa causa como lo aceptó la empresa en su carta de despido, EMPRESA SIDERURGICA S. A. tenía que liquidar y pagar el salario diferido que correspondía a los cuatro meses, diez días, causados, o sea, que por mandato legal estaba obligada la empresa a un mero cambio en el modo del período de pago de esa bonificación anual que en exceso de la prima legal semestral, daba la empresa al trabajador en forma habitual, periódica y que acrecentaba el patrimonio del trabajador. La noción legal de salario, la doctrina y jurisprudencia, han definido reiteradamente que ese pago anual es salario e influye fundamentalmente en la liquidación de las prestaciones sociales. Como salario diferido se causa día a día durante la relación laboral, y se paga al final de un período determinado, cuando la relación laboral subsiste entre las partes, pero al romperse la relación laboral, al destruirse la posibilidad de vínculo laboral para la fecha de ese período de pago, es de lógica que hay un cambio en el modo de fijar ese período de pago, que ya es también final en la relación laboral, cuando hay despido. Esas son las razones para señalar que en materia de salarios no me fueron pagados los que proporcionalmente devengué por haberse causado durante el período comprendido entre el 1º de enero de 1970 y la fecha del despido".

III - Petitum.

El actor pretende que se hagan en el proceso estas declaraciones y condenas:

"1º). Que EMPRESA SIDERURGICA S. A. está obligada a reajustar las liquidaciones de cesantías, primas de servicio, e indemnización por despido injusto con base en el salario realmente devengado.

"2º). Que me debe pagar los salarios diferidos que por costumbre se pagaban en diciembre, en la proporción en que se causaron de diciembre de 1969 a mayo de 1970.

"3º). Que igualmente debe pagar las costas del juicio, en caso de oposición".

IV - Relación jurídica procesal.

La parte demandada respondió el libelo. Con relación a los hechos primero, segundo, tercero y quinto, dijo remitir a la prueba correspondiente que debe suministrar el interesado. Y aludiendo a los hechos cuarto, sexto y séptimo aseveró que no son ciertos. Explicó que "no hay reajuste de ninguna prestación, porque ninguna prima "anual" es salario ni se computa como factor de salario", se opuso a las pretensiones ejercitadas por el actor, y por "temeraria y absurda de la acción" pidió imposición de costas para éste.

La parte llamada a juicio formuló las excepciones de pago, consistente en el hecho de haberle liquidado al trabajador y pagado en su integridad las prestaciones causadas al retiro. Prescripción de "las acciones y derechos invocados, por si alguna vez existieron y el transcurso del tiempo los extinguió". Cualquier otra excepción que por tener carácter de perentoria resultare configurada en el juicio. Y, por último, la "carencia de acción".

V - Juez de la causa.

Impulsó y dio solución a la litis en primera instancia, el Sr. Juez Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, quien en sentencia fechada en veintitrés (23) de noviembre del año próximo pasado absolvió a la demandada de los cargos insertos en el libelo e impuso las costas del juicio al actor.

VI - Recurso ordinario de apelación.

Contra la decisión del Sr. Juez *a-quo* la parte agraviada interpuso el recurso de alzada, y por esta causa conoce ahora el Tribunal de este proceso.

VII - Segunda instancia.

En la audiencia pública celebrada por el Tribunal, los señores procuradores judiciales de las partes en litigio hicieron exposiciones orales y dejaron sus alegaciones de bien probado.

Son apartes del escrito del Sr. *apoderado de la demandada*, presentado en la audiencia de que se viene haciendo mención:

"Tramitado el juicio en la forma legal el Sr. Juez del conocimiento dictó sentencia el 23 de noviembre de 1971, en la cual absolvió a la Empresa de todos los cargos demandados después de haber hecho un profundo y detenido estudio de todos los puntos jurídicos que estaban a su consideración. Argumenta el Sr. Juez que como quiera que el aguinaldo es un pago extralegal debe reconocerse que el carácter de habitual que le atribuyó la parte demandante estaba condicionado al pronunciamiento periódico de un acto potestativo de la Junta Directiva de la Compañía, la cual no estaba compelida sino por un ánimo manifiesto de sobretribución de servicio cuando decretaba el pago de dicho aguinaldo. Agrega que no parece aceptable que se pueda aplicar a esta política benévola de la Empresa la doctrina que se aplica en el caso de derechos consagrados por el Código Sustantivo del Trabajo sobre causación de determinadas prestaciones sociales. Y llega a esta conclusión basado en el hecho de que de las normas del Código Sustantivo del Trabajo se desprende el principio de que el reconocimiento de las cesantías, vacaciones, primas de servicio, etc., tiene como causa la prestación efectiva del servicio por parte del trabajador. De esto se desprende que lo que el patrono da por mera liberalidad y que no implique retribución de servicios no es elemento integrante del salario.

"Dice el Sr. Juez con mucho acierto que si se quiere parangonar la naturaleza de la prima de servicios con el aguinaldo pagado por la Empresa, deberá entonces aplicársele al aguinaldo las mismas características de aquélla, cuales son no *constituir* salario. Además, que del acto de la Junta Directiva reconociendo la prima de navidad no se concluye ni se le puede dar el carácter de retroactivo que se le atribuye a la demanda.

"Analiza posteriormente el Sr. Juez varias teorías jurídicas para ver si es posible confundir el salario con las prestaciones extralegales y concluye que dentro de ninguna de ellas se alcanza a crear una conexión aceptable entre una y otras. Dice luego que la prestación extralegal es un incentivo que no tiene la finalidad de cubrir ningún riesgo ni menos proteger al salariado en su trabajo, y que simplemente es una expresión de liberalidad. Al hablar de la petición sobre salarios diferidos dice que ésta no tiene fundamento en norma positiva alguna, y que en ausencia de ésta tampoco lo tiene en doctrina o jurisprudencia aplicable al caso controvertido.

"Es que el art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo está redactado en forma imperativa, por medio de la cual establece que para que un

pago hecho al trabajador se pueda considerar como "elemento integrante" del salario, es necesario que "implique retribución de servicios", situación que no se encuentra plenamente demostrada en el caso a estudio, pues lo que el patrono da al trabajador por mera liberalidad, así sea ocasional o habitualmente, no es retribución de servicios puesto que el trabajador nunca puede reclamarlo como un derecho consecuente de la actividad personal realizada por sí mismo. Establece el art. que se viene comentando que para que una "bonificación habitual" se pueda considerar como elemento integrante del salario es requisito indispensable que "implique retribución de servicios". Esta situación la da como elemento esencial y no se puede descartar por ningún motivo. No se puede desconocer el hecho plenamente comprobado en el juicio de que el aguinaldo que pagaba la Empresa a los empleados era una suma que se entregaba en virtud de una disposición de la Junta Directiva de la Compañía por mera liberalidad, y no como consecuencia de un mandato legal, reglamentario o convencional, ni como consecuencia de la existencia del contrato de trabajo o de su desarrollo. Si la Junta Directiva nunca hubiera decretado el pago de este aguinaldo, ningún empleado podría argumentar válidamente que tenía derecho a él por haber desarrollado su actividad personal o haber prestado sus servicios al patrono. Por lo tanto, no basta la habitualidad para considerar el aguinaldo como elemento integrante del salario, porque el art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo es enfático al disponer que es requisito indispensable que el pago "implique retribución de servicio", para que se pueda considerar como elemento integrante del salario.

"Al contrario, el art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo es supremamente claro cuando establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente "y por mera liberalidad" recibe el trabajador del patrono. El mismo art. termina diciendo que tampoco constituyen salarios las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo. En el art. 306 del mismo Código, incorporado en el Capítulo VI precisamente el título IX del Código Sustantivo del Trabajo, se establece la prestación social llamada "prima de servicios", y en el art. 307 del mencionado Código se determina que esta "prima anual" no es salario, ni se computa como factor de salario en ningún caso. A fs. 32, 33, 42, 43, 50 y 51 del expediente, en la inspección judicial, se constató con carácter de plena prueba que en el año de 1968 la Junta Directiva de la Compañía ordenó realizar el pago del aguinaldo a los empleados y especificó expresamente que éste tendría el carácter de "prima anual" cuando dijo que éste se liquidará "en los mismos tér-

minos como lo fue la prima de servicios". Lo mismo se dijo en los años de 1969 y de 1970, porque en estos años precisamente se hizo referencia a lo decretado en el año de 1968. Por eso se dijo en la respuesta a la demanda que el aguinaldo era un *aumento a la prima anual*, porque expresamente así lo decretó la Junta Directiva en el año de 1968 y siguientes, lo cual está plenamente comprobado en el juicio".

Concluye el Sr. apoderado de la empresa demandada:

"1º - El aguinaldo no es elemento integrante del salario porque no implica retribución de servicios.

"2º - El aguinaldo no constituye salario porque la Empresa lo da por mera liberalidad.

"3º - El aguinaldo no constituye salario porque es un aumento a la prima anual.

"4º - El hecho de la no habitualidad del aguinaldo está plenamente comprobado en el juicio.

"5º - En estas condiciones es aplicable al aguinaldo lo establecido en los arts. 128 y 307 del Código Sustantivo del Trabajo".

VIII - Consideraciones del Tribunal:

1 - Está suficientemente demostrado en el proceso que el actor sirvió para la demandada por contrato de trabajo, desde el 29 de marzo de 1954 hasta el 10 de mayo de 1970. También está fuera de discusión que la liquidación de prestaciones sociales se hizo con base en la retribución mensual de diez y siete mil pesos (\$ 17.000.00) y con la misma base salarial se pagó al demandante la indemnización por despido injusto en cuantía de doscientos ochenta y dos mil quinientos dos pesos con cuarenta centavos (\$ 282.502.40). Ver liquidación de fs. 11.

2 - Se discute en esta litis si el aguinaldo o bonificación que se pagaba anualmente al personal de la empresa demandada, no acogido a la convención colectiva, en cuantía de un ciento cuarenta por ciento (140%) sobre el salario devengado, es o no salario, para todos los efectos legales.

3 - Doctrina de los autores sobre este tema:

"En resumen técnico —expresa Guillermo Cabanellas—, el salario es el conjunto de ventajas materiales que el trabajador obtiene como remuneración del trabajo que presta en una relación subordinada laboral.

Constituye el salario una contraprestación jurídica, y es una obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario; el cual se encuentra obligado a satisfacerla en tanto que el trabajador ponga su actividad profesional a disposición de aquél" (Compendio de Derecho Laboral. Tomo I, pág. 572).

Y, continúa este autor:

"Aun cuando el salario se integre de modo principal en metálico, y hasta exclusivamente de esa manera en la generalidad de los casos, también lo constituyen las comisiones, dietas, propinas o recargos en el servicio (esto, observa la Sala, ocurre en la Argentina, en Colombia, no), participación en las utilidades, gratificaciones convenidas, sueldo anual complementario y cualesquiera otros beneficios que el trabajador obtenga por su trabajo".

"BONIFICACIONES - Cualquier pago que incremente el salario sobre la regulación básica constituye bonificación para el trabajador. Sus causas son tan diferentes como sus nombres. Entre éstos pueden citarse los de suplemento, plus, mejora, recargo, sobresalario y adicional, entre otros.

"La carestía de la vida, la circunstancia de la prestación nocturna, los años de antigüedad en la empresa, la índole de los trabajos calificados, ingratos o arriesgados, las cargas familiares, traslados ineludibles, son los fundamentos más frecuentes de las bonificaciones, incluidas a menudo en las convenciones colectivas laborales y en reglamentos de empresa" (Compendio, pág. 581).

"El vocablo *aguinaldo* —expresa Guillermo Cabanellas— parece derivar de la palabra celta *guinaud*, a la que se atribuye el significado de regalo de año nuevo; también se le encuentra un antecedente filológico en la antigua locución francesa *a qui l'an neuf* ("a quien el año nuevo", que tiene aspecto de salutación de circunstancia); si bien la voz actual francesa es otra muy distinta: *étrenne*. La Academia Española adopta en esto una esquivada actitud; puesto que *aguinaldo* lo deriva de *aguilando*, que acepta como sinónimo —aunque nadie lo emplea— y sin aclarar la verdadera raíz de una y otra voz; lo cual induciría a pensar que son de genuina procedencia hispana.

"El aguinaldo constituye una costumbre a la que determinadas legislaciones han dado fuerza obligatoria, y de libertad particular en algunas empresas se ha convertido en beneficio general para todos los tra-

bajadores. Consiste en entregar una vez al año, y a fines del mismo, por la índole familiar y hogareña de las Pascuas o de Navidad, una paga especial, equivalente a un sueldo mensual, o una doceava parte de todo lo percibido en el año" (Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, pág. 623).

Refiriéndose a las gratificaciones y entre éstas *el aguinaldo* (gratificación de fin de año), dice *Justo López*:

"Dada la relación de reciprocidad que existe entre la prestación de servicios subordinados y su retribución, determinante de la onerosidad esencial del contrato de trabajo, debe entenderse que cuando el principal concede una gratificación espontáneamente "abona algo más de lo que estaría a su cargo en virtud del contrato y de la ley; lo abona espontáneamente, puesto que no está constreñido por el contrato o la ley; pero esta espontaneidad y discrecionalidad no es suficiente para modificar el título del pago (Luis José De Mesquita). Se trata siempre de un pago hecho a título o en razón de la prestación de servicios subordinados y como contraprestación o retribución de ellos. INTEGRAL, POR LO TANTO, EL SALARIO DEL TRABAJADOR (Deveali). Lo que hay en tal caso es una modificación unilateral de las obligaciones del empleador, que es "perfectamente válida, porque resulta favorable al empleado. Pero una tal modificación, que se refiere a la cantidad, no altera la naturaleza de la obligación, o sea el título, en virtud del cual se efectúa el pago (Deveali). Por eso, cuando a veces, se dice que la gratificación (espontánea) es una "liberalidad", se está en lo cierto si con ello se quiere decir que no es obligatoria, pero no se estaría en lo cierto si se quiere decir que constituye una donación, es decir, un acto gratuito, no remuneratorio" (Tratado de Derecho del Trabajo, Dirigido por Mario L. Deveali, Tomo II, página 418).

Opinión del Dr. Guillermo González Charry:

Aludiendo a las primas, expresa este autor:

"En lo tocante a las primeras, debe entenderse por ocasionalidad lo que es opuesto a lo periódico, a lo continuo, casi podría decirse que es lo inhabitual o sorpresivo. Por eso la jurisprudencia ha dicho que cuando ciertas primas o bonificaciones se dan a los trabajadores de una empresa cada tres o seis meses durante el año, dejan de ser ocasionales y presentan cierta periodicidad o habitualidad que permite tenerlas como parte de la remuneración (Derecho del Trabajo, Segunda edición, Editorial Temis, 1970, pág. 380).

Y el mismo autor, al referirse al estudio de la prima de servicios, inserta:

“Lo anterior da lugar a una observación que debe tenerse en cuenta respecto de la calidad salarial. Porque si es cierto que las que establece el Código no constituyen un salario y no se incorporan en los cómputos para la liquidación de las prestaciones sociales, en cambio no siempre ocurre lo mismo respecto de las primas, bonificaciones, etc., que tengan origen en laudos arbitrales, convenciones colectivas o reglamentos. No solamente los textos legales sino la jurisprudencia de los más altos tribunales del trabajo, han sido constantes en el sentido de decidir esas primas, cuando tienen carácter regular, cuando están vinculadas directamente al trabajo que se presta y cuando no obedecen a una liberalidad del patrono, *forman parte del salario y deben ser incorporadas dentro de los cómputos para las prestaciones sociales.*”

“Por lo tanto, en estos casos en que empresas ya obligadas por reglamentos o por estatutos distintos al de la ley, deben pagar primas parecidas a esta que consagra el Código, *no hay duda de que aquéllas, a pesar de que sustituyen en todo o en parte la que establece el Código, INTEGRAN EL SALARIO, y por consiguiente, deben ser computadas para todos los efectos legales.*” (Prestaciones Sociales del Sector Privado. Editorial Temis, págs. 149 y 150).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO.

Bonificaciones como parte del salario.

“Para el Tribunal Supremo la apreciación hecha por el fallador de segunda instancia en el aparte transcrito de su fallo, en cuanto obtuvo el promedio mensual de \$ 152.00 de las bonificaciones que dijo haber recibido el actor y que aceptó el apoderado de la empresa, se ajusta a la ley en cuanto ésta, según se vio, ordena deducir ese promedio de las bonificaciones recibidas por el trabajador para sumarlas al sueldo y con el objeto de liquidar la cesantía a que tiene derecho.

“Bien es cierto que en la demanda inicial el apoderado del señor Londoño dice que la suma de \$ 152.00 es el promedio de las bonificaciones cobrables y que en la discriminación de las sumas que cobra en ese libelo incluye aparte, en forma separada de la cesantía, esa cantidad de \$ 152.00 bajo el nombre o por el concepto de “bonificaciones”. Es decir,

parece dar a entender que se le debe esa suma por dicho concepto, y tampoco la incluye en el sueldo de su representado ni en la liquidación de cesantía.

“Pero interpretando bien esa demanda inicial del litigio, y especialmente los hechos 15 y 18, que acusa como mal apreciados el recurrente, se ve que la intención del actor fue la de incluir ese promedio de las bonificaciones en la suma total de su sueldo, aun cuando no lo hubiera hecho en verdad así. De modo que el Tribunal de Cali al tener en cuenta esa cantidad de \$ 152.00 como promedio de bonificaciones en la liquidación del sueldo o la remuneración del señor Londoño, no hizo sino interpretar bien el libelo que dio origen al litigio según las leyes vigentes de que se habló, porque, en verdad, debía entenderse así por la evidente equivocación que sufrió acerca de ese particular el apoderado del trabajador que redactó esa demanda.

“Fue, pues, la del fallador una exacta interpretación de la demanda la que hizo a este respecto, por lo cual no aparece que hubiera incurrido en el error de hecho que le atribuye el recurrente”. (Sentencia de dos de febrero de 1949. Juicio de Julio A. Londoño contra A. Aristizábal y Compañía S. A. de Cali. Ponente doctor Diógenes Sepúlveda Mejía).

SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES - SUS DIFERENCIAS

Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

“En cuanto a la calificación que dio el sentenciador a la prima periódica reclamada (y al aumento de ella en acuerdo posterior) que constituye lo capital de la impugnación según el propio recurrente, el cargo aspira a demostrar que no hubo error técnico ni jurídico del Concejo de Bogotá al señalarla como prestación social extraordinaria; que ella cobija a los trabajadores de la Empresa de Teléfonos y que, aun si se la reputa como salario, es una prestación social, con los mismos efectos. El fallador, en cambio, la considera como un verdadero salario y no como prestación social, por lo cual se abstuvo de despachar favorablemente las súplicas respectivas, ya que la fijación de salarios corresponde a la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos y no al Concejo, en virtud de la administración delegada. Al segundo sólo compete la determinación del régimen de prestaciones sociales de los trabajadores del Municipio, aun los de sus empresas descentralizadas.

“Sobre el particular juzga el Tribunal Supremo que el reconocimiento decretado por el Concejo se encaminaba a retribuir directa y periódicamente el trabajo de los servidores del Municipio. En tal virtud, constituía un salario. No resultaba correcta, en consecuencia, la denominación del Concejo, ya que en la legislación colombiana la expresión empleada por él tiene un significado y un alcance distintos. Así, salario, como se ha dicho, es lo que se paga por el servicio prestado o recibido, como retribución del mismo; la prestación social, en el entendimiento indicado y en el general del país, es un beneficio por razón del trabajo. Aun puede agregarse que este beneficio difiere de la protección o protecciones que la misma ley consagra para la prestación del trabajo. Todos constituyen derechos del trabajador; mas el primero compensa o retribuye en forma periódica su esfuerzo personal; la segunda procura la atención patronal de los riesgos de ella; la tercera le defiende en su trabajo mismo para su concierto, duración y prestación. En el lenguaje del derecho común, conforme a la terminología de los contratos bilaterales de tipo civil, cabe la afirmación de que todos ellos, y con mayor claridad los dos primeros, constituyen una “prestación”, en el sentido de que una de las partes los debe a la otra. Con el mismo criterio el trabajo del asalariado constituiría su “prestación”. Mas no es esto lo que el Derecho Colombiano entiende en materia laboral, pues ha reservado la expresión “prestación social” para aquellos beneficios por razón del trabajo y de sus riesgos, de satisfacción patronal mientras los asuma el seguro social obligatorio. Así, la ley 6ª de 1945 los agrupó bajo el título de “prestaciones patronales”, denominación que mantuvo el Código Sustantivo del Trabajo, con reglamentación de cada uno de ellos y de sus caracteres comunes y especiales. Debe sí anotarse que en esta última ocasión se modificó el entendimiento acerca de alguno de estos derechos, concretamente el de vacaciones anuales remuneradas, concebido como “concesión” por la Ley 10ª de 1934, que lo implantó para los empleados particulares, y como “prestación” por la Ley 6ª indicada y por el Decreto número 2350 de 1944; pues ahora no figura en el Título sobre “Prestaciones patronales” sino en el de “Descansos obligatorios”, como derecho de la tercera clase enunciada, esto es, de los que protegen al trabajador en la prestación misma de su trabajo.

“Mas lo que nunca se ha entendido como “prestación social” es el salario mismo, es decir, la retribución de la labor; y la calificación dada por el Concejo a una prima mensual que aumentaba los sueldos, era contraria al entendimiento legal. Acaso podía perseguir los propósitos que anota el recurrente, acerca de su cómputo o no, para determinados efec-

tos; pero este no es el problema de autos, ni en realidad ofrece dificultad después de su contemplación por la Ley 65 de 1946. Mas cualesquiera que fuesen aquéllos para este respecto, *las tales primas constituían un salario y no puede confundírselas con una “prestación social”, para los efectos que persigue el cargo. Definida de esta suerte la naturaleza del aumento decretado por el Concejo, es lógica la conclusión del fallador, ya que también lo está el carácter autónomo de la Junta Directiva para la fijación de los salarios. Y no es aceptable el argumento de que el fallo desconoce a los de la Empresa de Teléfonos el carácter de empleados del Municipio, porque la decisión absolutoria, por este extremo, obedeció no a tal desconocimiento, sino a la consideración de que, aún siéndolo, el señalamiento de salarios de aquéllos compete en forma autónoma, a la Junta mencionada.*

“Por último, no cree esta Corporación que deba respetarse la calificación del Concejo en virtud de que el Reglamento de Trabajo de la Empresa de Teléfonos hubiese establecido que los derechos de los empleados y obreros se reconociesen en la forma “como aquellos estatutos (las leyes y acuerdos municipales y sus decretos reglamentarios) los definan”; porque esto no tiene otro entendimiento que el de aplicar a los dichos trabajadores las normas sobre prestaciones sociales, como dice el mismo reglamento, en la forma que ellas establezcan o definan, mas no que puedan definirse como prestaciones sociales derechos que no tienen ese carácter. El acuerdo, en fin, que dispuso acerca de las mismas prestaciones sociales para todos los trabajadores del Municipio, aun para los de las empresas descentralizadas, en nada modifica las conclusiones expuestas, porque él se refiere al dicho régimen de prestaciones sociales y no al de salarios, con lo cual no dijo cosa distinta a lo que venía ordenando desde 1946, en el Acuerdo número 86, destacado por el recurrente. Ni se puede deducir la intención del Concejo en el sentido a que aspira el cargo, porque lo jurídico no es que se derogue tácitamente una delegación de administración autónoma conferida en forma expresa, ni resulta lógico que, encontrándose ésta en vigor, el Concejo dispusiese tácitamente en contrariedad del acto que la instituyó.

“Las primas suplicadas no constituían, pues, una prestación social, aunque así lo hubiese denominado el Concejo de Bogotá y esta equívoca denominación no bastaba para modificar la naturaleza jurídica del reconocimiento ordenado, ni para derogar el régimen de administración autónoma de la Empresa de Teléfonos en materia de salarios, que tampoco fue reformado por el Acuerdo número 2 del mismo día. Por el con-

trario, éste reiteró que lo obligatorio para todos los trabajadores del Municipio, aun para los de las empresas descentralizadas, era el régimen sobre prestaciones sociales, en lo cual dicho Acuerdo no puede aprovecharse para los fines del recurso”.

(Juicio seguido por el Sindicato de Empleados y Obreros de la Empresa de Teléfonos de Bogotá contra el Municipio de Bogotá. Sentencia de fecha 2 de septiembre de 1953).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Las bonificaciones habituales como elementos integrantes del salario. Concepto de habitualidad. Interpretaciones del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

“Para estimar que no fueron habituales las bonificaciones discutidas y definir que, en consecuencia, no debían imputarse como elementos de salario, punto éste que fue el fundamento de la litis, el *ad-quem* dijo, en lo pertinente:

“... el trabajador recibió bonificaciones en nueve años, pero en forma seguida únicamente en los últimos siete años. Entonces las bonificaciones del caso de autos no resultan ser habituales y, por consiguiente, tampoco constituyen elementos integrantes del salario, como se desprende del art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo, a que se acogió la demanda”.

“De la transcripción anterior se desprende que, para el fallador, las bonificaciones indicadas no tuvieron el carácter de habituales por haber sido concedidas únicamente en los últimos siete años. En otras palabras, el *ad-quem* parece reservar el dicho carácter para las que se concedan por mayor tiempo o por todo el tiempo que dure la vinculación laboral y, en todo caso, no lo admite para las correspondientes al lapso expresado de siete años, así se refiera éste a los últimos servicios. Sin embargo, habitual es, conforme al diccionario de la lengua y al sentido natural y obvio del vocablo, lo ‘que se hace, padece o posee con continuación y por hábito’, esto es, ‘por la repetición de actos de la misma especie’: y a uno que se ha hecho o repetido durante siete años no puede desconocerse, lógicamente, tal carácter, sentido o calificación.

“Con independencia, pues, de los hechos establecidos; en la misma forma como los encontró demostrados el *ad-quem*, y en el puro plano del entendimiento de las palabras de la ley, erró el sentenciador, y debe prosperar la acusación en examen, propuesta por la vía de la interpretación errónea.

“Para decidir en instancia el asunto *sub-judice* y sobre la misma situación de hecho comprobada, la Corte recuerda que según el art. 127 del C. S. T. las bonificaciones habituales constituyen elementos habituales del salario y, en consecuencia, deben computarse, como parte del mismo, para los efectos de los derechos laborales que se liquidan con base en él.

“Con todo, podría argüirse —y el punto ha sido debatido en el plenario y alegado por el opositor en el presente recurso— que las bonificaciones cuyo carácter se discute no constituyeron una obligación para la empresa, ni un correlativo derecho para el trabajador, no fueron establecidas en el contrato individual, ni en el reglamento de trabajo, ni por fallo arbitral, ni en convención colectiva, y que su condición de voluntarias, especiales y debidas a la mera liberalidad del patrono fue admitido por el promotor del juicio cada vez que las recibía o hacía mención de ellas, según lo establecen los recibos de los folios 28, 41, 42, 43 y 44 del primer cuaderno del expediente. Mas estos hechos, ciertos, conforme a las probanzas, no destruyen el carácter habitual que tuvieron las bonificaciones discutidas, que es lo que las define como elementos del salario, cuando implican retribución de servicios.

“Y es que, sobre el particular, debe anotarse que esas son las condiciones establecidas por el art. 127 del C.S.T. y que el precepto siguiente de la misma obra, al determinar las circunstancias que excluyen de la estimación como salario, fijó no solamente la liberalidad del patrono sino lo ocasional de la bonificación. Por donde, para que ésta no constituya salario no basta el ánimo liberal con que se otorgue, sino que se requiere la condición de ocasional. Una bonificación pues, podrá ser concedida por liberalidad, pero si el acto se repite en forma que constituya hábito, impondrá su estimación como salario por haber dejado de otorgarse ‘ocasionalmente’.

“Todavía podría pensarse que el ánimo liberal se opone a dicha conclusión. Mas ello no es necesariamente así, ya que si aquél atiende a la condición de trabajador de la persona a quien la bonificación va destinada, y si ella se otorga con generalidad para todos los empleados, o por

sumas constantes como los \$ 8.000.00 anuales del promotor de la litis— o con referencia a porcentajes sobre los sueldos fijos o por cualquier otro factor que, aun sin constituir obligación pactada o legal, responda al hecho de haberse recibido servicios del trabajador, *tal otorgamiento se inspira en ellos, los envuelve, los implica, como dice la ley, y por eso, en el fondo, también los retribuye, respondiendo así a la finalidad que tiene el salario.*

“En el mismo criterio estuvo inspirada la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. Así, en sentencias de 30 de abril de 1951, correspondiente a los juicios de Pedro García Martínez contra el Banco de Bogotá y de Bernardo Anzola G. contra el mismo Banco, que corren publicadas en la Gaceta del Trabajo, Tomo VI, a págs. 228 y 213, en su orden, expresó:

“Según algunos autores, la prima es una especie de retribución complementaria variable que emana generalmente de un acuerdo de las partes y se fija en proporción a la calidad o a la intensidad del trabajo. La prima así entendida participa de la misma naturaleza del salario y está sometida al régimen jurídico de éste.

“Además de la prima hay otras prestaciones complementarias, a las que se les ha dado el nombre de bonificaciones o gratificaciones y que suelen pagarse a manera de recompensa extraordinaria por sus servicios, sin relación directa con el rendimiento o la clase de éstos. En principio, la gratificación o bonificación es una liberalidad. Sin embargo, se admite que puede tornarse obligatoria en virtud del uso o la costumbre, que resalta de dos hechos principales: la generalidad, esto es, que el pago no sólo se haga a un trabajador sino a un grupo o al conjunto del personal, y la habitualidad, lo que quiere decir que el pago sea periódico y repetido.

“Pero esta doctrina, en la que parece fundarse la sentencia acusada, tiende más que todo a resolver el problema de la exigibilidad de las primas o bonificaciones mismas, que no es del caso de autos, puesto que el demandante no afirma que el Banco hubiera dejado de pagárselas sino que, al contrario, se le cubrieron en forma habitual, precisamente por ello pretende que se incluyan en la liquidación de su pensión de jubilación.

“Ahora bien, la cuestión concreta acerca de las circunstancias en que las primas, bonificaciones y sobresueldos ya recibidos se estiman co-

mo parte del salario, estaba contemplada, en relación con el auxilio de cesantía, por el parágrafo 1º del art. 6º del Decreto 1160 de 1947 que, en desarrollo del art. 2º de la Ley 65 de 1946, dispuso lo siguiente:

“Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente den por mera liberalidad del patrono.

“Conforme a esta disposición, aplicable por analogía al asunto que se examina, sólo respecto de las sumas que el trabajador recibiera ocasionalmente influía el hecho de que se proviniesen de la liberalidad del patrono. En cuanto a las primas, sobresueldos y bonificaciones habituales, era indiferente que se pagaran en virtud de un contrato individual o de una convención colectiva o de un reglamento de trabajo o de un acto de mera liberalidad del patrono, para el efecto de tomarlos en cuenta al hacer el cómputo de la respectiva prestación.

“El Código Sustantivo del Trabajo (Decreto extraordinario 2663 de 1950) acoge este criterio y lo amplía para determinar los elementos integrantes del salario en general. Tales elementos los establece el art. 128 del citado estatuto.

*“En cambio, no es aplicable al caso de autos el criterio jurisprudencial expuesto por el mismo Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia de 10 de noviembre del año anterior, e invocado por el Tribunal Seccional de Neiva y por el opositor en el recurso, por cuanto aquél afirma fue informado en consideraciones de hecho y de derecho tan distintas de las presentes que obligaron a respetar la calificación del *ad-quem* acerca de que las bonificaciones de entonces tuvieron el carácter de ocasionales, arbitrarias y gratuitas.*

“Por todo lo expuesto debe concluirse que las bonificaciones habituales que devengó el demandante Correa al servicio de la sociedad demandada formaban parte de su salario y deben computarse para la liquidación de sus prestaciones sociales”.

(Juicio seguido por Fernando Correa Vélez contra la sociedad denominada Sucesores de José Jesús Restrepo & Cía. S. A. Fallo de 28 de febrero de 1957).

El hecho y su demostración.

El testigo Antonio Ocaris Eusse Puerta, dice refiriéndose al *aguinaldo*, que viene pagando la demandada:

“Si mal no recuerdo esta prima de navidad la viene pagando la empresa en la misma proporción desde el año de 1940 pero sólo la pagaba a personas que están vinculadas en el mes de diciembre” (fs. 18). El declarante afirma que ingresó a la empresa Siderúrgica en el año de 1945. (fs. 16).

Hernán Emilio Arango Mejía afirma que “en la Empresa fuera de la prima legal de navidad se pagaba un aguinaldo, que se pagó durante todos los años que yo estuve laborando en Siderúrgica” (fs. 24). *El testimoniante*, dice, sirvió para la demandada por espacio de 8 años (fs. 23).

La prueba literal y la inspección judicial indican que el aguinaldo de que se trata, también se pagó en los años de 1967, 1968, 1969 y 1970 (fs. 50, 51, y 32).

La cuantía del aguinaldo ha sido de un ciento cuarenta por ciento (140%) sobre el salario que devengue el operario. Así lo establece la prueba testimonial, la inspección judicial y los documentos de que arriba se habló.

El Derecho.

La norma de derecho sustancial dispone que constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades (art. 127 C.S.T.).

Subsunción del hecho en la norma.

El aguinaldo que viene pagando la empresa demandada al personal que no se beneficia de la convención colectiva de trabajo tiene, indudablemente, un carácter complementario de la remuneración. Visto quedó atrás la habitualidad de estos pagos. Y es que en las *remuneraciones complementarias*, por la periodicidad de su pago (“gratificaciones”, suel-

do anual complementario), se caracterizan por su periodicidad extraordinaria (larga: anual, por ejemplo). (Ver Deveali. Tomo II, pág. 420).

El aguinaldo o bonificación que se viene estudiando reviste el carácter de *incremento del salario*, y a este efecto se copiaron atrás párrafos del Profesor Cabanellas De Torres, publicados en su Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, pág. 581.

Opera, por tanto, en el caso *sub-judice* la subsunción del hecho alegado en el libelo y demostrado en el proceso, en la norma legal que otorga el derecho material.

Y es que en las circunstancias que esta litis comporta, nunca ha habido dubitación alguna ni en la doctrina extranjera, tampoco en la nacional, sobre el carácter salarial que discute la empresa demandada. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y antes, del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, fue reiterada y constante al afirmar el carácter remunerador de estas primas o bonificaciones.

Establecido que en realidad de verdad el aguinaldo que se pagó al actor, por las características de habitualidad y remunerador de servicios, *es salario*, se entra ahora en el estudio de las súplicas del libelo.

El actor devengó un salario mensual de \$ 17.000.00; el ciento cuarenta por ciento (140%) del aguinaldo que se le pagaba en diciembre monta la cantidad de \$ 23.800.00. Luego el salario mensual fue de \$ 18.983.33, y con esta base han debido liquidarse sus derechos, prestaciones e indemnizaciones laborales.

El auxilio de cesantía asciende a la cantidad de \$ 139.738.38; pero resulta que sólo le pagaron por este concepto la suma de \$ 125.054.79; se le resta entonces la diferencia, que es de \$ 14.683.59.

Es claro que la cesantía, en la forma dicha, se liquida con la base salarial especificada, entre el 1º de enero de 1963 y el 10 de mayo de 1970 (Decreto 2351 de 1965, art. 17. Y Ley 48 de 1968).

Con relación a las *primas de servicios* no aparece en el plenario cuánto le pagaron al demandante durante los años de 1967, 1968 y 1969, por cuya razón no hay base para liquidar ese reajuste. Existe sí, en autos, constancia (fs. 11) de que le pagaron \$ 6.104.96, por la prima de servicios de los primeros cuatro meses y diez días de 1970, o sea, el lapso final. Liquidada esta parte del tiempo con el salario promedio conocido antes, vale la suma de \$ 6.855.07, y como apenas le pagaron \$ 6.104.96, se le resta todavía la suma de \$ 750.11.

La indemnización por despido injusto, y visto quedó cómo se acreditó éste, con la nota correspondiente, en donde no se invocó ningún motivo para la terminación del contrato de trabajo (fs. 22), vale la cantidad de \$ 315.305.22; y únicamente le pagaron al justiciable el valor de \$ 282.502.40. Quiere decir, que le adeuda la empresa demandada la cantidad de \$ 32.802.82.

Lo que el libelo llama *salarios diferidos*, y sobre esto se recuerda que en la doctrina laboral cada autor tiene su propia definición y distinto entendimiento en lo referente a este concepto jurídico, no podrá prosperar, pues, como lo dice la prueba testimonial obrante en autos, (así, por ejemplo, el Sr. Antonio Ocaris Eusse Puerta -fs. 16 -), el aguinaldo se pagaba a quienes estuviesen vinculados a la empresa Siderúrgica, en el mes de diciembre.

Las excepciones invocadas.

La de pago no prospera, toda vez que la empresa hizo la liquidación correspondiente con base en un salario mensual de \$ 17.000.00, y ya se vio que el aguinaldo es salario, y por ello ha debido tomarse en cuenta en la liquidación.

Prescripción - Pero tampoco ha ocurrido. No han transcurrido los plazos señalados para la prescripción extintiva en las normas legales (arts. 151 del C. P. del Trabajo y 488-489 C.S.T., que lo modifican).

Carencia de acción - No es ni constituye excepción. La acción, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, siguiendo a Couture, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, pág. 57).

Toda persona tiene ese poder jurídico de que se trata. Que la pretensión sea o no fundada, es asunto que decide con fuerza vinculante la entidad jurisdiccional.

En los pasos de esta sentencia quedó visto lo fundada de la pretensión, y en este sentido se proferirá la decisión, estimatoria de las pretensiones del actor, menos en cuanto a lo por él llamado "salarios diferidos".

IX - Conclusión.

El Sr. Juez *a-quo* no dio la solución acertada a la litis, y por ello la decisión de primer grado se revocará en su integridad, para dictar en

esta instancia el fallo que corresponde, acorde con las motivaciones que preceden.

Las costas serán de cargo de la demandada tanto en primera instancia como en el recurso, pero rebajadas en un 50%, a causa de la *plus petitio*.

X - Fallo

Por consiguiente, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia materia de apelación, procedente del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, de fecha veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), y en su lugar, FALLA:

Primero - No prosperan las excepciones invocadas.

Segundo - Se condena a Empresa Siderúrgica S. A., representada por su Presidente, a pagar al Sr. Hermes Zuluaga Restrepo, las siguientes cantidades de dinero: a) Catorce mil seiscientos ochenta y tres pesos con cincuenta y nueve centavos (\$14.683.59), correspondiente a reajuste del auxilio de cesantía; b) Setecientos cincuenta pesos con once centavos (\$ 750.11) por concepto de reajuste de la prima de servicios, según quedó explicado en la parte motiva de este fallo; c) Treinta y dos mil ochocientos dos pesos con ochenta y dos centavos (\$ 32.802.82) por reajuste en el valor de la indemnización por despido injusto.

Tercero - Se absuelve a la demandada por el concepto de salarios diferidos, contemplado en el libelo.

Cuarto - La empresa demandada pagará en favor del actor las costas del juicio tanto en primera como en segunda instancia, en cuantía del cincuenta por ciento (50%).

Se notificó en estrados lo resuelto y se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se declara cerrada la audiencia y para constancia se firma.

LOS MAGISTRADOS:

Hernando Ramírez Aristizábal
Emilio Yepes Builes
Gustavo Cadavid Benítez

El Secretario:

Jesús Giraldo Vargas

La Reforma Agraria es un fenómeno económico y sociológico...

LA REFORMA AGRARIA COMO COMPLEJO ECONOMICO Y SOCIAL

Dr. Lucio Mendieta y Núñez

INTRODUCCION

Hasta ahora la Reforma Agraria ha sido considerada como un problema de distribución de tierras entre los campesinos que carecen de ellas; de crédito rural, de asistencia técnica y raramente de asistencia social; pero en realidad la mencionada reforma es un fenómeno económico y sociológico extremadamente complejo.

En este brevísimo ensayo se estudia a la Reforma Agraria no sólo en los elementos que le son, pudiera decirse, propios, sino en sus repercusiones dentro de la estructura de la sociedad toda en cuyo seno se produce, para demostrar su relativo alcance y prevenir sus futuras, ineludibles consecuencias negativas, si no para evitarlas, puesto que son inevitables, cuando menos con el propósito de atemperar sus efectos en cuanto sea posible.

Porque la Reforma Agraria que, cuando se realiza honradamente y con rigor científico y técnico, es un bien indudable para los campesinos a quienes beneficia y para el país que la desarrolla, con el transcurso del tiempo se vuelve inoperante si no se toman, al propio tiempo que se lleva a cabo, medidas apropiadas. Pues el destino de toda Reforma Agraria se desenvuelve entre dos términos contradictorios: la tierra agrícola repartible que es necesariamente limitada y la población de los campos que parece multiplicarse sin límite alguno.

...ve insistentemente el fallo que corresponde...

7. FALLO

Por esta razón el Tribunal Superior de Justicia...

Primer.- En primer lugar las expresiones involucradas...

Segundo.- En segundo lugar a Enriquez...

LOS MAGISTRADOS

El Sr. Secretario de Justicia...

I. LA REFORMA AGRARIA COMO COMPLEJO ECONOMICO Y SOCIAL

La Reforma Agraria es un fenómeno económico y sociológico de carácter universal. En todos los pueblos del mundo se ha pasado de la propiedad comunal a la propiedad privada y de ésta a la concentración de la tierra en pocas manos, lo que da origen a su vez, al proletariado rural formado por grandes masas de campesinos desposeídos que, ante la miseria, reaccionan en forma violenta demandando la equitativa distribución del agro.¹ Para calmar esta inquietud, desde la antigüedad se emprendieron reformas agrarias pero se llevaron a cabo lo mismo en Sumeria que en Persia, en Egipto, entre los hebreos, en Grecia y en Roma, de manera simplista reduciéndola únicamente a la distribución de tierras entre las masas rurales.² Los resultados fueron transitorios porque bien pronto se volvió a constituir la propiedad territorial en favor de las clases privilegiadas y el crecimiento en volumen de las poblaciones del campo, hizo, con el transcurso de los años nugatorias las reformas agrarias, generalmente defectuosas, que se habían realizado.

En tiempos más cercanos a los actuales la tendencia de las reformas agrarias emprendidas en algunos países de Europa, ofrece las mismas características: inquietud o insurrección de las masas campesinas y soluciones simplistas del reparto de tierras entre ellos para consolidar la paz. Así, en Rusia, por ejemplo, el Zar Alejandro II en 1861 trató de resolver el problema agrario, que consistía en la concentración de la propiedad territorial en manos de la nobleza y la miseria y la servidumbre de los labriegos lo que provocó diversas insurrecciones, libertando a los siervos de los nobles y de la Corona y distribuyendo en favor de aquellos buena parte del agro, unas veces en propiedad individual y otras en propiedad comunal con la obligación de pagar las heredades que recibían en el plazo de 49 años.

La revolución rusa de 1917, introdujo una nueva tónica en la Reforma Agraria que decretó el Congreso Pan Ruso de Sóviets el 26 de octubre de 1917; la nacionalización de la propiedad territorial; pero sin variar sustancialmente el modo de abordarla pues se redujo al re-

(1) Lucio Medieta y Núñez: "Introducción a la Sociología de la Reforma Agraria", en Estudios Sociológicos. XV Congreso Nacional de Sociología, 1964, pp. 47 y siguientes.

(2) Víctor Alba: Historia General del Campesinado. Centro de Estudios y Documentación Social, tomo I. 1964.

parto equitativo de las tierras entre los trabajadores agrícolas y a su organización en Kolhosos y Soujoses.

Aconteció lo mismo en China que pasó de la propiedad comunal a la propiedad privada y además, al latifundismo para volver al sistema de grandes y pequeñas propiedades en coexistencia pacífica, hasta el advenimiento de la República Popular China que por Ley de 28 de junio de 1950, nacionalizó las tierras y confiscó las bestias de tiro, los excedentes de granos y otras propiedades muebles de los terratenientes, necesarias para las labores del campo.

Otros países de Europa con posterioridad a la Reforma Agraria de México (1915-1917), dictaron leyes tratando de resolver sus respectivos problemas agrarios distribuyendo tierras a los campesinos. Así, por ejemplo, Polonia mediante la ley de 15 de junio de 1920; en Rumania por ley de 27 de julio de 1921; Yugoslavia en la ley de 25 de febrero de 1919; Bulgaria, ley de 6 de mayo de 1921; Grecia, ley 29 de diciembre de 1917; Letonia, ley de 16 de octubre de 1920; Lituania, ley de 15 de febrero de 1923.³

En la América Latina se observa, desde la colonia, el mismo proceso histórico: se pasa de la concentración de la tierra que produce inquietudes y revoluciones campesinas a su distribución en favor del proletariado rural, ya sea nacionalizándola como en Cuba o conservando la propiedad privada según se ve en el resto de los países latinoamericanos.⁴ Sin embargo, esto no se realiza desde luego en todos los países del continente americano, sólo en México, la revolución iniciada en 1910, logró por medio de la ley de 6 de enero de 1915, iniciar una Reforma Agraria de gran aliento y de repercusiones y de influencias internacionales que, sin embargo, en su fase inicial se concretó como las otras reformas aquí aludidas, a tratar de resolver el problema agrario: concentración de la propiedad territorial y proletariado campesino desposeído, por medio del reparto del suelo agrícolamente aprovechable.⁵

En las otras repúblicas latinoamericanas, la Reforma Agraria que empezó en algunas de ellas, después de la revolución mexicana, se generaliza impulsada por la Alianza para el Progreso a fin de aprove-

(3) Ver Lucio Medieta y Núñez: El sistema agrario constitucional, 3ª edición. Edit. Porrúa, S. A. México, 1966.

(4) Ver Lucio Medieta y Núñez: Introducción al estudio del Derecho Agrario. Edit. Porrúa, S. A. México, 1966.

(5) Ver Lucio Medieta y Núñez: El problema agrario de México. Edit. Porrúa, S. A. México, 1968. 10ª edición.

char la ayuda económica que ofreció a los Estados Americanos que la emprendiera.

II - La distribución de tierras entre la población rural necesitada pudo ser más o menos eficaz en épocas antiguas cuando la agricultura rudimentaria respondía al esfuerzo físico del hombre; pero bien pronto se vio que no bastaba entregar parcelas agrícolas a los campesinos con objeto de elevar su condición económica y social porque a muchos de ellos, acaso la mayoría, les faltaban los recursos necesarios para cultivarlas. Entonces surgió un nuevo elemento de la Reforma Agraria: el crédito a cargo de cada Estado que la promoviera. (En México a partir del año de 1926).

No bastó el crédito rural para asegurar el éxito de las reformas agrarias emprendidas en diversos países del mundo porque la población beneficiada con ellas, es de muy baja cultura y sus atrasados métodos de explotación de la tierra tal vez suficientes para satisfacer sus propias necesidades no lo son para responder de manera satisfactoria a las del resto de la población no agrícola. Era y es necesario llevar al campo los adelantos agropecuarios, maquinaria, fertilizantes, sistemas modernos de cultivos, de organización del campesinado y de distribución de los frutos de la agricultura. Así surgió un elemento más de la reforma agraria: su dirección técnica.

Con estos tres elementos, parece que se completan los requisitos de una Reforma Agraria; pero a nuestro parecer no son suficientes. En una reunión en la O.E.A., en Washington, iniciada el 15 de octubre de 1959 y que tuvimos el honor de presidir representando a México, expusimos el siguiente concepto: "la Reforma Agraria parte necesariamente de la redistribución de la propiedad territorial. La misma palabra reforma, está indicando un cambio en los modos o patrones existentes, en un país determinado, de la distribución de la tierra. Si no hay cambio fundamental de esos modos o patrones no puede hablarse propiamente de Reforma Agraria.

"Pero la Reforma Agraria no termina, no se agota con el simple cambio de manos de la tenencia de la tierra, sino que comprende, igualmente, una segunda fase que consiste en la administración de recursos a los nuevos propietarios para la explotación adecuada de las extensiones territoriales que recibieron como resultado de la primera fase de la reforma. Es también parte esencial de la misma, la asistencia técnica a los nuevos terratenientes para el mejoramiento de cultivos, organización para la compra de elementos indispensables a

toda explotación agrícola y para la cosecha y venta de frutos y productos agropecuarios.

"Finalmente, la Reforma Agraria implica la asistencia social en favor de los beneficiados con ella a fin de elevar sus niveles materiales y morales de vida, no sólo como un imperativo de justicia sino para arraigarlos a la tierra que han recibido, evitando, o atenuando, así, la despoblación de los campos, el éxodo inmoderado hacia las ciudades que es uno de los más graves problemas que confrontan las naciones de cultura occidental.

"En resumen, la Reforma Agraria tiene cuatro fases: a) redistribución justiciera de la propiedad territorial; b) crédito para la explotación de la tierra que ha sido objeto de redistribución; c) asistencia técnica a los nuevos propietarios para la mejor explotación de las parcelas que hayan recibido como consecuencia de la primera fase de la reforma y d) asistencia social con el fin de que alcancen más altos niveles materiales y morales de vida".⁶

Se dio, en México, el nombre de Reforma Agraria Integral, con fines más bien políticos y demagógicos que de efectiva realización, a la que conjuga tres de sus exigencias fundamentales: tierra, crédito y asesoría técnica, sin tomar en cuenta el cuarto requerimiento del resumen antes transcrito que sólo en estos últimos años se ha tratado de satisfacer por medio del Seguro Social rural, iniciado como un ensayo de escaso alcance en favor de ciertos sectores campesinos organizados (los cañeros por ejemplo) durante el régimen del gran presidente Adolfo López Mateos; pero que todavía no pasa de ser un noble proyecto.

III - Sin embargo, aún suponiendo que se realizaran las cuatro fases de la Reforma Agraria Integral, sus resultados serían, tarde o temprano, ineficaces porque no se la puede considerar como una estructura aislada del contexto económico, político y social de cada país. Considerándola aisladamente se la coloca en un callejón sin salida. En efecto, supongamos que con los cuatro aspectos de la Reforma Agraria Integral se beneficiara en lugar determinado a un grupo de cien familias. El bienestar material y moral que les proporcionaría aumentaría la fecundidad, abatiría el índice de mortalidad, elevaría

(6) Lucio Mendieta y Núñez: La Reforma Agraria de la América Latina en Washington. Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 1960, pp. 19 y 20.

el término medio de la vida y en poco tiempo, debido a su propia reproducción, habría 500 familias que tratarían de vivir de los recursos de una tierra proyectada para 100. Entonces aparecerían en el campo los mismos fenómenos negativos que se trata de combatir con la Reforma Agraria Integral: el desempleo de trabajadores agrícolas disfrazado en parte con el sub-empleo: cuatro jóvenes cuidando una vaca, diez o más personas trabajando una heredad que puede ser cultivada por dos; ocio, vagancia de adultos, miseria, éxodo hacia las ciudades de buena parte de la población rural que las congestiona aumentando la desocupación, el vicio y la delincuencia.

La única solución a este problema que se presenta con extrema gravedad en los países subdesarrollados y en los que están en vías de desarrollo, especialmente en la América Latina, parece consistir, como ya lo apuntábamos hace 50 años en la primera edición de nuestro libro "*El problema agrario de México*", en mantener un constante equilibrio de brazos en el campo.

La Reforma Agraria es un complejo económico y social que no puede tratarse poniendo en práctica únicamente las cuatro fases de su realización integral por una sola dependencia gubernativa. Desde el punto de vista hacendario ningún presupuesto por grande que sea resultará suficiente para esa dependencia, ni sus elementos científicos y técnicos por numerosos y capaces que se les suponga, podrían lograr el cabal desarrollo de una reforma que está condicionada por el mantenimiento del equilibrio de la fuerza de trabajo en los medios campesinos. Esto no fue captado por la revolución mexicana que dio a la Reforma Agraria un sentido político para atraer a las masas rurales bajo su bandera, ni por los gobiernos emanados de ella que han mantenido ese mismo sentido para organizarlos dentro del partido oficial. La Reforma Agraria en México se ha concretado, primero al reparto lento y defectuoso de tierras, más tarde a la administración insuficiente de crédito agrícola en el que se han perdido fabulosas cantidades de dinero y que sólo alcanza, cuando mucho, al 10% de los ejidatarios. La asistencia técnica ha sido raquítica o nula y la social prácticamente nulatoria.

Se debe esto probablemente a que la Reforma Agraria surgió de una revolución, en momentos de álgidas inquietudes y no habiendo sido posible configurarla de acuerdo con previas planeaciones científicas, continúa arrastrando sus vicios y sus defectos de origen hasta la fecha.

En cambio las reformas agrarias modernas que se han emprendido en los países de la América Latina, como no surgieron de movimientos revolucionarios sino de obras legislativas pensadas y articuladas en la paz, se acercan mucho a la solución racional, no política ni demagógica, de los problemas que hemos señalado.

En primer lugar, en la mayoría de los países aludidos no se encomienda la realización de la Reforma Agraria a una dependencia gubernativa sino a institutos o consejos dotados de cierta autonomía con objeto de apartarla de la contaminación de la política militante. Así por ejemplo:

En Costa Rica la Reforma Agraria está a cargo del Instituto de Tierras y Colonización "como Institución Autónoma de Derecho Público, con personería jurídica y patrimonio propio e independencia en materias de Gobierno y Administración". Artículo 15 de la Ley de Tierras y Colonización del 14 de octubre de 1961).

En Nicaragua el órgano encargado de realizar la Reforma Agraria es el Instituto Agrario, de carácter autónomo. (Artículo 3 de la Ley de 7 de febrero de 1963).

La República de El Salvador, por decreto Legislativo de 29 de diciembre de 1950, creó el Instituto de Colonización Rural.

En la República Argentina, leyes expedidas en 1955 y 1958, establecieron el Consejo Nacional Agrario, Institución de Derecho Público y Privado y el Servicio Nacional de Reforma Agraria.

La República del Brasil tiene el Estatuto da Terra de 30 de noviembre de 1964 en el que se fundó el Instituto Brasileiro de Reforma Agraria encargado de aplicarlo.

La Ley de Reforma Social Agraria de 13 de diciembre de 1961, creó en Colombia el Instituto Colombiano de Reforma Agraria "como establecimiento público, o sea como una entidad dotada de personería Jurídica, Autonomía Administrativa y Patrimonio propio. (Artículo 2º) a cuyo cargo está la aplicación del ordenamiento citado.

Los órganos que tienen la misión de llevar a la práctica la Ley de Reforma Agraria de 15 de noviembre de 1962 en la República de Chile, son dos: el Consejo Superior de Fomento Agropecuario y la Corporación de Reforma Agraria.

En la República del Ecuador la Ley de Reforma Agraria de 11 de julio de 1964, estableció el Instituto Ecuatoriano de Reforma Agraria y Colonización (IERAC) para ejecutarla.

La República del Paraguay se rige en esta materia que venimos tratando, por las leyes de 22 y 29 de marzo de 1963 que crearon respectivamente el Instituto de Bienestar Rural y el Estatuto Agrario. El primero es el encargado de aplicar el segundo para llevar a cabo la Reforma Agraria.

En la República de Venezuela, la Ley de Reforma Agraria fue dictada el 22 de febrero de 1960 y su aplicación quedó a cargo del Instituto Nacional Agrario con el carácter de autónomo y con patrimonio propio; pero adscrito al Ministerio de Agricultura y Cría. (Art. 154).+

En otras Repúblicas de la América Latina, la Reforma Agraria está encomendada, como en México, a organismos burocráticos de carácter administrativo bajo la dependencia directa del Gobierno. Es cierto que a pesar de las designaciones del Instituto o Consejo de la Reforma Agraria que se emplean en los países que anteriormente hemos mencionado, en realidad se trata de órganos descentralizados del Estado que dependen económicamente de los recursos de éste y en los que toman parte el propio Presidente de la República o altos funcionarios de la Administración; pero de todos modos expresan una nueva, saludable tendencia que se manifiesta claramente en la organización de esos Institutos o Consejos.

En México, la Reforma Agraria que se rige por una legislación que habiendo sido la primera en los tiempos modernos actualmente es la más atrasada del mundo, está a cargo de un Departamento que, según el artículo 27 Constitucional, depende directamente del Presidente de la República; pero en la realidad de las cosas quien lo maneja es el jefe de esa dependencia que de acuerdo con la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado tiene la misma categoría administrativa de aquéllas. Cuenta, además, el Departamento con un "Cuerpo Consultivo compuesto por cinco personas designadas por el primer Magistrado del país; pero también en la realidad de las cosas no son sino funcionarios de alta categoría que dictaminan sobre las posesiones provisionales de tierras entregadas por los gobernadores de los Estados a los núcleos de población solicitantes y desempeñan

+ Lucio Mendieta y Núñez: Introducción al estudio del Derecho Agrario. Edit. Porrúa, S. A., 1966.

otras funciones de carácter técnico. A cada Consejero le corresponde un determinado número de Estados y su trabajo es preponderantemente burocrático. Así, el Departamento Agrario es una organización administrativa en la que el jefe lo es todo y que adolece de las mismas desventajas de la rutina y con frecuencia de la inmoralidad propias de esa clase de organizaciones.

En cambio, en las leyes agrarias modernas de la mayoría de los países latinoamericanos, los Institutos o Consejos, si bien están a cargo de un Director, o de un Gerente General, éstos no son omnímodos, sino que solamente ejecutan los acuerdos de una junta directiva o de un consejo integrados por los ministros o representantes de las secretarías que tienen relación directa con las cuestiones agrícolas y por representantes de agricultores, ganaderos y campesinos y en algunas repúblicas, por medio de las llamadas fuerzas vivas y maestros destacados de las universidades y escuelas de agricultura. En Colombia inclusive forman parte de la Junta Directiva un representante de la Acción Social Católica nombrado por el Arzobispo Primado y un miembro del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas designado por el Presidente de la República, dos senadores y dos representantes de las Cámaras respectivas.⁷

A pesar de los inconvenientes que tienen las juntas o consejos directivos integrados por numerosos miembros, la verdad es que esta orientación de la Reforma Agraria de la mayoría de los países de la América Latina es certera y admirable por las siguientes razones:

a) Hace de la Reforma Agraria lo que realmente es: una cuestión nacional en la que deben intervenir no sólo el gobierno, sino la totalidad de los sectores de la población de un país interesados directa o indirectamente en el éxito de la mencionada reforma que por una parte proporciona el sustento material a todos y por otra es un imperativo de moral y de justicia hacia los campesinos desvalidos y finalmente una garantía de paz social indispensable para el desarrollo de las naciones.

b) Hace posible el desarrollo científico y técnico de la Reforma Agraria porque las juntas directivas o consejos están encargadas de planificarla, atenuando así el burocratismo que generalmente naufraga en leyes, reglamentos y rutinas.

(7) Lucio Mendieta y Núñez: Introducción al Estudio del Derecho Agrario. Edit. Porrúa, S. A. México, D. F., 1963, p. 95.

c) Al hacer intervenir en la Reforma Agraria no a uno solo sino a varios Secretarios de Estado por medio de sus ministros o representantes, da a la Reforma Agraria mejores recursos y flexibilidad, porque cada uno puede contribuir por medio de una corporación coordinada a la más efectiva realización de los proyectos o planificaciones aprobados por la Junta Directiva o Consejo.

d) La intervención en todas las decisiones y realizaciones sobre la Reforma Agraria de elementos particulares como son los representantes de agrupaciones de campesinos y de agricultores y de ganaderos, de miembros destacados de las universidades, etc., hace muy difícil, por no decir que imposibles, los negocios oscuros y las inmoralidades que desvirtúan a dicha Reforma en donde, como en México, depende de un jefe de departamento y de una burocracia prácticamente irresponsable, como lo demuestran los escándalos debidos a turbios manejos que se han suscitado en diversas épocas prontamente acallados en la prensa por razones o sin razones políticas.

IV - La Reforma Agraria, es como hemos dicho, un complejo económico y social que no puede abordarse, es necesario insistir, únicamente en la realización, así sea efectiva, de sus cuatro fases pues no basta dar a un grupo de campesinos tierra, crédito, asistencia técnica y social para asegurar el éxito de la Reforma. Se requiere, además, la construcción de carreteras en las diferentes regiones agropecuarias para dar salida a sus frutos y productos; obras de irrigación a fin de asegurar y mejorar la productividad de la tierra, trabajos de saneamiento para hacerla habitable o para evitar, en lo posible, las enfermedades que diezman a la población en los medios rurales; planeamientos con objeto de orientar los cultivos de acuerdo con las demandas nacionales e internacionales y las condiciones del mercado interior y exterior. Pero, sobre todo, se necesita organizar la educación pública para mantener el equilibrio de brazos en el campo.

La tarea educativa más urgente consiste, según pensamos, en acabar con la odiosa escuela rural pobremente instalada y peor dotada que no pasa de ser, cuando mucho, un centro de alfabetización del que salen los escolares sabiendo leer y escribir, conocimientos que, por falta de aplicación en su vida campesina, llegan a olvidar hasta volverse otra vez analfabetos.

En las actuales escuelas rurales de México el niño sale del jacal o cuarto de adobe de su casa para asistir al jacal o cuarto de adobe de la mayoría de las escuelas campesinas.

Las escuelas rurales deben ser sustituidas por escuelas regionales instaladas en edificios modernos, provistas de toda clase de comodidades y de elementos didácticos para poner a las gentes del campo en contacto inmediato y directo con los aspectos materiales de la civilización. Alguien ha dicho que civilizar es crear nuevas necesidades. A estas escuelas concurrirían todos los niños y jóvenes de los pueblos de la región en transportes especiales, como sucede en las grandes urbes en donde las escuelas particulares disponen de autobuses que recogen a los alumnos en sus casas y los dejan en ellas al concluir sus clases.

Estas escuelas regionales aquí sugeridas, estarían mejor capacitadas para impartir una instrucción y una educación más amplias que las que se imparten en las paupérrimas escuelas rurales. Una instrucción unitaria en lo fundamental; pero diversificada a la vez para adaptarla al contorno geográfico, a los recursos y necesidades de cada región a fin de que los alumnos, al salir de las aulas estén capacitados para obtener el más alto provecho de su *habitat*. No puede ser la misma una escuela donde se vive de la explotación de los bosques o de la ganadería que la ubicada en lugares desérticos o en zonas costeras o feraces.

Las escuelas rurales regionales para cumplir su misión de mantener el equilibrio de brazos en el campo, dispondrían de talleres y laboratorios suficientes y del profesorado indispensable con objeto de enseñar a los alumnos, al propio tiempo que la instrucción primaria, artes y oficios de acuerdo con su vocación y sus capacidades.

Es decir, se trata de arraigar en el campo a quienes sientan atracción por los trabajos agrícolas o ganaderos capacitándolos al efecto y de formar técnicos y obreros calificados en artes e industrias necesarias a la región o al país.

En estas escuelas regionales se rompería el injusto círculo vicioso de la escuela rural en la que el alumno sale de ella condenado a vivir forzosamente de las labores de la tierra, sin horizonte alguno más amplio que, si se tiene aptitudes para ello, podrían permitirle elevarse en la escala social. Con esta finalidad se llevaría una observación cuidadosa de los educandos para escoger a los más capaces y de vocación definida que dispondrían de becas en los centros universitarios o tecnológicos del país para seguir sus estudios en carreras profesionales. Ya estas carreras no serían, como ahora, solamente posibles para los hijos de personas de la clase alta o de la clase

media. La odiosa escuela rural no puede lograr todo esto porque parece creada especialmente para mantener al proletariado rural en perpetua servidumbre. En cambio, las escuelas regionales aquí propuestas, llenarían, además de impartir la instrucción primaria, las siguientes funciones:

1. Capacitación agrícola destinada a los jóvenes que desearan dedicarse a los trabajos del campo.
2. Capacitación en artes y oficios destinada a los jóvenes que tengan vocación para actividades artesanales o industriales.
3. Selección de los más aptos a fin de propiciar por medio de becas su ingreso a las universidades o institutos tecnológicos del país.

Esta diversificación de la enseñanza y de las funciones de las escuelas rurales regionales sería un factor eficaz para mantener el equilibrio de brazos en el campo, sin el que no es posible asegurar el éxito de la Reforma Agraria.

V - No bastaría, sin embargo, únicamente la diversificación de la educación en las escuelas regionales para obtener el equilibrio de brazos en el campo. Sería necesario, además, el establecimiento de bolsas de trabajo en puntos adecuados del país. Pues de qué serviría que salieran de las mencionadas escuelas jóvenes aptos en trabajos de la industria de la construcción, o en la industria eléctrica, por ejemplo, si en los lugares donde viven, generalmente pueblos y villas de incipiente desarrollo, no se necesitan esa clase de trabajos?

Mejores niveles de vida de las familias campesinas gracias a la Reforma Agraria Integral y más altos niveles de instrucción y educación propiciados por las escuelas regionales de las que saldrían además de obreros calificados, artesanos eficientes, estudiantes para universidades y tecnológicos según hemos dicho, traerían como consecuencia inmediata el aumento del éxodo de la población rural hacia las ciudades. Pero ya ese éxodo no sería, como ahora, de gentes impreparadas que van a aumentar en las urbes los problemas de ocupación y los índices de mendicidad y delincuencia; de todos modos, sin embargo, exacerbaría los serios problemas de carácter social y económico que ya se advierten en diversas partes del mundo. En efecto, en algunos países europeos se acuerdan subvenciones en favor de los campesinos para sostener los trabajos agrícolas, que cuentan cada vez con menos personal hasta el punto de hacer pensar en la posibilidad

de que en un futuro más o menos próximo, las labores agrícolas serán obligatorias para todos como el servicio militar en tiempos de guerra.

Este aspecto del fenómeno agrario sólo puede atenuarse procurando la urbanización del campo, lo que significa llevar hacia allí, en cuanto sea posible, las comodidades y los atractivos de la ciudad que se basan en los adelantos de la civilización y la cultura: luz eléctrica, fuerza motriz, radio, cine, televisión, casas de habitación confortables, turismo interno de carácter popular, espectáculos culturales, etc., todo organizado por instituciones oficiales o particulares.

Pero no terminan aquí las repercusiones económicas y sociales de la Reforma Agraria Integral pues, quiérase o no, por sus propios efectos y los de sus necesarias complementaciones ya apuntadas, desemboca en el espinoso problema de la explosión demográfica —que indudablemente aceleran aquélla y éstas— y en el control de la natalidad.

Ante este fantasma previsto por Malthus y que cada día se hace más tangible, en algunas partes de la India, por ejemplo, con trágicas expresiones, parece que la única solución consiste en proporcionar amplias informaciones sobre la materia en países o regiones superpobladas dejando en entera libertad a los matrimonios para adoptar o no lo que eufemísticamente se llama la planeación familiar.

CONCLUSIONES

1. La Reforma Agraria Integral consiste en a) redistribución justiciera de la tierra, b) crédito a los campesinos beneficiados con esa redistribución, c) asistencia técnica para mejorar las explotaciones agropecuarias, d) asistencia social.

2. La Reforma Agraria Integral no puede considerarse como una estructura aislada fuera del contexto económico y social dentro del que se produce porque se la coloca en un callejón sin salida. La consecuencia inmediata es el aumento del bienestar del campesinado favorecido y el aumento en volumen del mismo que al hacer insuficiente la tierra repartida, revive el mismo problema agrario que se trata de resolver con la Reforma.

3. Para sacar a la Reforma Agraria Integral de este círculo vicioso hacia el que tiende indefectiblemente, es indispensable mantener el equilibrio de brazos en las labores agrícolas por medio de una edu-

cación regional diversificada que abra nuevos horizontes de trabajo, comercial, industrial, artesanal, tecnológico, profesional a las sucesivas generaciones que surgen de los medios rurales.

4. La educación diversificada con el propósito de mantener el equilibrio de brazos en el campo, tiene que ser obra de escuelas regionales organizadas y equipadas con todo los adelantos educativos modernos.

5. Como las ciudades están ejerciendo en todo el mundo sobre las poblaciones rurales una atracción alucinante, es indispensable atenuar esa atracción urbanizando el campo mediante los adelantos de la civilización y la cultura para arraigar en él a las familias que se dedican a los trabajos agropecuarios.

6. Como a pesar de todo esto la explosión demográfica es incontenible, especialmente en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, lo único que puede hacerse es llevar amplia información sobre el problema, solamente a las regiones o países superpoblados, para que los matrimonios adopten o no libremente, la llamada planeación familiar.

triste Tantez. Pasé una infancia muy mimada, a menudo con largas temporadas en el campo, en casa de mis abuelos y a orillas del mar del Norte. Abundó entre los hermanos bajo la autoridad del padre, en la casa de nuestros tíos y venidos profesores, que me educaron en la existencia de veracidad y fidelidad, cumplimiento y confianza, pero sin pertenecer en religión a ninguna Iglesia (aun cuando con las mismas formalidades de la confesión protestante). Interés en el Ginnasio de Göttingen, en la ciudad natal, y más tarde en 1901, en la Universidad de Friburgo.

TESIS JURIDICAS DE KARL JASPERS

B. Mantilla Pineda

Pocos filósofos contemporáneos han penetrado de manera sistemática como Karl Jaspers no sólo en el análisis de la existencia humana, sino también en la situación actual de la sociedad occidental y en el curso de la historia universal. En una consideración tan dilatada del hombre, de la convivencia y de la meta hacia la cual se dirige inevitablemente la humanidad, no podía faltar una referencia así sea somera a los principios elementales que fundamentan las normas jurídicas que rigen las relaciones interpersonales tanto en el interior de cada Estado como entre los distintos Estados en el plano internacional.

Para comprender a cabalidad lo que aquí denominamos "tesis jurídicas de Karl Jaspers", llamamos la atención ante todo a las circunstancias existenciales que determinaron el ser esencial de la persona del propio Jaspers y el *ethos* de su pensamiento filosófico. En el fondo del contexto existencial de la persona y de la filosofía de Jaspers, resaltarán mejor sus ideas jurídicas.

1 - Autobiografía de Karl Jaspers.

En vez de hacer la biografía de Jaspers, la cual sin duda resultaría insípida en comparación con la autobiografía del insigne filósofo de la existencia, preferimos transcribir sus propias pinceladas vitales. Helas aquí:

"Nací el 23 de febrero de 1883 en Oldenburgo. Mis padres fueron Karl Jaspers, primero bayle mayor y después director de Banco, y Hen-

riette Tantzén. Pasé una infancia muy mimada, a menudo con largas temporadas en el campo, en casa de mis abuelos y a orillas del mar del Norte, abrigado entre los hermanos, bajo la autoridad del padre, en la casa de nuestros amados y venerados progenitores, que me educaron en la existencia de veracidad y fidelidad, cumplimiento y confianza, pero sin pertenecer en religión a ninguna Iglesia (aun cuando con las mínimas formalidades de la confesión protestante). Ingresé en el Gimnasio de segunda enseñanza de mi ciudad natal, y más tarde, en 1901, en la Universidad.

“Mi trayectoria no fue normal en los profesores de filosofía. No aspiraba al doctorado en esta disciplina por el estudio de la filosofía en los cursos universitarios (soy doctor en medicina), ni tuve en absoluto el propósito previo de llegar al profesorado a través de una habilitación para *Privatdocent* de filosofía. La resolución de querer ser un filósofo me parecía tan absurda como la de querer ser poeta. Pero desde mis tiempos de escolar me atraían las cuestiones filosóficas. La filosofía me pareció el asunto más elevado del hombre, incluso el único. Sin embargo, un santo temor me vedaba hacer de ella la profesión de mi vida.

“Por el contrario, me pareció que mi verdadera tarea estaba en la vida práctica. Primeramente elegí los estudios de jurisprudencia para hacerme abogado. Pero asistí también a cursos de filosofía. Las clases me desilusionaron. Las lecciones de filosofía no aportaban nada de lo que yo buscaba en la filosofía: ni una experiencia fundamental del Ser, ni una guía para la acción interior y la educación de mí mismo, sino opiniones discutibles con la pretensión de validez científica. La jurisprudencia me dejó desconcertado, porque yo ignoraba por completo la vida para la cual servía, de suerte que únicamente ví en ella un complicado juego intelectual con ficciones que no tenían ningún interés para mí. Como sustitutivo insuficiente me ocupé de arte y poesía e hice un viaje entusiasta a Italia (1902) para ver la *Roma aeterna*, rastrear en la historia y contemplar la belleza. Esta dispersión de mi vida acabó con el tercer semestre de estudios. Entonces emprendí el estudio de la medicina. Me urgía el conocimiento de hechos y la experiencia del trato con los hombres. La resolución de dedicarme a un trabajo disciplinado me sujetó durante mucho tiempo al laboratorio y la clínica. Como objetivo práctico me propuse la profesión médica, no obstante, con la segunda intención de terminar acaso por seguir en la Universidad alguna carrera científica, no en filosofía, sino en psicología o psiquiatría. Al cabo de algunos años (desde 1909) mi nombre fue conocido por mis investigaciones psicopatológicas. En 1913 me habilité como *Privatdocent* en psicología.

“Hasta entonces, mi vida, despreocupada de los acontecimientos generales, se centraba en un trabajo intelectual que, si bien se desarrollaba en un ámbito político-sociológico, estaba exento de toda conciencia política, aun cuando por momentos sintiera la sospecha de posibles peligros lejanos. Yo ponía la mayor seriedad en la vida privada, en los momentos más elevados de íntima convivencia con los más próximos. Comprensión de las obras del espíritu, investigación, constante trato con lo intemporal, eran el cometido y el sentido de la vida activa. Entonces, en 1914, sobrevino con la primera guerra mundial la gran ruptura de la vida europea. Nunca más podría retornar aquella vida paradisíaca, ingenua dentro de su sublime espiritualidad, que existía antes de aquella guerra. La filosofía, con toda su gravedad, se hizo entonces más importante que nunca.

“Sin darme cuenta, mi psicología había tomado en amplia medida el carácter de aquello que después he llamado “aclaración de la existencia”. Esta psicología no atendía solamente de modo empírico a establecer hechos y leyes de los procesos psíquicos, sino que esbozaba todas las posibilidades del alma que pueden mostrar al hombre, a modo de espejo, lo que puede ser, lo que puede alcanzar y en donde puede caer; tales ilustraciones están pensadas como apelaciones a la libertad para elegir en acción interior lo que yo quiero realmente. Cuando al cabo llegué a darme cuenta de que en las Universidades no había en aquel tiempo ninguna filosofía que lo fuese verdaderamente, creí entonces que si la época no podía producir una filosofía, tenía, en vista del vacío y de la debilidad, el derecho de anunciar la filosofía, decir lo que era y lo que podría ser. Sólo entonces, y ya estaba cerca de los cuarenta años, hice de la filosofía la tarea de mi vida...

“El orden en que me fueron apareciendo las grandes estrellas del cielo filosófico acaso obedeció a la casualidad. Spinoza fue el primero, cuando todavía estudiaba en el gimnasio. Kant me pareció el filósofo en absoluto, y así ha persistido para mí. Con Plotino, Cusano, Bruno, Schelling, dejé que me hablaran los sueños de los metafísicos como si fuera verdad. Kierkegaard es el que ha puesto los fundamentos de la hoy para nosotros inexcusable conciencia del origen y de nuestra auténtica situación histórica. Fue ya más tarde cuando Nietzsche ganó para mí importancia como la grandiosa patentización del nihilismo y del deber de tener que pasar por él (en la juventud lo había evitado, rechazado por su extremismo, su embriaguez y muchas cosas más). Goethe me proporcionó la atmósfera de la *humanitas* y de la ausencia de prejuicios. Res-

pirar en su atmósfera, vivir con él lo que se manifiesta en el mundo como esencia real, descubrir con él los límites, pero sin hacer más que rozarlos temerosamente, era un alivio beneficioso en medio de la inquietud, una fuente de rectitud y razón. Durante largo tiempo fue Hegel para mí inagotable materia de estudio, mayormente como texto fundamental para mi actividad didáctica en seminarios. Los griegos estaban siempre ahí; me discipliné en su frío rigor, por lo mismo corrí después gustosamente a San Agustín, desde el cual, después, por disgusto de la retórica, de la falta de toda ciencia, de los sentimientos disformes y pujantes, y aun a pesar de la profundidad de su "aclaración de la existencia", sentí el impulso de volver nuevamente a los griegos. Al fin, de éstos únicamente me interesó de veras Platón, que entonces me pareció quizás el más grande de todos.

"Entre los contemporáneos ya muertos, debo lo que yo pueda pensar, fuera de las personas más próximas, ante todo a Max Weber, el único. Sólo él me ha revelado en forma corporal, tangible, por su ser, lo que puede ser la grandeza humana. Nitzl, el psiquiatra y anatómico del cerebro, en los años que fue mi jefe, me pareció el modelo del investigador crítico y del científico más puro...

"Después de una larga sujeción a la medicina conocí a Husserl en 1900 por lecturas. Su fenomenología me fue muy fértil como método, porque podía aplicarla para describir las vivencias de los enfermos mentales. Pero aún fue más esencial para mí ver la insólita disciplina de su pensamiento, después que había superado el psicologismo, el cual resolvía todos los problemas reduciéndolos a una motivación psicológica, y ante todo por su perenne exigencia de poner en claro los supuestos admitidos sin darse cuenta. Lo que ya actuaba en mí lo encontré confirmado: el impulso hacia las cosas mismas. Esto, en un mundo lleno de prejuicios, esquematismos, convenciones, era como una liberación.

"Pero Husserl me desilusionó como filósofo. El ejercitaba el gesto de ver; lo que después veía era en su mayor parte indiferente. En 1910 apareció en la revista *Logos* su ensayo *Filosofía como ciencia estricta*". Era una obra maestra, aun en su consecuencia que no retrocedía ante ningún absurdo. Pero en ella me dí cuenta de la tergiversación de la filosofía en ciencia que me irritaba¹.

1 - Karl Jaspers: *Sobre mi filosofía y Mi camino a la filosofía en Balance y perspectiva*, ps. 245-247 y 240-241, Revista de Occidente, Madrid, 1953.

2 - La filosofía de Karl Jaspers.

La filosofía para Jaspers no es un saber impositivo como el de las ciencias. El espíritu y la verdad de la filosofía no responden a exigencias lógicas sino a íntimas aspiraciones de la existencia. Si es necesario acuñar un concepto de filosofía, no será otro que el de cercioramiento de sí mismo en el verdadero ser. La existencia humana frágil y trémula busca en la filosofía el afianzamiento de sí misma y el acceso hacia la trascendencia. Lo que Jaspers entiende por filosofía abarca la orientación en el mundo, la aclaración de la existencia y la trascendencia. Al final la filosofía de Jaspers adquiere acentos esotéricos inconfundibles.

2.1. La orientación en el mundo.

El mundo es el no-yo, el otro, el extraño, lo que se ve, toca, huele y oye, lo que se percibe mediante los sentidos; en suma, lo que se percibe, desea y manipula. El mundo es también el otro yo, el *próximo*, que habla y se deja hablar; en otras palabras, aquel a quien yo trato como a un otro en tanto que él trata conmigo. El yo conoce el mundo como *el ser extraño de la materia y como el ser afín del otro yo*.

El yo y el mundo son inseparables. "Si yo me contrapongo al mundo, dice Jaspers, yo sólo soy, sin embargo, en el mundo, lo que soy por virtud de él. Así como el mundo que yo puedo conocer no puede existir sin yo que lo conozco, tampoco puede existir el Yo sin mundo, en el cual solamente yo soy Yo. No hay un mundo sin Yo ni Yo sin mundo"².

La orientación en el mundo tiene lugar por medio de las ciencias. Su meta consiste en alcanzar el conocimiento válido para todo posible ente racional. En realidad, la posesión del conocimiento no es independiente de las condiciones fácticas. Depende de condiciones históricas, psicológicas y sociológicas. Pero el conocimiento de las ciencias pretende ser válido independientemente de sus condiciones fácticas. "Las leyes naturales y las normas lógicas, anota Jaspers, tienen validez y sentido antes de ser descubiertas. Lo que existe empíricamente está ahí, aunque nunca caiga en la esfera de un ente consciente, desconocido; aunque no exista para nadie"³. En virtud de la validez general de sus aserciones, la ciencia es para Jaspers un *saber impositivo* -*zwingendes Wissen*.

2 - Karl Jaspers: *Filosofía* vol. I, p. 78, Ediciones de la Universidad de Puerto Rico, Revista de Occidente, 1958.

3 - Idem, p. 105.

Hay tres clases de saber impositivo, las mismas que “las encontramos en los pensamientos apodícticos impositivos de la matemática y de la lógica formal, en el impositivo *ser real* de lo empíricamente objetivo de las ciencias de la naturaleza y del espíritu, en la *intuición* impositiva de las categorías, modos de ser y posibilidades del ser objeto”⁴.

Además de su objeto teórico, la orientación en el mundo tiene un aspecto práctico. “La orientación intramundana, dice Jaspers, no sólo quiere saber lo que existe, sino también lo que es posible hacer que sea de otra manera. El mundo no sólo es el campo de conocimiento de lo existente, sino también de formación y transformación”⁵. El conocimiento es un medio de cambiar el mundo para los fines de la vida. La acción sobre el mundo se manifiesta principalmente como técnica, como crianza y educación y como política. “Toda la orientación intramundana, según Jaspers, crea, por así decirlo, el espacio de la acción en el mundo, respecto al cual está en relación lo específico de la acción como *organización técnica*, como *crianza y educación*, como *acción política*. El hacer no sólo está condicionado por el saber de las cosas, sino que tiene su origen en la conciencia de la realidad que él mismo es”⁶.

2.2. La aclaración de la existencia.

Aclaración de la existencia es un término acuñado por Jaspers para expresar la interpretación específica del *ser sí mismo*. Aclaración de la existencia no es conocimiento impositivo sino cercioramiento de sí mismo. Existencia en este sentido significa *posible existencia*, questo que el hombre además de su existencia empírica tiene la posibilidad de manifestar su ser insustituible e inalienable. La existencia empírica es *ser en el mundo*; en cambio, la posible existencia está en el mundo como el campo en el cual se manifiesta. La existencia empírica como ser vive y muere. La posible existencia no conoce la muerte, pero está respecto a su propio ser bien en ascensión, bien en caída o descenso. La existencia empírica es ser en el espacio y el tiempo. La posible existencia sólo existe como libertad. “Yo soy posible existencia, dice Jaspers, en la medida en que no me convierto en objeto”⁷.

4 - Idem, p. 109.

5 - Idem, p. 137.

6 - Idem, p. 138.

7 - Idem, p. 391.

El ser-sí mismo tiene su propia atmósfera donde deja de existir como ser aislado para respirar el aire puro de la *comunicación*, la *historicidad* y la *libertad*.

La comunicación empírica o sea la vida con los otros, se da en las relaciones colectivas que se pueden observar, diferenciar en sus peculiaridades y comprender diáfananamente en sus motivos y efectos. Por el contrario, la comunicación existencial, la verdadera comunicación en que sólo conozco mi ser en cuanto lo produzco con el otro, no existe empíricamente. Su aclaración es una tarea filosófica. “La comunicación existencial, dice Jaspers, no se puede enseñar ni imitar, sino que existe de manera absolutamente irreplicable en cada caso. Existe en dos sí-mismos que sólo son éstos y no representantes y, por tanto, no sustituibles”⁸.

Conciencia histórica (empírica) es el saber de la historia. Esta conciencia histórica cobra realidad en las ciencias de la historia. En la conciencia histórica estamos frente a lo acontecido tan sólo conociendo e investigando, considerándolo y preguntando por sus causas. Y conciencia histórica (existencial) es la situación en la cual el ser-sí mismo se percata de su historicidad como la única que realmente él es. Esta conciencia histórica de la posible existencia es personal en su origen. “En ella, dice Jaspers, capto a mí mismo en la comunicación con otros sí-mismos *históricos*: yo estoy como yo mismo vinculado temporalmente a una sucesión en la irrepitibilidad y carácter único de las situaciones y circunstancias dadas. Pero mientras que el ser histórico de los objetos, tal como creo conocerlo, es histórico para mí, no para ellos mismos, en cambio yo me sé en mi ser histórico como histórico para mí. En esta conciencia, el ser y el saber están inseparablemente entrelazados en su origen”⁹.

La libertad es el verdadero *signum* de la aclaración de la existencia. El hecho de que la posible existencia no sea objeto, se convierte en la posibilidad de la libertad. La libertad sólo existe como posible existencia en la realidad empírica. La libertad no se prueba por la inteligencia sino por la acción. La libertad no es absoluta sino relativa, no es posesión sino conquista. La conciencia de la libertad no se puede expresar con una única expresión característica. “Cuando en el *yo elijo*, dice Jaspers, la conciencia de decidir capta la auténtica libertad, esta libertad no está, sin embargo, en el albedrío de la elección, sino en aquella necesidad que se expresa como *yo quiero* en el sentido de *yo tengo que*”¹⁰.

8 - Idem, p. 459.

9 - Idem, ps. 525 - 526.

10 - Karl Jaspers: Filosofía, vol. II, ps. 54-46.

2.3. La trascendencia.

Jaspers aboga por una metafísica filosófica distinta de la *prima philosophia* aristotélica, de la metafísica escolástica medieval, de la metafísica racionalista moderna y aun de la ontología contemporánea. La metafísica filosófica es también una búsqueda del ser, pero partiendo de la posible existencia y proponiéndose como meta el esclarecimiento de la trascendencia. "Desde el ser del mundo, quebrantándolo, dice Jaspers, vengo a mí mismo como posible existencia. Yo soy en ella, en tanto que libertad y comunicación, dirigido a otra libertad. Este ser dentro de un ser, que aún ha de decidir si es y lo que es, no puede salir de sí y contemplarse como espectador. Pero tampoco este ser es el ser con el que todo se agotaría. No sólo es conjuntamente y por virtud de otro ser, sino que está referido a un ser que no es *existencia* sino su trascendencia"¹¹.

La trascendencia rebasa la realidad empírica o mundo, sin transmutarse en una realidad transmundana que se pueda conocer por vía de especulación. La *materialización de la trascendencia* es un craso error, porque "en lugar de verla en la realidad empírica, se la ve como realidad empírica". La *negación* de la trascendencia, que concede de rebote carácter absoluto a la realidad empírica, es también un error. La superstición materializa la trascendencia y el positivismo, que la niega, la reduce a ilusiones. "Superstición y positivismo, dice Jaspers, son enemigos en el mismo plano. Pero en este plano el positivismo es el vencedor. No hay milagros objetivos; no hay espectros, ni telepatía, ni magia. Lo que hay en la realidad como hecho está sometido a reglas y leyes, se puede establecer metódicamente"¹².

El lugar de la *trascendencia* no se encuentra en este mundo ni en el más allá. La trascendencia es *límite*, pero "límite en el cual estoy ante ella cuando soy auténticamente". La trascendencia no es objeto de conocimiento impositivo. "Sólo a la *posible existencia* se le hace sensible el *ser real de la trascendencia* en el límite de la realidad empírica, que conoce en la conciencia en general, y de la realidad existencial, que se le patentiza en la comunicación"¹³.

11 - Idem, p. 356.
12 - Idem, p. 367.
13 - Idem, p. 362.

3 - Filosofía y filosofía del derecho.

No ha sido uniforme a través de la historia de la filosofía la relación entre filosofía y meditación filosófica del derecho. Actualmente se piensa *grosso modo* que los filósofos muestran poco interés por el derecho. Lo que podemos llamar filosofía del derecho no ocupa en la filosofía ciertamente el mismo lugar hoy que ocupaba en el pensamiento de Hegel, Kant, John Locke, Francisco Suárez, Santo Tomás de Aquino, Aristóteles, los estoicos o Platón. Pero eso no quiere decir que la filosofía haya perdido su contacto con el derecho. El derecho, como conducta humana que es, no puede quedar completamente fuera de la consideración filosófica. Necesariamente la filosofía sea cual fuere su orientación y denominación comprende implícita o expresamente principios que atañen al comportamiento jurídico del hombre. Dentro de la fenomenología, de la teoría de los valores y de la filosofía de la existencia, que constituyen las tres grandes orientaciones y manifestaciones de la filosofía contemporánea, no tienen cabida amplias consideraciones y desarrollos sistemáticos del derecho, pero quién podría poner en duda la función catalizadora que estas corrientes filosóficas han cumplido en lo que se refiere a la filosofía del derecho?

Ni Husserl ni Max Scheler ni Nicolai Hartmann ni Heidegger ni Jaspers invadieron el campo especializado que es hoy la filosofía del derecho, pero todos y cada uno de ellos de diversa manera tienen mucho que ver con esta disciplina. Husserl le ha legado el método fenomenológico, Scheler y Hartmann le han esclarecido el problema del deber ser y de los valores, Heidegger y Jaspers le han señalado sus orígenes existenciales. Los filósofos del derecho carecerían de sentido si no tomaran inspiración y aliento en estas grandes filosofías del presente. Buscar y explicar las conexiones del derecho con la filosofía de hoy es una tarea de la filosofía del derecho.

4 - Tesis jurídicas de Karl Jaspers.

El lugar del derecho en la filosofía de Jaspers no deja lugar a discusiones. Se ubica llana y sencillamente en la orientación práctica en el mundo como una parte esencial de la acción política, así como también de la existencia y de la comunicación empírica. En cambio, la existencia como posibilidad de ser-sí mismo y la comunicación existencial transcurren en plano más elevado de la ética, donde no tiene cabida la coacción sino el reino apacible de la espontaneidad y de la mismidad. Esta distinción es necesaria para no incurrir en confusiones.

“Karl Jaspers, en concepto de Alfred Verdross, parte de la idea de que a la esencia del hombre pertenece su comunicación espiritual con otras existencias. Esta comunicación de las ideas y sentimientos exige un orden externo, dentro del cual puedan convivir pacíficamente los hombres. Para comprender la esencia del derecho —explica Jaspers— es preciso tener en cuenta una doble circunstancia: por una parte, la existencia del hombre sólo puede afirmarse en sus decisiones individuales y conscientes, por lo que el derecho posee únicamente una significación mediata en el orden de la existencia; pero, por otra parte, el ordenamiento que hace posible la coexistencia humana, es necesario a la vida, ejerciendo un influjo reflejo sobre la afirmación de la personalidad; las normas jurídicas sólo adquieren vida si son concebidas existencialmente por los miembros de la comunidad: La validez de forma y ley... no es una simple validez externa para quien vive en el principio del ser; su acatamiento no es un mero formalismo, sino la cosa misma cuya rigidez determina que no puede ser lesionada”¹⁴.

Las tesis político-jurídicas de Jaspers se encuentran insertadas en su libro: “Origen y meta de la historia”, es decir, en el plano de la existencia empírica. Verdross considera que han sido poco estudiadas hasta la fecha por los juristas, razón más que suficiente en mi concepto para insistir en su conocimiento y dilucidación filosófica. Veámoslas!

1 - La libertad del individuo es posible, si todos los individuos han de ser libres, sólo en tanto que puede coexistir con la libertad de los otros.

Jurídicamente queda al individuo un margen de arbitrio (libertad negativa), por virtud del cual puede cerrarse y aislarse respecto a los demás. Pero moralmente la libertad exige justamente el abrirse a los demás, unos a otros, que puede desarrollarse sin coacción por amor y razón (libertad positiva).

Sólo por la realización de la libertad positiva sobre la base de la seguridad jurídica de la libertad negativa vale la tesis de que el hombre es libre en la medida que ve la libertad a su alrededor, es decir, en la medida que todos los hombres son libres.

2 - El individuo tiene una doble pretensión: estar protegido contra la violencia y hacer valer su voluntad y su convicción. La protección

14 - Alfred Verdross: La filosofía del derecho del mundo occidental, p. 343, UNAM, México, 1962.

está garantizada por el estado de derecho; el hacer valer su opinión es posible por la democracia.

3 - Sólo mediante la superación de la violencia por medio del derecho se puede realizar la libertad. La libertad lucha por el poder que sirve al derecho, y logra su finalidad en el estado de derecho.

Las leyes rigen igualmente para todo el mundo. Una modificación de las leyes no se produce más que por vías legales.

La autoridad de la ley regula el necesario empleo de la fuerza. Por tanto, no hay acciones policíacas de fuerza, salvo contra los transgresores del derecho, y aun esas han de estar aseguradas contra la arbitrariedad por virtud de formas legales. Por tanto, tampoco hay policía política especial.

La libertad del individuo está asegurada como libertad del cuerpo, de la propiedad, del domicilio. Si hay limitaciones es sólo bajo condiciones establecidas legalmente para todos. Incluso el encarcelamiento deja a salvo derechos fundamentales; por ejemplo, no puede tener lugar una detención sin declaración de los motivos, sin interrogatorio dentro de un corto plazo determinado por la ley y sin suministrar al detenido los medios jurídicos para la protesta y la defensa en la mayor publicidad.

4 - A la intangibilidad del derecho de la persona individual humana le pertenece el derecho de participar en la vida de la comunidad. Así, pues, un estado de libertad no es posible más que por la democracia; es decir, por la posible colaboración de todos en la formación de la voluntad general. Todos tienen oportunidad para hacerse valer según la medida de su educación política y la fuerza persuasiva de su convicción.

Todos se hacen valer con el mismo derecho en las votaciones electorales. El secreto de la elección está garantizado. La presentación de candidatos por grupos del pueblo no está limitada. Por virtud de las elecciones, que se repiten en plazos legalmente establecidos, se constituye el Gobierno.

Por tanto, en las democracias el Gobierno puede ser derribado por la vía legal sin violencia, cambiado o reformado, y así ocurre de hecho.

En los regímenes libres democráticos es imposible que los mismos hombres permanezcan indefinidamente en el Gobierno.

A la protección del individuo contra la violencia corresponde la seguridad de todos ante el poder de un individuo. Ni siquiera el mayor

servicio al Estado tiene por consecuencia la intangibilidad del poder de un individuo. El hombre siempre es hombre y aun el mejor es un peligro cuando no está sometido a limitaciones. De aquí que exista una fundamental desconfianza contra el poder permanente, y de aquí que aún el más poderoso tenga que retirarse, al menos por algún tiempo, en el cambio electoral. No hay divinización de los hombres, sino gratitud y respeto hacia aquel que en la situación madura de su poder se retira sin resistencia.

5 - La formación de la voluntad se produce por resolución sobre la base del diálogo de unos con otros.

La libertad exige, por tanto, discusión libre e ilimitada. Esta tiene lugar en el horizonte más amplio sobre la base del conocimiento más completo posible; así, pues, exige la libertad que se conozca lo cognoscible, las noticias, los fundamentos de las opiniones, y esto por toda la población. De aquí la libertad de Prensa, la libertad de reunión, la libertad de palabra. Se puede convencer y practicar la propaganda, pero en libre competencia. No puede haber limitaciones más que en tiempo de guerra, y aún en este caso, sólo respecto a la publicación de noticias, no a la manifestación de las opiniones. Hay también limitaciones por virtud de las leyes penales (defensa contra la injuria, la calumnia, etcétera).

Todo se decide sobre la base del diálogo mutuo. El contrario político no es un enemigo. La libertad sólo se mantiene cuando se está dispuesto a colaborar incluso con el contrario. No hay en principio ningún límite para la negociación (excepto con el delincuente); se trata precisamente de colaborar mediante la conciliación y el compromiso.

6 - Libertad política es democracia, pero por virtud de formas y grados que se han producido históricamente. Excluye el dominio de las masas (la olocracia), que está siempre enlazada a la tiranía. De aquí la primacía de una capa aristocrática que continuamente se está formando y sustituyendo, salida de la población total por virtud del rendimiento, del mérito, del éxito, en la cual el pueblo se reconoce a sí mismo. No es una clase o un estamento, sino una "élite" política. Su formación mediante la educación, el acrisolamiento y la selección que sólo en parte puede ser guiada deliberadamente, es condición de una democracia libre. La democracia exige que ninguna "élite" se consolide y se convierta, de ese modo, en una minoría dictatorial. Debe estar sometida mediante elecciones libres a continua fiscalización, a la prueba de la

confirmación, de tal modo que las personas gobernantes cambian, vuelven, resurgen o desaparecen definitivamente.

7 - Para el encauzamiento de las elecciones y la formación de la "élite" política sirven los partidos. En un régimen libre hay necesariamente varios partidos; por lo menos dos. Partido es, según su concepto y la significación de la palabra, una parte. En el régimen de libertad queda excluido que tengan la pretensión de ser el único partido. Un partido con pretensiones de totalidad contradice la libertad. Su triunfo aniquila la libertad. Así, pues, los partidos libres quieren que existan otros partidos. No quieren exterminarlos. Los partidos en cada caso derrotados forman la oposición, pero están siempre movidos por la corresponsabilidad para el conjunto. Tienen a la vista el momento en que por un cambio en el resultado de unas elecciones pase a sus manos el Gobierno. La existencia efectiva de una oposición es el signo imprescindible de un régimen libre.

8 - A la técnica democrática va unida una manera democrática de vivir. La una sin la otra perecería muy pronto. Un régimen político libre sólo puede sostenerse cuando la conciencia de la libertad en la masa de la población es sumamente sensible respecto a todas las realidades que atañen a esta libertad, de cuya conservación cuida celosamente, por que se sabe lo que ha costado conquistar esta libertad, tanto en el proceso histórico como en la autoeducación del pueblo entero.

La democracia no es posible sin realidad. Tiene que estar conscientemente ligada a la libertad. De otro modo cae en la olocracia y la tiranía.

9 - La libertad política debe hacer posible toda la restante libertad del hombre. La política tiene como finalidad la ordenación de la existencia empírica como base para la vida humana y no como su meta final. Por esta razón en la libertad política hay dos cosas a la vez: la pasión por la libertad y la moderación respecto a los fines inmediatos. Así, pues, el régimen que procura al hombre la máxima libertad ha de limitar la ordenación jurídica a lo necesario para la existencia empírica. La política de la libertad se impurifica cuando en ella se mezclan otros motivos. Y la impureza de la política se convierte en fuente de falta de libertad.

10 - Una nota distintiva del estado de libertad política es la separación de la política y la concepción del mundo. A medida que aumenta la libertad política van quedando excluidas de la política las luchas mo-

tivadas por ideas religiosas (confesionales) y las concepciones del mundo.

En la política se trata de lo que es común a todos los hombres, de los intereses de la existencia empírica independientes del contenido de una creencia, en los cuales todos los hombres pueden entenderse para concederse mutuamente margen de acción mediante la ordenación, el derecho y el convenio.

Se pregunta entonces dónde se coloca lo que no es común a todos los hombres; concepción del mundo, creencia determinada históricamente, todas las tendencias especiales que deben tener su propio campo de acción. Pero lo común es precisamente esto solo: que tengan campo de acción.

Hay en el hombre el impulso de considerar su propia forma de vivir como la única verdadera, de sentir toda existencia que no sea idéntica a la suya como un reproche, como un agravio, de odiarla. De aquí se sigue la propensión a imponer lo propio a todos los demás y configurar en la mayor medida posible el mundo según ello.

La política que alimenta tales tendencias corre hacia la violencia, aumenta la violencia. No escucha, no discute, excepto para salvar las apariencias, sino que somete.

Pero la política, emanada de la voluntad de libertad del hombre, se domina a sí misma por modestiación. Su finalidad está limitada a los intereses de la existencia, en cuanto que aspira a dar margen de acción a todas las posibilidades humanas que no son irremisiblemente enemigas de lo que es común a todos. Es tolerante hacia todo lo que no impulsa por virtud de la intolerancia a la violencia. Tiende a la constante disminución de la violencia.

Esta política está fundada en una creencia que quiere libertad. La creencia puede ser distinta por su contenido, pero es común a los hombres creyentes la seriedad absoluta respecto a la legalidad y rectitud de las situaciones y del acontecer en la sociedad humana. Sólo los hombres devotos son capaces de la grandeza de la veracidad en la acción político-moral.

Como la política afecta, por así decir, a un plano inferior del ser humano, la existencia empírica, claro es que de ella depende todo lo demás —de aquí la responsabilidad y la pasión con que se entra en ella—;

pero no afecta inmediatamente a los elevados bienes de la libertad interior, de la creencia y del espíritu. Lo único que hace es crear las condiciones para ellos.

Como la pasión de la política que se limita sobriamente a su sentido sólo es posible por la creencia, han sido cristianos devotos los que han producido el mundo moderno de la libertad. La creencia no constituye el contenido de la política, sino su orientación.

Las concepciones de fe convertidas en guías de la política son funestas para la libertad. Pues el exclusivismo de la pretensión de verdad aspira a la totalidad y, con ello, a la dictadura y, por tanto, a la anulación de la libertad. En los estados de libertad política los partidos fundados sobre concepciones del mundo son, por eso, rechazados instintivamente y de hecho ineficaces. Movimientos de esta clase son, en la política, enemigos de la libertad. Pues con combatientes por la fe no se puede hablar. Pero en la política se trata precisamente de que todos hablen entre sí y aprendan a ponerse de acuerdo sobre los problemas de la existencia empírica, en los cuales todos los hombres pueden unirse, superando todas sus diferencias de fe, concepción del mundo e intereses.

11 - La conservación de la libertad supone un ethos de la vida colectiva que se ha convertido en Naturaleza cotidiana: sentido para las formas y las leyes, maneras naturales y humanas de trato, deferencias y prestación de auxilio, constante atención al derecho de los demás, disposición nunca rehusada al compromiso en las cuestiones de la mera existencia empírica, ninguna opresión sobre las minorías. En este ethos coinciden todos los partidos eficientes en los regímenes libres. Aun entre conservadores y radicales impera una solidaridad para asegurar los elementos comunes que les unen.

12 - La libertad queda asegurada por una Constitución escrita o no escrita. Sin embargo, no hay ninguna maquinaria absolutamente segura para mantener la libertad. De aquí que en los regímenes libres exista la preocupación de defender como inviolable, incluso contra las mayorías transitorias, algo esencial: la libertad misma, los derechos humanos, el estado de derecho. Este elemento inviolable debe quedar sustraído incluso a una decisión por elecciones y votaciones. Debe haber instancias (repetición de las resoluciones con bastante diferencia de tiempo para dar lugar a la reflexión, plebiscito, tribunal sobre la constitucionalidad de las leyes y disposiciones) que puedan actuar cuando

las mayorías olvidan momentáneamente la base común de su libertad política. Pero tales instancias sólo pueden ser realmente eficaces cuando actúan en coincidencia con el ethos político del pueblo. Ambos tienen que impedir en común que la democracia sea aniquilada por medios democráticos, que la libertad sea suprimida por medio de la libertad. Así pues, ni la vigencia absoluta y abstracta de la técnica democrática; ni, por tanto, la mecánica mayoría por sí sola son, en todos los casos, el auténtico camino para la expresión de la permanente y auténtica voluntad popular. Aunque estas técnicas democráticas son válidas las más de las veces, se necesita, empero, una limitación allí, y sólo allí, donde los derechos humanos y la libertad misma están amenazadas. Entonces, en los casos límites, los principios deben quedar suspendidos para salvar los principios.

No puede haber tolerancia para la intolerancia, cuando ésta no pueda ser considerada con indiferencia como inocua extravagancia privada. No puede haber libertad para destruir la libertad.

13 - No existe una situación de libertad política definitiva capaz de satisfacer a todos. Constantemente surgen tensiones cuando el individuo queda limitado más de lo que es necesario para asegurar iguales posibilidades a todos, cuando se limita la libre competencia, salvo para evitar evidentes injusticias, cuando la desigualdad natural de los hombres y el merecimiento por el esfuerzo y el trabajo no ven reconocido su derecho, cuando muchos ciudadanos no reconocen en las leyes del Estado la justicia de la que ellos, hasta donde alcanza su esfera de acción, ya viven.

Democracia significa que cada cual llegue a valer según su capacidad y sus merecimientos. Estado de derecho significa la aseguración de esta posibilidad y, por tanto, la necesidad de transformar esta seguridad legal conforme a la situación y la experiencia, pero sin violencia; por el contrario, mediante formas jurídicas.

Nunca la voluntad de justicia se siente plenamente satisfecha. A la vista de los peligros que amenazan la libertad política soporta muchas cosas. La libertad política siempre cuesta algo y a menudo mucho en renunciaciones personales, en moderación personal, en paciencia. La libertad del yo no experimenta ninguna limitación por normas en la justicia dependiente de la política siempre que sea posible la lucha legal por la justicia, aunque sea larga y a menudo se fracase en ella.

Para los puestos y cargos que deciden la marcha de las cosas son indispensables siempre elecciones por parte de la población. La democracia formal —el sufragio libre, igual y secreto— no es, sin embargo, ninguna garantía de la libertad; antes bien, es a la vez su amenaza. Sólo sobre ciertos supuestos característicos —un ethos de la vida colectiva, una educación en el diálogo mutuo para resolver los problemas concretos, la defensa absoluta de los derechos fundamentales y humanos, la fundamentación en la gravedad de la creencia— puede confiarse en ella. Sobre todo cuando sin preparación, sin educación previa, es impuesta repentinamente, puede tener la democracia no sólo consecuencias oclocráticas, con la tiranía como resultado final, sino que ya de antemano, puesto que la población no sabe verdaderamente lo que elige, lleva al Poder una camarilla de azar. Los partidos fracasan entonces. En lugar de ser órganos del pueblo son organizaciones autónomas, que, en vez de una “élite”, llevan a la cima “parlamentarios” rutinarios y espíritus subalternos.

La forma en que queda defendido el sentido de la democracia contra la oclocracia y la tiranía, contra las camarillas de partido y la subalterneidad espiritual, es cuestión vital para la libertad. Son menester instancias que refrenen las tendencias suicidas de una democracia formal. La absoluta soberanía de cada mayoría momentánea necesita estar limitada por algo estable; pero esto, a su vez —puesto que siempre son hombres los que ejercen tales funciones—, depende en definitiva de la humanidad nacida de la población y de su auténtica voluntad de libertad. Por ella, en definitiva, tendrían que ser elegidas a su vez esas instancias refrenadoras; pero de tal suerte, que fuesen eliminados los partidos para evitar su omnipotencia.

14 - Todo depende de las elecciones. Conocidos son el sarcasmo con que se habla de la democracia y el menosprecio hacia las decisiones electorales. No es nada difícil ver sus notorios defectos y descarríos y considerar absurdo un resultado electoral o una decisión mayoritaria en determinados casos.

Contra eso hay que afirmar, desde luego y repetidamente, que no hay más camino hacia la libertad que el que pasa por la población. Sólo un radical menosprecio hacia los hombres, de los cuales el menospreciador y sus secuaces se exceptúan, puede preferir el camino de la tiranía. Este camino conduce mediante el nombramiento, por ellos mismos, de grupos aislados, al dominio sobre esclavos que son considerados como menores en su opinión de querer ser libres y a los cuales se les

ahorma mediante la propaganda y se les rodea de bambalinas y bastidores. De esta suerte se produce en el caso más favorable el azar de una dictadura humanitaria.

Ambos, el demócrata y el tirano, se dirigen igualmente al pueblo. El mundo ha entrado en una edad que todo aquel que quiera gobernar debe adoptar esta forma de hablar. Al pueblo se dirige lo mismo el demagogo falaz y malvado que el generoso y el que sirve a la libertad. Cuál es el que tendrá éxito, eso sólo el pueblo puede decidirlo en cada caso; con ello decide también de sí mismo.

Pero aunque sea el pueblo quien en definitiva decide, ha de hacerse lo posible para inducirle a tomar las decisiones debidas. La tiranía inventa métodos, por virtud de los cuales la pregunta al pueblo no es más que mera apariencia entre el estrépito público y por los cuales los hombres (para aprovecharlos como instrumentos utilizables) se adaptan a vivir sin capacidad de juicio. En cambio, la democracia —puesto que la decisión electoral es la única legitimidad que todavía queda— trata de promover la elección justa para que se exprese la verdadera, permanente y esencial voluntad del pueblo.

A la larga, éste es el único método para enseñar a todos los hombres a despertar su verdadera voluntad al hacerlos conscientes por reflexión de esa voluntad. A los hombres no se les ha de enseñar solamente, al modo escolar, destrezas y conocimientos técnicos (por los cuales, cuando no hay otra cosa, se convierten en instrumentos utilizables de la esclavitud con la consigna fascista de “crear, obedecer, combatir”). Los hombres necesitamos formarnos mediante el pensamiento y la inteligencia críticos; necesitamos el mundo histórico y filosófico para ser independientes y capaces de discernimientos. La población en su totalidad ha de ser elevada, en un proceso cada vez más intenso, a grados más altos de cultura, del medio saber al saber cabal, del pensamiento azaroso del momento al pensamiento metódico, para que cada uno pueda remontarse de la dogmática a la libertad. La esperanza para el desarrollo de la mayoría es que en las decisiones electorales acierte consciente y reflexivamente con la mejor.

Otro camino es la educación práctica del pueblo por sí mismo, mediante la participación del mayor número en las tareas concretas. De aquí que la administración municipal libre y responsable sea indispensable para la formación de un ethos democrático. Sólo lo que se ejerce prácticamente en la vida dentro de la esfera más pequeña y más inmediata puede hacer capaces a los hombres para aquello que deben realizar democráticamente en esferas cada vez mayores.

El tercer camino es la organización del proceso electoral mismo. La forma de elección es de suma importancia: así la manera de votar (por candidatos individuales o por listas), la valoración del resultado (mayoría o proporcionalidad), la elección directa o indirecta. No hay en absoluto un único modo justo de elegir. Pero el modo de elegir puede determinar la marcha de las cosas.

Tocqueville había comprendido el profundo sentido del sometimiento a la mayoría a la vista de los acontecimientos de la Revolución francesa. Cuando se adoraba la razón humana, se confiaba ilimitadamente en su omnipotencia y se transformaban a discreción leyes, instituciones y costumbres, en el fondo tratábase mucho menos de la razón humana que de la propia razón. “Nunca se ha mostrado menos confianza en la sabiduría general que la que manifestaron aquellos hombres. “Despreciaban a la multitud casi tanto como a Dios. “El verdadero y respetuoso sometimiento a la voluntad de la mayoría les era tan extraño como el sometimiento a la voluntad divina. Desde aquella época casi todos los revolucionarios han mostrado este doble carácter. Se está muy lejos de aquel respeto que los ingleses y americanos manifiestan hacia la opinión de la mayoría de sus conciudadanos. En ellos, la razón es orgullosa y completa la confianza en sí mismos, pero jamás tras que la nuestra no ha hecho más que inventar nuevas formas de esclavitud”.

Contra la elección se formula desde hace tiempo una objeción: insolente y presuntuosa; de aquí que les haya llevado a la libertad mientras un voto es poco menos que nada. No vale la pena. El procedimiento corrompe el gusto por la publicidad. Rebaja la conciencia de hacer algo con sentido. Aquí hay, en efecto, un punto esencial que debe meditar el hombre democrático moderno. Un voto es poco menos que nada; pero la decisión se produce por la suma de todos los votos, cada uno de los cuales es un voto. Por tanto hoy debemos pensar lo siguiente: Yo voto con toda seriedad y plena responsabilidad y, sin embargo, sé al mismo tiempo lo poco que significa el individuo. La modestia nos es necesaria y en ella la exigencia de hacer cuanto sea posible. La casi absoluta impotencia del voto del individuo está enlazada con la voluntad de que las decisiones de estos individuos en su totalidad lo determinen todo.

15 - Pero y si un pueblo no quiere de hecho libertad, derecho, democracia? Esto no parece posible cuando se sabe claramente lo que quiere, sino tan solo en la obnubilación producida por las desdichas y las pasiones.

Pero aquí está la permanente puesta en cuestión de la libertad. Es menester la preocupación de todos por la libertad. Pues la libertad es el bien más costoso, que nunca adviene por sí mismo ni se conserva automáticamente. Tan sólo puede ser conservado allí donde está presente en la conciencia y se recibe sintiéndose responsable de ella.

Así, pues, la libertad está siempre a la defensiva y, por tanto, en peligro. Allí donde una población ha dejado de presentir el peligro es que la libertad ya casi ha desaparecido. La supremacía cae con demasiada facilidad en la falta de libertad y su organización de la violencia.

16 - Contra el ideal político de la libertad hay, como contra todo ideal, poderosas refutaciones nacidas de la realidad: la libertad se ha mostrado como imposible. Pero la libertad del hombre es, a su vez, el origen a partir del cual puede hacerse real para la experiencia lo que se tenía por imposible por virtud de las experiencias anteriores.

La diferencia estriba en si elegimos el camino de la libertad partiendo de la creencia en Dios y con la conciencia de los deberes de la dignidad humana y nos mantenemos, con ilimitada paciencia y perseverancia a través de todas las desilusiones, o si, en el tergiversador triunfo de la pasión nihilista, nos abandonamos al destino de ser destruidos en nuestra esencia como hombres por otros hombres.

La nota característica de un estado libre es la fe en la libertad. Es suficiente que se intenten aproximaciones al ideal de la libertad política y que sean alcanzadas, aunque sea con grandes deficiencias. De ahí surge el estímulo alentador para el futuro.¹⁵

15 - Karl Jaspers: Origen y meta de la historia, ps. 173 - 183, Revista de Occidente, Madrid 1950.

SEMINARIO SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

SEGUNDO SEMINARIO COLOMBIANO DE METODOLOGIA

A fines del mes de septiembre y principios del mes de octubre de 1970 el Profesor Visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico, Profesor William Headrick, participó en el Segundo Seminario Colombiano de Metodología. El programa del mismo fue el siguiente:

I FASE

Lunes, 28 de septiembre 9:00 a.m. a 12:00 m.

Mesa redonda: Objetivos de la educación jurídica. Coordinador: Profesor William Headrick.

3:00 p.m. a 4:00 p.m.

Clase Demostrativa: Profesor Gonzalo Figueroa.

6:00 p.m. a 7:00 p.m.

Clase Demostrativa: Profesor Gonzalo Figueroa.

7:00 p.m. a 8:00 p.m.

Crítica y Discusión de las dos clases anteriores. Coordinador: Profesor William Headrick.

Martes, 29 de septiembre 9:00 a.m. a 12:00 m.

Mesa redonda: Metodología de la Enseñanza del Coordinador: Profesor Gonzalo Figueroa.

3:00 p.m. a 5:00 p.m.

Clase demostrativa: Profesor William Headrick.

5:00 p.m. a 6:00 p.m.

Crítica y Discusión de la clase anterior. Coordinador: Profesor Alfredo Casas.

Miércoles, 30 de septiembre 9:00 a.m. a 11:00 a.m.

Clase demostrativa: Profesor Alfredo Casas.

11:00 a.m. a 12:00 m.

Crítica y discusión de la clase anterior. Coordinador: Profesor Gonzalo Figueroa.

Tarde Preparación individual de informes acerca de la Metodología de la Enseñanza del Derecho, que deben ser entregados en la noche.

Revisión por los participantes de los diversos materiales de enseñanza que serán expuestos.

Jueves, 10 de octubre 9:00 a.m. a 12:00 m.

Mesa redonda: Preparación de materiales de enseñanza. Coordinador: Profesor William Headrick.

3:00 p.m. a 5:00 p.m.

Lectura individual de los informes preparados por los participantes.

6:00 p.m. a 8:00 p.m.

Mesa redonda: Discusión de los Informes. Coordinador: Profesor Alfredo Casas.

II FASE

Viernes, 2 de octubre.

Preparación individual de los materiales por los participantes.

Sábado, 3 de octubre

Mañana,

Continuación de la preparación individual de materiales.

12.00 m.

Entrega de los materiales para su reproducción.

3:00 p.m. a 5:00 p.m.

Mesa redonda: (Tema tentativo: Pensums).

Coordinador: Profesor Gonzalo Figueroa.

Domingo, 4 de octubre.

Libre.

III FASE

Lunes 5, Martes 6, Miércoles 7, Jueves 8 de octubre.

Clases demostrativas de los participantes, seguidas de crítica y discusión.

Viernes, 9 de octubre

Sesión de evaluación.

Introducción.

El informe presentado a la Facultad de Derecho por el Profesor Headrick sigue a continuación:

Tuve el honor de asistir en calidad de profesor visitante al Segundo Seminario Colombiano de Metodología de la Enseñanza del Derecho, celebrado a principios del mes de octubre de 1970. El Seminario fue una reunión de profesores de Derecho, colombianos en su mayor parte, con el fin de discutir un supuesto muy realista: que la mayoría de los profesores carecen de conocimientos pedagógicos, que limitan gravemente su efectividad.

Y es un hecho indudable que en numerosísimas ocasiones, un joven jurista es nombrado como profesor después de haber terminado con éxito una carrera de estudios, y haber obtenido títulos postgraduados, dotado consiguientemente de una gran preparación académica, pero desprovisto por completo de nociones pedagógicas. Algunos profesores nuevos, los que tienen la enseñanza en la sangre por así decir, experimentan con sus estudiantes hasta descubrir intuitivamente un método pedagógico válido y eficaz; pero en la gran mayoría de los casos, el profesor recién nombrado se las arregla como puede, tratando de imitar el método de los maestros que lo anteceden y con quienes él aprendió el Derecho.

De esta forma se ha perpetuado un método didáctico supremamente estéril y contraproducente, al que puede atribuirse en gran medida el desprestigio en que han caído los abogados en nuestro siglo. Este método consiste en dar conferencias, que año tras año se van repitiendo, sin que el profesor tenga que hacer un esfuerzo, sino la primera vez que las prepara, y ante las cuales los alumnos adoptan una actitud pasiva, de asimilación de las palabras del maestro, a veces bien, otras veces mal reproducidas en sus apuntes, que luego se aprenden, por su contenido

y a veces de memoria, para repetirlas al día del examen. A través de este método didáctico, el Derecho degenera en una mera ciencia descriptiva, que se pretende dominar tan pronto se conocen sus principios y reglas generales.

Hace falta, pues, una renovación de la metodología de la enseñanza jurídica. Los Seminarios colombianos tienen precisamente por finalidad esta renovación. Están organizados por una asociación de decanos de Derecho, quienes contratan profesores visitantes conocedores de los problemas de la metodología, y les confían a sus profesores recién nombrados y a aquéllos que, sin ser neófitos, desean mejorar la calidad de su enseñanza. Durante los tres primeros días del Seminario, se celebran por la mañana mesas redondas sobre los fines de la educación jurídica, los diversos métodos de enseñanza y la selección de lecturas que se brindarán a los estudiantes para que se preparen para las clases. Por las tardes, durante estos mismos tres días, los profesores visitantes dan cada uno una clase "demostrativa" de una a dos horas, que se somete al enjuiciamiento crítico de los demás. Pasada esta etapa, los profesores participantes hacen a su vez clases "experimentales" en que tratan de aplicar un mejor método, para lo cual cuentan con la colaboración activa de los demás participantes y visitantes, quienes hacen el papel de alumnos.

No resulta necesario insistir en el Seminario sobre la superioridad del método activo de la enseñanza. Tan pronto hayan asistido a las mesas redondas y visto un par de clases demostrativas, los profesores participantes se convencen de las ventajas de este método.

La enseñanza del Derecho presenta básicamente los mismos problemas pedagógicos que la enseñanza de los idiomas o de la matemática. Es una ciencia en la que el estudiante debe formar una cierta destreza en el razonamiento y desarrollar una facilidad de aprovechamiento creador de su materia. Necesita una serie de aptitudes lógicas, la primera de las cuales es la de poder descubrir, en una situación fáctica determinada, la cuestión o las cuestiones jurídicas que encierra y después viene la capacidad de interpretar textos legislativos, de consultar doctrina, de investigar la jurisprudencia y sobre todo la de apreciar estos elementos en forma crítica. En una palabra, necesita ante todo adquirir un criterio jurídico. Y esto no se hace memorizando apuntes de clase, sino razonando activamente durante toda la carrera, a fin de saber razonar cuando la carrera ha terminado. Se logra a través de ejercicios de aprovechamiento de los conocimientos a través de lecturas hechas en casa. El papel del profesor es el de un interrogador de toda la clase, que pro-

cura dar intervención al mayor número posible de alumnos, a fin de que aprendan a analizar las fuentes del derecho y a utilizarlas en la solución de problemas específicos, que pueden ser improvisados en clase si son fáciles, o entregados a los estudiantes con antelación, si son difíciles o complicados.

La cuestión más debatida en torno a este método activo es la de si el profesor debe o no expresar una opinión propia. Estudiantes acostumbrados a clases magistrales exigen las opiniones de sus maestros, a fin de poder seguirlos. Pero es precisamente lo que no debieran hacer, desde el momento en que el fin que la educación jurídica se propone es lograr que formen opiniones propias y adquieran criterio jurídico propio. Ante tan delicada cuestión no se pudo producir el acuerdo de todos, pero sí se reconoció que si el profesor ha de expresar una opinión personal, debe hacerlo señalando a los estudiantes que es opinión y no simple hecho y en lo posible contrastarla con otra opinión, que puede haber sido proporcionada a los estudiantes a través de sus lecturas.

Las últimas sesiones del Seminario se dedicaron a un estudio de los considerables problemas prácticos que presenta el método activo en una universidad acostumbrada a la clase magistral: la necesidad de seleccionar lecturas para los cursos y de mimeografiarlas, la de lograr que se reduzca la tarea docente de los profesores para darles el tiempo necesario para introducir el nuevo método, y que se reduzcan las horas de clase a que se someten a los estudiantes, que prácticamente no les dejan tiempo para estudiar fuera de clases. Son problemas de gran magnitud, pero que los decanos están dispuestos a resolver.

Tomado de *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Nº 37, Año X, ps. 161-163.

VIII CONGRESO INTERAMERICANO DE FILOSOFIA

Por el interés que tiene para el incremento de la Filosofía en los países del Continente Americano y por el valor intrínseco del evento, quiero referirme a título informativo al VIII Congreso Interamericano de Filosofía que tendrá lugar dentro de pocos meses en Brasilia.

Para celebrar el 150 aniversario de la Independencia del Brasil, el Instituto Brasileño de Filosofía patrocinará el VIII Congreso Interamericano de Filosofía en la novísima capital brasileña durante los días 30 de octubre al 4 de noviembre próximos venideros.

El VIII Congreso Interamericano de Filosofía desarrollará el programa siguiente: dos temas generales, a saber: "Cultura y Existencia", y "Lógica e Información" con cuatro sesiones plenarias cada día; y cinco temas especiales, a saber: "Filosofía social y jurídica", "Metafísica y filosofía de la religión", "Historia de la filosofía y Filosofía de la Historia", "Metodología de las ciencias" y "Arte y Comunicación".

La Comisión ejecutiva del VIII Congreso Interamericano de Filosofía está integrada de la manera siguiente: Presidente: Profesor Miguel Reale, Rector de la Universidad de Sao Paulo y Presidente de la Sociedad Interamericana de Filosofía; Vice-presidente: Profesor Amadeo Curry, Rector de la Universidad de Brasilia; Coordinador General: Profesor Irineo Strenger; y Coordinador en Brasilia, Profesor Roberto Lyra Filho.

Participarán en el VIII Congreso Interamericano de Filosofía con su asistencia y lectura de ponencias eminentes filósofos de América y de Europa. Todas las ponencias serán publicadas posteriormente en las Memorias del VIII Congreso Interamericano de Filosofía.

VIII CONGRESO INTERAMERICANO DE FILOSOFIA

Por el interés que tiene para el desarrollo de la Filosofía en los países del Continente Americano y por el valor intrínseco del evento, quiero reiterar a dicho organismo el VIII Congreso Interamericano de Filosofía para que pueda tener lugar dentro de los meses de 1971.

Para celebrar el 100 aniversario de la independencia del Brasil, el Instituto Brasileño de Filosofía patrocinará el VIII Congreso Interamericano de Filosofía en la ciudad de Curitiba durante los días 30 de octubre al 4 de noviembre próximos.

El VIII Congreso Interamericano de Filosofía tendrá lugar en Curitiba, Paraná, Brasil, en las ciudades de Curitiba y Londrina. El programa de actividades será el siguiente: Filosofía social y jurídica; "Metodología y filosofía de la ciencia"; "Filosofía de la filosofía y filosofía de la historia"; "Metodología de las ciencias"; "Arte y Comunicación".

La Comisión Ejecutiva del VIII Congreso Interamericano de Filosofía está integrada por los señores siguientes: Presidente: Profesor Miguel Ángel Ballester de la Universidad de Sao Paulo y Presidente de la Sociedad Interamericana de Filosofía; Vice-presidentes: Profesor Américo Córdova Rector de la Universidad de Brasilia; Coordinador General: Profesor Hércules Sampaio y Coordinador en Brasil: Profesor Roberto Lira Filho.

Participarán en el VIII Congreso Interamericano de Filosofía con su asistencia y lectura de ponencias o trabajos filosóficos de América y Europa. Todas las ponencias serán publicadas posteriormente en las Memorias del VIII Congreso Interamericano de Filosofía.

COMENTARIOS DE LIBROS

LA BIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO COMO PRESUPUESTO PARA EL DUALISMO METODICO DE EMIL LASK

Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask, Verlag Anton Hain, Meisenheim am Glan, 1970.

Por Tercio Sampaio Ferraz.

Tercio Sampaio Ferraz, ciudadano brasileiro, doctor en derecho y en filosofía, autor del libro cuyo título encabeza estas líneas, es un destacado profesional e intelectual de las nuevas promociones con que cuenta su país. Los estudios de derecho los hizo en la Universidad de Sao Paulo y tuvo como profesor y amigo al eminente filósofo del derecho Dr. Miguel Reale. Y los estudios de filosofía general y de filosofía del derecho los hizo en la Johannes Gutenberg Universität de Mainz (Manguncia) junto a eminentes profesores como Fritz Joachim von Rintelen y Theodoro Wiewweg, etc. Yo tuve el placer de conocer a este distinguido intelectual en la Gutenberg Universität durante mi visita a dicha institución en el verano de 1966. Entonces Sampaio Ferraz iniciaba la preparación de este libro con el fin de presentarlo como tesis de grado. Al cabo de poco tiempo su ideal se ha convertido en realidad y su autor ha entregado a la cultura filosófica contemporánea una de las investigaciones más serias y técnicas en el campo de la filosofía del derecho. Por su don de gentes y por sus méritos intelectuales se ha hecho digno de la Beca Humboldt, alto galardón creado por Alemania Federal para estimular a profesionales extranjeros capaces de llevar a cabo investigaciones que impulsen el progreso de las ciencias.

"La bidimensionalidad del derecho como presupuesto para el dualismo metódico de Emil Lask" es un tema de permanente actualidad en la problemática jusfilosófica del último medio siglo. Está incrustado, como si fuera su nervio y esencia, en una de las escuelas o tendencias de filosofía del derecho del siglo xx, es decir, en la llamada escuela neokantiana de Baden, a la cual pertenece justamente como su culminación el afamado jurista y filósofo del derecho Gustavo Radbruch. No se puede investigar ni hacer hoy en día filosofía del derecho pasando por alto las reflexiones luminosas y fecundas de Lask sobre la realidad y el valor del derecho. La filosofía del derecho de Radbruch, por ejemplo, como lo reconoce su autor desde las palabras iniciales, no es otra cosa que un desarrollo de ideas esbozadas ya por Lask. Fue en la escuela neokantiana de Baden, hogar espiritual de Emil Lask, donde se acuñaron conceptos fundamentales de la filosofía del derecho aún vigente.

El libro en cuestión contiene una introducción y seis capítulos que serán reseñados brevemente en las líneas a continuación. La introducción comprende tres numerales, a saber: 1) El método de interpretación de los sistemas filosóficos; 2) Emil Lask, y 3) Objeto del presente libro.

La interpretación de un sistema filosófico se lleva a cabo por dos vías: o la de la crítica, o la del análisis estructural. La crítica se refiere al problema de las fuentes, los cambios y la evolución de un pensar. El análisis estructural, por el contrario, se ocupa de las demostraciones y argumentaciones de un filósofo. Víctor Goldschmidt habla en este sentido de dos métodos de interpretación: el dogmático y el genético, pero se pregunta por un tercer método que podría resultar de investigar a la vez la teoría y el método de un autor, el movimiento mismo del pensamiento.

Emil Lask nació en Wadowice (Polonia) en 1875, estudió con Windelband y Rickert y a los 25 años de edad fue promovido al profesorado. Sus libros son: *El idealismo de Fichte y la historia* (1902), *Filosofía del derecho* (1905), *Lógica de la filosofía y teoría de las categorías* (1910) y *La teoría del juicio* (1911). Su muerte se produjo en 1915 mientras prestaba servicio militar en el frente de batalla.

El objeto o meta que Sampaio Ferraz se propone alcanzar en su libro es una interpretación de los problemas fundamentales de la *Filosofía del derecho* de Lask a la luz de sus escritos lógicos ulteriores. En verdad el prestigio de Lask descansa en su *Filosofía del derecho* antes que en sus

escritos de lógica y metodología, puesto que en ella se ensaya por primera vez la elaboración de la noción de valor en la esfera jurídica y comprueba su relación con otras ramas del derecho.

Con la *Filosofía del derecho* conquistó Lask una esfera en sí y propiamente tal de valor. La investigación de Lask sobre el modo de valor en la esfera jurídica tiene conexión con la pregunta por el método de la filosofía del derecho y de la jurisprudencia. Bajo el presupuesto que la realidad del derecho tiene una dimensión real y valorativa a la vez, busca determinar Lask la oposición entre método jurídico y método jusfilosófico como también la oposición entre consideración de la realidad jurídica y consideración del valor del derecho. A esto llama Lask "*bidimensionalidad*" de la manera de reflexionar sobre el derecho. Y a la distinción metódica de valor y realidad llama Lask *dualismo metódico*. Antes de aclarar los conceptos de realidad y valor en el derecho, Sampaio Ferraz analiza los presupuestos del pensamiento de Lask.

El capítulo I comienza con la explicación de las circunstancias bajo las cuales Lask escribió su pequeño manual de filosofía jurídica y continúa con la demostración de cómo la dominación científica del positivismo condicionó la toma de posición de Lask frente a la escuela de derecho natural por una parte, pero también frente al positivismo y a la necesidad de superarlo por la otra. Contiene además la crítica del derecho natural tanto bajo su aspecto formal como material, y la crítica del empirismo jurídico tanto bajo la forma de la escuela histórica como del simple positivismo jurídico. Finalmente señala la imperiosa necesidad de superar la oposición de derecho natural y empirismo jurídico con base en los elementos sacados de la misma experiencia.

El capítulo II inicia la discusión de los presupuestos indicados por Lask. No se puede entender la problemática de la filosofía jurídica, sin un previo reconocimiento de la dualidad de los fenómenos del derecho. Una explicación que se basa exclusivamente en la teoría del conocimiento, como es el caso de las teorías de H. Cohen y R. Stammler, no es suficiente. Windelband y Rickert aportaron a la filosofía del derecho el concepto de valor. El valor es una mera vigencia. Carece de existencia, pero tampoco es una pura nada. Es un medianero entre el ser y el no ser. Del valor sólo se puede predicar que vale. La filosofía del derecho tiene ante sí la tarea de investigar y fundamentar los valores del derecho. En ambos maestros de la escuela neokantiana de Baden, Windelband y Rickert, subsiste la separación entre Filosofía y Empiric. Para Lask no hay otro camino a seguir que el dualismo señalado por sus maestros.

El capítulo III entra a fondo en el problema de la dualidad de teorías del mundo. Platón y Aristóteles desarrollaron ciertamente una metafísica dual. Lask critica a Aristóteles el haber aplicado un mismo sistema de categorías al conocimiento de dos mundos distintos. Y manifiesta que fue Plotino quien por primera vez estableció una correspondencia entre la dualidad de mundos y de categorías. Plotino empero permaneció atado al mundo supersensible.

Lask distingue en la interpretación de la filosofía neokantiana los problemas de la estructura y cognoscibilidad de los objetos. Con esto separa Lask la teoría de la estructura del objeto de la teoría del conocimiento de H. Cohen. Y apoya su análisis del problema de la cosa en sí (*Ding an sich*) no en el concepto de *sujeto* sino en el concepto de *objeto*. Cada objeto tiene su estructura según una inmanencia lógica.

En el capítulo cuarto trata Lask de la estructura del objeto. Encuentra en el objeto una articulación que le conduce a un cambio de la estructura de su teoría de la duplicidad del mundo. El objeto se divide en el momento de la objetividad —la forma— y el de lo objetivo —la materia. Forma y materia son los dos miembros articulados del objeto. Por forma entiende la no independencia del valor y su necesidad, es decir, su ser en otro y para otro. La esencia de la forma yace en su carácter de valor actual. La forma no vale simplemente, sino que vale actualmente. La materia muestra en el objeto una forma categorial, empero la materia permanece alógica, esto es, la materia no deja de ser materia en el objeto, está solamente en forma lógica. Ello consiste en una mera vestidura de forma y materia en una totalidad. Los miembros de la estructura de sentido y estructura del objeto son los mismos. Ambos tienen la misma articulación. Sentido y objeto coinciden.

Con ello llegamos a una esencial transformación de la teoría de la duplicidad del mundo. No se puede hablar más de dos mundos sino de dos elementos.

Una exacta determinación de estos dos elementos conduce a Lask a una teoría propia de la irracionalidad. La esencia de la forma lógica yace en su carácter de valor actual. La forma no produce la materia. Su rol consiste en un mero abarcar la materia. Por su parte la materia conserva en este abarcar su carácter de irracional. El concepto de irracionalidad ciertamente es multívoco. Lask distingue la irracionalidad como ilogicidad, la irracionalidad como carencia de lógica y la irracionalidad como impenetrabilidad lógica o no racionalidad. Materia carente de lógica

no solamente puede ser la materia sensible sino también la misma forma. Así se abre el camino para que la forma misma pueda ser considerada como materia y para que a ella también se le encuentre una estructura articulada. Así empero se justifica la transferencia del problema de las categorías de la esfera del ser a la esfera del valor.

El principio de diferenciación de Lask es algo puramente *material*. Por un continuo ingreso de los momentos materiales determinantes de la significación se llega a una especie de escala cargada de significación, a una forma fundamental (*Grundform*). A ésta llama Lask categoría regional. Bajo ella están las categorías particulares. El *Ser* es una categoría regional. También puede designarse con el nombre de categoría de objeto. Junto al *Ser*, ve Lask, como su análogo, el *Valer*, que es una categoría regional para el valor.

Esta transferencia del proceso de diferenciación no va hasta el infinito. Lask señala una disminución del número de las categorías a medida como se asciende en los planos del sentido teórico. En el primer plano está el *material* alógico. en el segundo plano están las diversas *formas*. Empero sobre el segundo plano no hay una nueva categoría. Todo termina con esta *forma de forma* que se llama *Valer*.

El quinto capítulo trata de la distinción entre objeto de conocimiento y material de conocimiento. Lo primero es el sentido teórico y lo segundo es la materia del sentido teórico. Esta distinción se aclara con la consideración de la diferencia entre conocer y experimentar (*Erleben*). La experiencia o vivencia es entrega a la *materia*. La materia es accesible a la experiencia de manera inmediata. El conocer es también entrega a la materia, pero ésta le es dada en forma mediata, es decir, a través de la forma. Lask caracteriza esta mediatización del conocer a la materia como *intencionalidad*.

Con la distinción anterior evita Lask tanto el racionalismo como el irracionalismo. Distingue dos especies de irracionalismo. De una parte la especie que equipara la vida irracional y el conocimiento teórico, y de otra parte la especie que sostiene una vivencia inmediata de lo no sensible, pero que rechaza que esta vivencia sea conocimiento. En relación con la primera especie, Lask rechaza que la intuición en general sea un órgano de la especulación y conocimiento. La intuición es en verdad un órgano de la vida, pero en sí no es conocimiento. En la segunda especie tiene fundamento para Lask el temor ante la misión del conocimiento para anular la irracionalidad y transformarla en pura racionalidad. Lask

empero observa, si con un recto concepto del conocimiento no se convierte en pregunta la irracionalidad de la vivencia inmediata. Su posición es media entre irracionalismo y racionalismo. Brevemente dicho: irracionalidad de la materia, pero no irracionalismo; racionalidad de la forma, pero no racionalismo.

Y finalmente el capítulo sexto tiene que ver con la reflexión sobre el derecho. El derecho es una estructura de sentido en la cual la norma es la forma y los fines propuestos por la vida son la materia. Además estos elementos son empíricos e históricos. Por historicidad no entiende Lask la mera temporalidad, sino la irreversibilidad tempo-espacial de un fenómeno individual que no se deduce de ningún principio abstracto. Lo empírico significa para él lo sensible y no fundante. La realidad jurídica es empírica, porque es perceptible. Empero es en especial empírica, porque no es fundante. No obstante, la realidad jurídica puede también ser estudiada como fundamento. De ahí la diferencia entre filosofía del derecho y ciencias empíricas del derecho. La primera investiga fundamentos, y la segunda considera el contenido positivo desde un punto de vista histórico.

A esta manera de considerar el derecho desde dos puntos de vista llama Lask bidimensionalidad. Ella supone una coincidencia del valor y del substrato del valor.

Con su teoría del valor Lask se vuelve contra sus maestros W. Windelband y H. Rickert y se acerca a la posición de N. Hartmann y M. Scheler. Como estos dos últimos, Lask combate también el relativismo de los valores. En discrepancia con Hartmann y Scheler coloca Lask el valor absoluto en una escala más alta. Para estos dos filósofos el valor absoluto yace —según la terminología de Lask— en el estrato de la oposición, que es un producto de la actividad subjetiva. El valor absoluto para Lask, empero, es superposición y yace fuera del alcance de la esfera subjetiva.

En la investigación de los valores jurídicos encuentra Lask una doble posibilidad de ordenamiento del derecho en conexiones de valor. Ora buscando el valor jurídico exclusivamente en el perfeccionamiento de la personalidad moral, ora haciendo prevalecer la opinión de que al orden y organización de la existencia comunitaria le sea inherente la autoridad. Lask se decide por la segunda alternativa y determina el valor jurídico como un tipo de valor social.

La norma tiene para el jurista una significación empírica, es decir, que él no busca, como el filósofo, su último fundamento, sino que permanece en una consideración por decirlo así despotencializada. Para el jurista la validez de la norma yace en la voluntad de la comunidad. Empero esto no significa un tributo al psicologismo, porque la voluntad de la comunidad tiene para Lask un carácter jurídico.

La distinción entre filosofía del derecho, jurisprudencia y teoría social del derecho, conduce finalmente al problema de la tridimensionalidad del derecho. Gustavo Radbruch desarrolló con base en Lask un tridimensionalismo genérico y abstracto. Una forma más elaborada y exacta de la estructura ontológica del derecho es el tridimensionalismo jurídico específico y concreto, cuya paternidad corresponde a Miguel Reale, maestro de Tercio Sampaio Ferraz. El libro en comento termina con un remate lógico inevitable.

Benigno Mantilla Pineda.

EL ABUSO DEL DERECHO

Lino Rodríguez-Arias Bustamante - EJEА, Buenos Aires 1971.

Es muy respetable ya el aporte hecho por el profesor doctor Lino Rodríguez-Arias Bustamante a las disciplinas jurídicas en las áreas concretas del derecho privado, del derecho político y de la filosofía del derecho. Basta recordar aquí lo que podríamos llamar sus obras mayores: *Ciencia y filosofía del derecho* (1961), *La democracia y la revolución en la sociedad comunitaria* (1966) y *Derecho de obligaciones* (1965), fruto genuino de la investigación y del ejercicio de la cátedra universitaria.

El abuso del derecho, libro editado por EJEА en 1971, fue primero un artículo publicado por la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (1954-1955). En la edición de EJEА la parte relacionada con el *Derecho iberoamericano*, según palabras de su autor, aparece "planteada con un nuevo estilo y totalmente remozada". La actualidad del tema y problema, el tratamiento adecuado y completo que recibe este asunto en manos de Rodríguez-Arias Bustamante, junto a la necesidad apremiante de literatura de esta clase, justificaban plenamente la re-edición de EL ABUSO DEL DERECHO.

En el estudio de los precedentes históricos de la teoría del abuso del derecho, Rodríguez-Arias Bustamante recoge en apretada síntesis lo que al respecto aparece en el derecho romano, en la Edad Media y en los derechos canónico y musulmán. Luego pasa revista en un capítulo que titula *derecho comparado* a las legislaciones más importantes de la actualidad, a saber: Derecho francés, derecho alemán, derecho suizo, derecho italiano, derecho ruso, derecho polaco y la jurisprudencia anglosajona. La revista anterior continúa en el capítulo sobre el derecho iberoamericano en el que cabe la distinción entre las legislaciones que no consagran expresamente el abuso del derecho y las que lo consagran expresamente.

La legislación colombiana no consagra expresamente el abuso del derecho. Transcribo a continuación lo que a propósito de la misma recoge Rodríguez-Arias Bustamante. "Por lo que respecta al *Código Civil Colombiano* (1873), Arturo Valencia Zea considera que tanto el Código Civil como el de Procedimiento civil y la jurisprudencia nacional han hecho importantes aplicaciones de la doctrina del abuso. Entre otras tenemos las siguientes:

a) - Según el artículo 178 del C. C., el marido tiene derechos para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a dondequiera que trasla-

de su residencia; pero este derecho cesa cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer", lo cual indica que es susceptible de abuso.

b) - El artículo 262 del C. C. otorga al padre la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos; y el 315 le quita ese derecho cuando maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño, lo cual es otro caso de abuso.

c) - Cuando el padre administra los bienes del hijo en forma negligente, da motivo para que la ley le suprima tal administración (artículo 299 del C. C.) y de la misma manera la simple ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, es causal de extinción de la patria potestad (artículo 310 del C. C.). También abusan de su derecho el tutor o curador cuando descuidan la administración de los bienes del pupilo (artículo 628 del C. C.).

d) - El artículo 1002 del C. C., establece que cualquiera puede cavar en su finca un pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo.

e) - La renuncia intempestiva de un socio cuando tiene ese derecho puede constituir abuso, especialmente cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales; y por lo tanto, aun cuando el socio tenga interés en retirarse debe aguardar para ello un momento oportuno (artículo 2138 del C. C.).

f) - Los apoderados tienen el derecho de renunciar, pero la renuncia no pone término al poder si no queda sustituido en remplazo, o no se hace saber por notificación personal al poderdante sustituidor (artículo 265 del C. de P. C.).

g) - El acreedor puede secuestrar bienes del deudor para hacerse pagar judicialmente; pero si el demandado comprueba que hay exceso en el secuestro, debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante (artículo 283 del C. de P. C.).

También la Corte Suprema ha ampliado estos casos de abuso, y así ha sostenido que abusa de su derecho, el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costo-

sa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminentemente fallo adverso".

Markovitch distingue en el desarrollo de la doctrina del abuso del derecho dos fases: 1ª, la que Campión llama la fase inconsciente y fragmentaria que se extiende hasta fines del siglo XIX; y 2ª la fase moderna que comienza con una nota de Esmein en Sirey de 1898. Estas fases, según Rodríguez-Arias Bustamante quedan reducidas a la adopción de dos criterios diferentes: a) La fase de la teoría estrecha: el criterio subjetivo o psicológico; y b) La fase de teoría amplia: el criterio objetivo, de orden económico y social. En la primera prevalece el principio de la intención de dañar; y en la segunda, la consideración de la utilidad del acto. Ambos criterios han sido ampliamente discutidos sobre todo por los juristas franceses.

La teoría del abuso del poder tiene relación por supuesto con otras instituciones jurídicas. Ha sido necesario deslindarla respecto de la moral, del fraude a la ley, de la desviación de poder y de los conflictos de derechos.

A qué categoría de actos pertenece el abuso del derecho? Jossierand distingue tres clases de actos: el ilegal, el ilícito y el excesivo. Los juristas se hallan divididos respecto a la categoría del acto abusivo del derecho. En opinión de Rodríguez-Arias Bustamante la teoría del abuso del derecho participa de las tres clases de actos.

La posición de Rodríguez-Arias Bustamante respecto de la teoría del abuso del derecho es innovadora y renovadora. Utiliza una metodología inversa a la usada hasta ahora: en vez de partir de los derechos subjetivos para arribar más adelante a los derechos sociales, va de lo objetivo a lo subjetivo, porque el orden social preexiste a todos los derechos individuales, que no son más que su proyección. Por este camino se llega a la conclusión de que en el abuso del derecho juegan tres conceptos fundamentales: a) el concepto del derecho en su relación funcional con los otros derechos de los asociados; b) el concepto del uso normal del derecho tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo; c) los criterios de la equidad y de la buena fe, que guían al titular del derecho en su uso y ejercicio, orientándole hacia una concepción civil y moderada de sus prerrogativas sociales.

En las páginas del libro que comentamos logra su autor imprimir una nueva orientación a la teoría del abuso del derecho. El fin principal perseguido por el autor es que se proyecten y acojan sus conclusiones en el Código Civil Español.

Benigno Mantilla Pineda.

Se encuentra en circulación el Nº 6 de la revista *Estudios de Derecho Laboral* que dirige la Dra. Ruth Jaramillo de Ramírez. Esta importante publicación trimestral ha venido a llenar un vacío que desde hace tiempo era sensible entre los abogados colombianos, en particular entre quienes se dedican al Derecho del Trabajo.

Se trata de una bien planeada revista especializada en Derecho Del Trabajo, que permite a sus lectores mantenerse al día en materia de legislación y Jurisprudencia.

Todo el contenido del número seis es de gran importancia. Sin embargo, cabe destacar el especial interés de la sentencia mediante la cual la Corte Suprema de Justicia anula el Laudo proferido en el conflicto colectivo planteado a la empresa SAM por un Sindicato gremial, sentencia en la cual la Corte establece claros criterios de interpretación acerca de la capacidad de los Sindicatos gremiales para presentar y discutir su propio pliego de peticiones a la luz de lo establecido por la ley 48 de 1968, y las limitaciones existentes.

Es también de suma importancia otra sentencia que aparece en esta edición de Estudios De Derecho Laboral, por la cual la Corte, al resolver un recurso de homologación, define con claridad algunos aspectos sobre la incompetencia de los Tribunales de Arbitramento para efectuar la clasificación de los servidores del Estado entre Empleados públicos y trabajadores Oficiales, señalando que la facultad otorgada por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, es privativa de la respectiva entidad de Derecho Público.

Por otro lado, viene al caso llamar la atención sobre la importante doctrina que sobre la permanencia del fuero Sindical, cuando su pretendida desaparición se funda en actos inexistentes, doctrina esta que aparece sentada en Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, la cual aparece íntegramente transcrita en el número de *Estudios de Derecho Laboral* que se encuentra en circulación.

Los Nos. anteriores: 1 - 5 son igualmente de gran interés para los jueces y abogados.

Alberto León Gómez Zuluaga.

HACIA UN NUEVO DERECHO MERCANTIL

Joaquín Garrigues - Editorial Tecnos - Madrid, 1971.

El profesor Garrigues, quien por más de cuarenta años ha desempeñado el magisterio, es uno de los comercialistas que han vivido más cerca la evolución del derecho mercantil en España.

En la obra en mención nos habla de los problemas que suscitan la sociedad anónima y la reforma de la empresa - además encontramos algunas cartas cruzadas entre Ortega y Gasset y Joaquín Garrigues y algunos discursos de Garrigues en la Universidad Central sobre la unificación internacional del Derecho Mercantil.

El tema central desarrollado en la obra es la Sociedad Anónima. Hablando de la democratización de la Sociedad Anónima en el siglo XIX, estudia el autor la independencia frente al Estado e igualdad de derechos entre los accionistas. Dice que *El Código de Comercio Español* es una gran expresión de esta tendencia de separación. Hablando de la socialización de la Sociedad Anónima en el aspecto externo dice y sostiene que ha habido una debilitación del propósito de lucro y en el aspecto interno habla de la oposición entre accionistas y administradores y de los diversos grupos de accionistas entre sí— Encuentro como tesis a este respecto que la lucha económica, que es presupuesto de todo contrato oneroso, constituye un elemento constante de la sociedad anónima.

En ésta, mejor que en ninguna otra clase de sociedad, se percibe que no existe esa comunidad de intereses en los participantes con que algunos autores quieren diferenciar el contrato de sociedad de los demás contratos cuando afirman que la sociedad crea un interés común y no un interés contrario, o que en la sociedad están los contratantes primero uno frente a otro y después uno al lado de otro. En la Sociedad Anónima los diferentes grupos de accionistas luchan por conseguir un interés a costa del sacrificio del interés de otros accionistas. Y no sólo el interés particular de los accionistas entre sí: el interés de la sociedad misma puede verse amenazado en esa lucha cuando un mismo grupo de accionistas participa en diversas sociedades competidoras.

Para terminar este comentario recomiendo a todos aquellos que sientan alguna inclinación por el Derecho de Sociedades, leer este libro en el que, en forma muy clara y argumentada, encontrarán un estudio original de la Sociedad Anónima, de sus problemas actuales en relación con el estado, los accionistas y los terceros.

Aurelio Aguirre Sanín.

DEMOGRAFIA

¿CONTROLA EL MUNDO SUS NACIMIENTOS?

Arturo Calle R. O.F.M. y Jorge Vélez O., Tercer Mundo, Bogotá, 1971.

Con este sugestivo título ha publicado la Editorial Tercer Mundo de Bogotá, en un formato de 24 x 17 centímetros y 218 páginas, año 1971, la obra escrita por los doctores Arturo Calle Restrepo y Jorge Vélez Ochoa. Este libro tiene el mérito de ser el primero en su género como estudio científico de carácter sociológico, que se escribe en Colombia.

El Dr. Arturo Calle Restrepo, Sacerdote de la Comunidad Franciscana con Master en Sociología de la Universidad de Lovaina - Bélgica, actualmente desempeña el cargo de Decano de Sociología en la Universidad de San Buenaventura de Medellín. Para el padre Calle, como familiarmente se le llama, su libro es el tercero en su producción científica.

El Dr. Jorge Vélez Ochoa, economista especializado en estadística y demografía en Madrid, España, fue profesor de las cátedras de economía, estadística y demografía en las diferentes universidades de la ciudad de Medellín. Su muerte prematura le privó de ver editado el fruto de su trabajo de muchos años de investigación y docencia.

Aunque el libro representa un manual para estudiantes de demografía, sociología, medicina, etc., en sus páginas encuentra la persona común, que gusta de estos temas, conceptos ágiles y versátiles sobre aspectos de palpante actualidad. Cuando la obra habla por ejemplo de las causas del decrecimiento de la natalidad enuncia entre otras la excesiva alimentación: "En esta teoría sustentada por Doubleday y otros autores afirma que una alimentación muy rica en grasas y proteínas hace más difícil que una mujer quede embarazada, por engrasamiento de los ovarios. Por el contrario una alimentación cuya base principal está constituida por harinas es propicia a la mayor fecundidad". En extremo opuesto se encuentra la teoría que sostiene que "los pueblos sometidos a la acción continua de una alimentación deficiente, lejos de ver disminuido su apetito sexual, manifiestan una exaltación de este instinto y por lo mismo ven cómo crece la fecundidad".

Un hecho estadísticamente demostrado que debe alegrar a las señoras es la comprobación de que la mayor longevidad se encuentra en las mujeres. Las razones biológicas de esta aseveración no han sido todavía suficientemente explicadas.

Un falso concepto bastante generalizado afirma que nacen más mujeres que hombres, siendo el fenómeno a la inversa "siempre nacen más hombres que mujeres pero la mortalidad infantil es mayor entre los hombres" este otro fenómeno que aún no se ha podido explicar científicamente. Esta primacía masculina sólo se encuentra en la pirámide de edades hasta los diez años, de ahí en adelante y hasta el final se observa un mayor porcentaje de mujeres. Pero las cifras no representan un desequilibrio muy notorio". En 1.950 se calculó una relación de 99.5 hombres por cada 100 mujeres en la América Latina".

En la parte tercera del libro dedicada a la política demográfica se hace un análisis exhaustivo de las diferentes teorías de población desde Cantillón hasta Malthus mostrando al lector las diferentes alternativas, sin que el libro adopte ninguna en particular, sino que da los suficientes elementos de juicio para que cada quien haga su propia valoración. En el capítulo IV, Moral y Población, se hace un recuento de las distintas posiciones moralistas desde la musulmana hasta la Católica. En su parte final el libro está profusamente ilustrado con cuadros estadísticos de América Latina, especialmente con datos relativos a la población colombiana.

Es realmente admirable la labor científica de estos dos intelectuales, que a pesar de sus múltiples quehaceres docentes y administrativos han reflexionado sobre estos datos para el beneficio de la sociedad colombiana. El libro contribuye a llenar un vacío que presentan los programas de las ciencias sociales en el país.

Julio César Montoya M.

"LA PUBLICIDAD: UN FRENO AL DESARROLLO"

Ramón Abel Castaño.

Ediciones Tercer Mundo - Bogotá 1971.

Como un nuevo título de su colección "Tribuna Libre", la Editorial Tercer Mundo de Bogotá, presenta ahora un interesante ensayo del profesor -abogado y economista- Ramón Abel Castaño quien afronta en este libro un tema tan actual como inquietante: la discutible honestidad de las actividades publicitarias dominadas por un criterio compulsivo y manipulante que, lejos de impulsar el desarrollo de nuestros pueblos incipientes, lo frenan y desvían en perjuicio común.

No oculta el autor la finalidad enjuiciadora de su ensayo cuando declara que pretende crear conciencia defensiva frente "a un tipo de publicidad, su estilo, sus métodos de truculencia y manipulación y sus objetivos encaminados a promover un consumo de derroche para sustentar un sistema irracional de producción" pero en modo alguno busca reprochar a quienes honestamente se dedican entre nosotros a una actividad económica aún considerada como lícita a la luz de los patrones valorativos que nos rigen.

Por lo mismo, con íntegra franqueza declara el autor: "Nuestros criterios de apreciación, casi todos adversos a la actividad publicitaria, se refieren a la publicidad *manipulante*, es decir, aquélla que va dirigida a suscitar reacciones temperamentales e instintivas que no emergen, precisamente, de lo más noble de la persona humana y cuyo efecto se traduce, consciente o inconscientemente, en la deformación de la personalidad, en la masificación del hombre y en su creciente sujeción a factores alienantes, personales y sociales, internos y externos".

Una de las partes de más interés en esta obra es la que el autor, con criterio que busca perfilar el cariz polémico de su estudio, presenta a manera de apéndice y que nosotros consideramos que debería haber sido la verdadera puerta de entrada a sus importantes enjuiciamientos posteriores. Como la obra va dirigida no simplemente a los entendidos y expertos de la publicidad, sino a un público general interesado en asuntos de tanta actualidad, este apéndice es de gran interés puesto que recoge y ordena una serie de principios y conocimientos básicos sobre la publicidad que permite a los legos en la materia un fundamento serio y orgánico para la comprensión de los planteamientos siguientes:

En la primera parte, "La Publicidad como técnica de manipulación", pero especialmente en la segunda "La publicidad en el contexto de la actividad económica", ambas verdadero meollo de la obra, el autor presenta con agudo sentido crítico, con definido sentido de sereno nacionalismo y también con lúcida conciencia ética, los abusos de la publicidad manipulante como herramienta de alienación, barrera a la promoción liberadora y como freno reprochable del desarrollo de los pueblos.

Toca en este punto el autor algunos de los temas que con respecto a la propaganda y a la publicidad han suscitado candente controversia como son las que se relacionan con la propaganda política e institucional y sobre todo el relacionado con la publicidad y la obsolescencia planificada. En el presente ensayo, no vacila el autor en plantear su posición reprobatoria con razonamientos precisos de carácter social, nacionalista y ético.

Consideramos que este libro del Doctor Ramón Abel Castaño pone sobre el tapete de la discusión nacional un tema de gran importancia y actualidad porque a todas luces en Colombia se están incrementando múltiples discutibles sistemas publicitarios reñidos del todo con nuestra condición de país inmerso en todas las angustiosas circunstancias de un proceso de desarrollo tan difícil como inaplazable.

Alfonso Lopera.

EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. (INTERPRETACION DE SU REGIMEN LEGAL). HERNANDO SIERRA MEJIA
PUBLICACIONES TRIBUTARIAS—MEDELLIN 1971

Hernando Sierra Mejía, abogado de la Universidad de Medellín, ha logrado una amplia especialización en el campo tributario, tanto por la experiencia práctica adquirida durante el desempeño del cargo de Subdirector de Impuestos Nacionales, el ejercicio privado de la profesión y asesorías a diferentes sociedades, como por el P.T.I. alcanzado en curso de postgrado en la Universidad de Harvard. Distinguido profesor de la Universidad de Medellín, tiene a su cargo la Cátedra de Derecho Tributario. Actualmente labora como asesor tributario del Banco Industrial Colombiano.

Autor de *La Transacción Gravable en el Impuesto Colombiano sobre las Ventas*. (Original en Inglés-Harvard Law School International Tax Program) - *La Obligación Tributaria, Cuantificación y Controversia*, en preparación.

La obra contiene "400 conceptos extractados de circulares, fallos y consultas absueltas por la Dirección General de Impuestos Nacionales, durante el período comprendido entre 1.966 y 1.970, ordenados alfabéticamente, numerados, concordados, precedidos de subtítulos que en la mayoría de los casos, sintetizan el contenido complementados con notas y provistos de índices que facilitan su consulta".

Es un texto que viene a llenar un vacío en la literatura tributaria del país, permitiendo alcanzar a los contribuyentes y estudiosos de la materia una más acertada concepción de los principios generales en su aplicación directa al participar o desarrollarse el proceso tributario teniendo como marco, para un mayor acierto, la Jurisprudencia de la Dirección de Impuestos, conformada por conceptos "discutibles algunos y sujetos a las variaciones explicables dentro de una disciplina jurídica tan dinámica como lo es el Derecho Tributario".

El autor, al término "Jurisprudencia" lo absuelve considerando que "la función interpretativa de las normas tributarias ejercida por la Dirección de Impuestos, mediante fallos de segunda instancia equivale, dentro de la etapa gubernativa y guardadas las proporciones del caso, a la función Jurisprudencial del ramo judicial".

Sin duda alguna quien acuda a esta selección actualizada encontrará puntos de marcado interés que muestran el esfuerzo seleccionador y creativo del tema habiéndose analizado "20.000 providencias, 2.000 resoluciones o consultas y varios centenares de circulares". El Doctor Sierra Mejía marca una pauta en el avance conceptual del Régimen del Impuesto a la Renta.

Los lectores aplicarán las apreciaciones ajustadas al Derecho Interno o bien las asimilarán por comparación en estructuras jurídicas de similitud impositiva.

Alejandro Ospina Figueroa.

LA SITUACION CONCORDATARIA COLOMBIANA.

Aurelio Tobón Mejía.

Separata del volumen "La Institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho canónico".
Graficesa. Salamanca, 1971.

Desde el año 1960 con la publicación de una "Selección del procedimiento canónico" (Ediciones Rosaristas) y desde 1963 con "Disolución de matrimonios no sacramentales por la potestad ministerial del Romano Pontífice" (Temis), el doctor en Derecho canónico, Aurelio Tobón Mejía, ha demostrado suficientemente su autoridad y elocuencia en la correspondiente materia. El autor respalda con una brillante biografía sus obras y otros artículos publicados en la "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario", "Revista Española de Derecho Canónico" y "Foro Caldense". Es el doctor Tobón colegial de número y catedrático del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá; doctor en Derecho canónico de la Universidad Javeriana y profesor de Derecho canónico en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia; miembro correspondiente de la Academia colombiana de jurisprudencia y ejerce su profesión de abogado en varios tribunales eclesiásticos de Colombia, actuando también ante los romanos.

En 1970 en conmemoración de los veinticinco años de la fundación del Instituto "San Raimundo de Peñafort" los canonistas españoles, que se vienen reuniendo cada dos años, acordaron, junto con la colaboración desinteresada de especialistas extranjeros, estudiar como tema central "La institución concordataria en la actualidad". La obra mencionada es el fruto feliz de los semanistas congregados en Zaragoza del 21 al 26 de septiembre. La ponencia del doctor Tobón Mejía ha sido presentada en una edición independiente y merece un comentario especial para "Estudios de Derecho".

Antes de la primera parte de la obra, preséntanse todos los documentos que tienen relación con el Concordato. Primero el texto original del Concordato con la República de Colombia en 1887, la Convención Adicional al Concordato de 20 de julio de 1892, la carta circular del

Emmo. Cardenal Rampolla a los obispos de Colombia. Como documentos de excepcional importancia se añaden para la interpretación del artículo 17 del Concordato la Nota del Cardenal Pedro Gasparri al Ministro de Colombia del 27 de febrero de 1924 y la Nota del Ministro José Vicente Concha al Cardenal Gasparri del 10 de junio de 1924. Luégo la Ley 54 de 1924 por la cual se aclara la legislación existente sobre el matrimonio civil en Colombia. Se añaden finalmente los textos completos de la reforma concordataria del año de 1942 y la Convención sobre Misiones entre la Santa Sede y la República de Colombia.

Los antecedentes históricos al Concordato ocupan al autor en la primera y más extensa parte de su obra. Desde el célebre Concordato de Worms, del año 1122 existía el pleno uso del Derecho de Patronato, institución de arraigada trayectoria en el Derecho de las Decretales. Cómo llegó a América por España nos lo resume admirablemente el Doctor Tobón: "Fue la bula *Inter caetera* la que dio vida al patronato real de Indias, bula concedida por Alejandro VI, el 24 de marzo de 1493 y mediante la cual se dieron a los Reyes Católicos todos los territorios descubiertos o por descubrir, hacia el occidente y el mediodía; el mismo Papa, a 16 de noviembre de 1501, dictó la bula *Eximiae devotionis sinceritas*, por medio de la cual entregó a los Reyes los diezmos para la dotación de las iglesias, el sustento de los clérigos y el fomento del culto divino. El 28 de julio de 1508, el Papa Julio II dio la famosa bula *Universalis Ecclesiae jurisdictionis*, con la cual concedió el derecho de patronato a los Reyes, junto con otros derechos". (pág. 28).

Cronológicamente el estudio de los antecedentes del Concordato se va desarrollando en la obra del Dr. Tobón. Enumera y explica brevemente los principales acontecimientos y al mismo tiempo reporta las fuentes de su investigación respaldando sus investigaciones. Hace especial mención de la obra de Raimundo Rivas titulada "*Escritos de don Pedro Fernández Madrid*", de editorial Minerva, Bogotá, 1932. De igual modo en las otras partes de la obra cita eminentes canonistas como Juan A. Eguren S. I. y prestantes juristas como Alfredo Vásquez Carrizosa, Indalecio Liévano Aguirre, Javier Naranjo Villegas, Alvaro Copete Lizarralde.

Después de exponer todas las vicisitudes ocurridas entre las relaciones de la Iglesia y el Estado, la segunda parte trata del Concordato mismo firmado el 31 de diciembre de 1887 y aprobado luego por Ley 35 de 1888 en las dos Cámaras de Colombia. A la objeción de que se debe

nega por la fecha de celebración el carácter de tratado internacional a nuestro Concordato, pues sólo en 1929 El Vaticano adquirió categoría de Estado soberano, el doctor Tobón adhiere la declaración de Leopoldo Uprimny en una edición de éste con carácter privado titulada "*Conferencias de Derecho Canónico*", Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, edición de 1965, pág. 67 en que dice: "El Sumo Pontífice no solamente es un sujeto de Derecho Internacional como Soberano del Estado denominado "Ciudad del Vaticano" (Estado que existe sólo desde 1929 en virtud de los tratados de Letrán), sino que la Santa Sede tiene personería de Derecho Internacional también independiente de ello. Entre 1870 y 1929, cuando el Papa carecía de todo poder temporal tenía también representantes diplomáticos (nuncios e internuncios) en muchos Estados inclusive acatólicos como Rusia, Prusia, etc., y recibía embajadores y Ministros Plenipotenciarios de muchos Estados. Este derecho activo y pasivo de legación no lo tienen sino sujetos de Derecho Internacional Público...". A punto seguido añade que de igual modo opinan todos los tratadistas de Derecho Internacional Público y la declaración en fallo unánime de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 18 de marzo de 1941.

En las seis restantes partes de la obra comenta el autor las demás Convenciones y leyes posteriores al Concordato que o lo adicionan o lo modifican. Pero donde adquiere la obra del Dr. Aurelio Tobón mayor actualidad e importancia es en la última parte con las posibles modificaciones al sistema concordatario vigente. Los precedentes para dicha reforma no se presentan a discusión: "Han pasado más de ochenta años desde que se firmó nuestro actual Concordato: el correr de este tiempo, con todas las innovaciones de la vida moderna y particularmente con la celebración del Concilio Vaticano II que dio rumbo distinto a la concepción de la Iglesia frente a otros credos religiosos, hace necesaria la modificación del Convenio; ya no se habla de herejes, sino de hermanos separados; en vez de constreñir a los súbditos de la Iglesia, se ha elegido la persuasión; luego la revisión no es solamente para el Concordato, sino también para la Convención Adicional y para el Convenio de Misiones, de la misma manera que se hace urgente la desaparición de la Ley 54 de 1924 llamada "Ley Concha" (pág. 44).

La libertad de enseñanza, el tratado sobre Misiones, el nombramiento de Obispos, el privilegio del fuero, el matrimonio y abolición de la Ley 54 de 1954 son los temas escogidos para tratar por el autor. Baste

algunos ejemplos de sus pensamientos: "Los artículos XII, XIII y XIV del Concordato se modificarán, porque actualmente constituyen piedra de escándalo contra la Iglesia, al dar pábulo a que se hable del carácter reaccionario del convenio, sin que esas disposiciones, en realidad, se hayan aplicado en la práctica. Esas normas, en verdad, son desuetas, y hoy, contrarias a los postulados del Concilio Vaticano II". (pág. 45).

Acerca del Convenio de Misiones: "También nuestro Convenio de Misiones de 1953 contiene una serie de cláusulas que resultan incompatibles con las enseñanzas conciliares recientes. La educación en los territorios de Misiones, como sujeta a los Ordinarios de esos lugares, ha de desaparecer. Y como aplicación de la libertad religiosa como doctrina y del ecumenismo, se ha de abrir el campo misional a los credos que quieran evangelizar, sin que la presencia de Ministros de los demás cultos tenga por qué ser motivo de choques". (pág. 45).

Acerca del matrimonio extractamos: "Se ha de abolir cuando antes la Ley 54 de 1924 y la Iglesia habrá de tolerar como un mal, el matrimonio civil; el Juez civil no ha de estar obligado a exigir a los católicos bautizados la previa comisión del delito de apostasía, como condición necesaria a dicho matrimonio civil. Esa tolerancia no implica el reconocimiento del matrimonio civil entre bautizados por parte de la Iglesia". (pág. 48).

"La Ley Concha también es contraria al espíritu infundido a la Iglesia por el Concilio Vaticano II, porque constituye una coacción intolerable". (pág. 48).

"La Ley Concha, además, es contraria al Derecho divino, porque mal puede impedir una Ley al Juez civil que presencie determinado acto, si previamente las partes que lo han de realizar, no han cometido el gravísimo delito de apostasía. Es un mal menor tolerar el matrimonio civil, que aquel de obligar a los bautizados a apostatar". (pág. 49).

La obra del Dr. Tobón es concisa, concreta, precisa. Constituye un documento orientador de gran valor que seguramente trae para quien lo estudie una orientación clara sobre la situación concordataria de ayer o de hoy en Colombia.

Ramiro Isaza Mejía

CONTENIDO

La información jurídica por computadoras.	<i>Fernando Fueyo Laneri</i>	5
Las instituciones políticas de excepción.	<i>Ernesto Saa Velasco</i>	25
El derecho de defensa en los procedimientos policivos.	<i>Fernando Meza Morales</i>	51
Teoría general de las obligaciones: El negocio jurídico.	<i>Jairo Duque Pérez</i>	57
Jurisprudencia Laboral: El aguinaldo es salario.	<i>Hernando Ramírez Aristizábal</i>	111
La reforma agraria como complejo económico y social.	<i>Lucio Mendieta y Núñez</i>	133
Tesis Jurídicas de Karl Jaspers.	<i>B. Mantilla Pineda</i>	147
Seminario sobre la enseñanza del derecho.		167
VIII Congreso Interamericano de Filosofía.		173
Comentarios de libros		175