

ESTUDIOS DE DERECHO



DIRECTOR
B. MANTILLA PINEDA

SUMARIO:

- El sistema de derecho privado iberoamericano.
José María Castán Vásquez
- Control de la actividad administrativa.— *Jairo Duque Pérez*
- El delito continuado.— *Fernando Meza Morales*
- Contrato de arrendamiento.— *Guillermo Ochoa González*
- Revocabilidad de los cheques.— *Oscar Villa Zea*
- Organización bancaria colombiana: Los préstamos.—
Enrique Trujillo Palacio
- Apuntes para una historia económica de Colombia.—
Alvaro Tirado Mejía
- La enseñanza del derecho procesal.— *Hernando Devis Echandía*
- El litisconsorcio.— *Beatriz Quintero A.*
- La sociedad alemana contemporánea.— *Litio Ríos Buitrago*
- Reactualización de la teoría de la soberanía humana.—
Juan Martín Guidi
- Informe del Decano de la Facultad de Derecho al Rector de la U. de A.
- Informe del Director del Instituto de Ciencia Política.—
- Bodas de Oro Profesionales del Dr. David Córdoba Medina.—
- Homenaje al Dr. Diego Tobón Arbeláez
- Comentarios de libros.—

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AÑO XXX — Segunda Epoca — Marzo 1969 — Vol. XXVIII, No. 75

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 \$ 20.00, m. n.
Valor de la Suscripción anual: En el extranjero \$ 2.00, m. a.
Valor del número suelto: \$ 10.00, 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. Lucrecio Jaramillo Vélez
Rector de la Universidad

Dr. Carlos Gaviria Díaz
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Juan B. Granados Aguirre
Secretario de la Facultad de Derecho

DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO

B. Mantilla Pineda
Profesor Titular

CONSEJO DE REDACCION

Horacio Montoya Gil
Profesor Auxiliar

Jairo Duque Pérez
Profesor Agregado

Guillermo Ochoa González
Profesor Asociado

EL SISTEMA DE DERECHO PRIVADO

IBEROAMERICANO +

Dr. José María Castán Vázquez

Sumario: - I ¿Existe un sistema jurídico iberoamericano? 1. Sistemas jurídicos y familias de Derechos - 2. Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos. - II. El fondo común de los ordenamientos de Iberoamérica: 1. El trasplante del Derecho castellano. 2. El envío de libros jurídicos a las Indias. 3. La obra de las Audiencias. 4. Las Codificaciones americanas. 5. La práctica jurídica en Iberoamérica. III - Perspectivas para el futuro: 1. Comunidad jurídica e integración iberoamericana. 2. El problema de la unificación legislativa.

I - ¿EXISTE UN SISTEMA JURIDICO IBEROAMERICANO?

1 - *Sistemas jurídicos y familias de Derechos.*

A lo largo de este siglo y a través de los estudios de Derecho comparado, que arrancan fundamentalmente, con su metodología actual, del Congreso de París de 1900, se viene tratando de agrupar en sistemas los

(*) Empleo preferentemente a lo largo de estas notas el término "iberoamericano", que, según han puesto de relieve diversos escritores de España y de América, parece más correcto que el de "latinoamericano", aunque éste se haya impuesto virtualmente en todo el mundo; ya don Miguel de Unamuno afirmaba: "y no digo latinoamericanos porque eso de latino es poco claro y menos preciso; más una categoría lingüística que étnica, y si se quiere incluir al Brasil, en que se habla portugués, y no se admite la denominación tradicional de Hispania para la Península toda ibérica, era mejor llamarlos iberoamericanos, pero no latinos". (Véase J. C. CHAVES: *Unamuno y América*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1964, p. 27).

ordenamientos jurídicos del mundo. Los términos "sistemas jurídicos" o "sistemas de Derecho" —que abarcan más que el de "régimen", pues sobrepasan tanto los límites locales como los límites de una institución o materia (1)— han sido los más utilizados a efectos de clasificación, aunque recientemente el profesor René David se ha inclinado por la expresión "familias de Derechos" (2).

Establecer cuáles sean aquellos sistemas o familias es, realmente, tarea delicada. Si toda materia ofrece dificultades al intento de clasificar, éstas son especialmente graves tratándose de los sistemas jurídicos. Los ordenamientos que coexisten en el mundo son muchos y cada uno de ellos es un cuerpo dinámico que, con la mutabilidad propia del Derecho positivo, cambia frecuentemente; en nuestro tiempo, de modo singular, algunos de esos cambios, al impulso de transformaciones políticas y sociales radicales, son realmente profundos; para una clasificación que aspirase a gran exactitud, habría que conocer al día todos esos ordenamientos. Por otra parte, para clasificar hay que adoptar un criterio, siempre discutible y, aun dentro de él, se presentarán posibilidades distintas de sistematización; se comprende, pues, que David haya dicho que "toda clasificación es necesariamente arbitraria en esta materia" (3). Pero aun después de llegar a formular una sinopsis, se advierte el hecho de que entre los grupos que se deslindan no hay absoluta incomunicación: bien ha podido atacar el profesor Mantilla Pineda "la interpretación ingenua que pretende atribuir a cada sistema de Derecho o a cada ordenamiento jurídico una tabla de valores totalmente distinta de la de los demás", pues "en el plexo ius-axiológico de cada sistema de Derecho o de cada ordenamiento jurídico, hay valores jurídicos circunstanciales y valores jurídicos subrayados de manera especial" (4). Finalmente, toda clasificación, aun suponiendo que fuera acertada en su momento, perdería pronto exactitud por aquellas aceleradas mutaciones de los ordenamientos, a que antes me refería, en virtud de las cuales hay países que salen de la órbita de un sistema para entrar en la de otro, o hay grupos que se reducen mientras nacen otros nuevos (baste recordar lo que ha supuesto en el Derecho comparado la aparición del "sistema soviético" con sus variantes).

(1) Véase J. J. SANTA-PINTER: *Elementos de introducción al "common law" y al "civil law"*, Escuela de Derecho de Ponce (Puerto Rico), 1963, p. 13.

(2) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes de Droit contemporains*. Dalloz, París, 1964, p. 13.

(3) R. DAVID: *Tratado de Derecho civil comparado*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 214.

(4) B. MANTILLA PINEDA: *Los valores jurídicos*, en "Estudios de Derecho", Universidad de Antioquia (Medellín), núm. 56 (sept. 1959), p. 194.

No es así de extrañar que sean discutibles, y de hecho hayan sido más o menos discutidas, las clasificaciones de los sistemas jurídicos que en los últimos años se han ido sugiriendo en la doctrina. A los fines de este estudio, sin embargo, no interesa la apreciación de conjunto de aquellas clasificaciones (que yo, por otra parte, carezco de autoridad para juzgar), sino tan sólo la valoración que las mismas hacen del grupo de ordenamientos jurídicos iberoamericanos.

Ocurre, en efecto, que ante el hecho de la existencia de una veintena de Estados con sus regímenes jurídicos propios, en un mismo continente y con una misma lengua, el jurista —de modo especial si es privatista o comparatista— no puede por menos de preguntarse: ¿Responden aquellos regímenes a concepciones jurídicas comunes?. ¿Integran, por encima de sus diferencias, una unidad superior, es decir, un sistema jurídico o una familia de Derecho?. ¿Cabe hablar, en fin, de un "sistema jurídico iberoamericano"?. Para responder, veamos previamente si las clasificaciones doctrinales más conocidas reconocen alguna autonomía a ese grupo y qué lugar, en su caso, le reservan dentro de la geografía jurídica mundial.

2 - Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos.

La primera clasificación científica formulada, que fue acaso la del Congreso Internacional de Derecho Comparado de París, no mencionó especialmente a los ordenamientos iberoamericanos (5). Tampoco los mencionaron la clasificación de Sarfatti, que contraponía fundamentalmente las codificaciones de tipo romano al Derecho común inglés (6), ni la clasificación de Arminjon, Nolde y Wolff, que encuadró los sistemas jurídicos en siete grupos (7). Las clasificaciones más recientes, de

(5) Los sistemas se clasificaron en: del Derecho francés, del angloamericano, del germánico, del eslavo y del musulmán (véase DAVID: *Tratado cit.*, p. 214).

(6) En esa clasificación se incluyen dentro de las codificaciones de tipo romano los Códigos netamente latinos de Europa, los germánicos, los inspirados en ambos grupos y los de Estados orientales de moderna civilización (véase M. SARFATTI: *Introductione allo studio dell Diritto Comparato* Turín, 1913, y trad. esp., México, 1945, p. 93 ss.).

(7) Son esos grupos: el francés, el germánico, el escandinavo, el inglés, el ruso, el islámico y el hindú (véase ARMINJON - NOLDE-WOLFF: *Traité de Droit Comparé*, t. I, París, 1950, p. 42 ss.).

los profesores Silva Pereira (8), Carbonnier (9) y Santa Pinter (10) no dan tampoco relieve al grupo de ordenamientos de Iberoamérica.

Mayor atención a dichos ordenamientos se advierte en algunas clasificaciones esbozadas por autores españoles. Así, Solá Cañizares hace con los países iberoamericanos un grupo que sitúa dentro de los sistemas que llama occidentales (11), y Castán Tobeñas incluye los Derechos iberoamericanos entre los sistemas de filiación ibérica, que son, a su vez, incluíbles entre los Derechos de tipo latino (12).

El profesor René David parece dudar de la existencia de un sistema jurídico iberoamericano. En su conocido *Tratado* el ilustre comparatista francés habló de cinco grandes sistemas jurídicos: el occidental, el soviético, el musulmán, el hindú y el chino (éste, anterior a la actual República Popular); dentro del sistema occidental diferenció un grupo francés y un grupo angloamericano (13). Los ordenamientos hispanoamericanos estarían incluídos en el "grupo francés", que incluiría, aparte de ellos, incluso a los ordenamientos germánicos. En su libro más reciente ya citado, el profesor David, rectificando su anterior clasificación, estima que las "familias de Derecho" existentes en el mundo actual son la "familia romano-germánica", la "familia de la *common law*" y la "familia de los Derechos socialistas", al lado de las cuales menciona ciertos sistemas de naturaleza más bien religiosa o filosófica que propiamente jurídica, por los que se regulan en ciertos países las relaciones entre los hombres, en su totalidad o en ciertas materias (14). Para David está

(8) Señala esa clasificación cuatro grupos de Derechos: los romano-cristianos, el *common law*, los soviéticos y los filosóficos religiosos (véase SILVA PEREIRA: *Unidade da cultura jurídica occidental*, en "Revista da Faculdade de Direito", oct. 1954, p. 25 ss.).

(9) Este civilista separa por su originalidad los Derechos orientales y recoge la división entre Derecho angloamericano y Derechos continentales, aludiendo entre éstos a los grupos soviético, germánico y francés (véase J. CARBONNIER: *Derecho civil*, trad. de Zorrilla, Ed. Bosch, t. I, vol. 1º, 1960, ps. 75 - 77).

(10) Este profesor, con fines didácticos, expone por separado los siguientes sistemas: el derecho romanista, el derecho anglosajón, el derecho soviético, el derecho satélite, el derecho eclesiástico, el derecho árabe, el derecho judío, el derecho chino y "otros sistemas legales de Africa y de Asia", estudiando también aparte la "concepción hindú del derecho" (véase J. J. SANTA-PINTER: *Etnopolítica jurídica comparada o sistemas legales contemporáneos*, en la obra *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*, Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, Tokio, 1962, ps. 370 - 371).

(11) Véase F. SOLA CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1954, p. 176.

(12) Véase J. CASTAN TOBEÑAS: *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. I. E. Reus, Madrid, 1956, p. 23.

(13) Véase R. DAVID: *Tratado cit.*, ps. 216 - 217.

(14) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes cit.*, ps. 18 - 26.

bien claro que los países que fueron colonias españolas en América (como los que constituyeron colonias portuguesas, holandesas o francesas) pertenecen a la familia romano-germánica de Derechos, porque aceptaron de modo natural las concepciones jurídicas de dicha familia y no han repudiado nunca esa tradición; la única cuestión que se plantea es saber en qué medida las condiciones propias de América, muy diferentes de las del medio europeo, deben conducir en el plano del Derecho práctico, a reconocer o conferir una cierta originalidad a los Derechos de América en relación con los Derechos europeos de la familia romano-germánica (15). El profesor David no resuelve, hoy por hoy, esa cuestión.

Parecida pregunta se formulaba también no hace mucho, desde una revista española, un jurista americano, el profesor Rodríguez Ramos, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad oficial de Puerto Rico, y llegaba a la conclusión de que "no existe un sistema perfectamente delimitado de Derecho latino americano", porque "por lo que se refiere a la técnica jurídica, la unidad que generalmente prevalece en los diferentes países de América Latina no es distinta, ni históricamente ni por lo que revela su práctica efectiva, de la que en mayor o menor grado predomina en todos los países de *civil law*" (16). La opinión es ciertamente autorizada, pero conviene examinar la posibilidad de que los ordenamientos de los países que fueron españoles integren si no un sistema jurídico propiamente dicho, con todo el alcance que se suele dar a ese término, sí al menos un grupo propio dentro de alguno de los sistemas del mundo actual; grupo que en una sinopsis de las familias de Derechos haya de ser situado aparte, aunque próximo, a otros grupos de la misma familia. Veamos esa posibilidad.

Parece evidente, en primer término, la adscripción de las legislaciones iberoamericanas al sistema occidental. Puede admitirse, en efecto, que existe un sistema jurídico occidental, formado sobre bases religiosa, política, económica y social comunes (17). Este sistema, que mira a realizar una misma concepción de la Justicia y responde a una misma tradición, no está limitado a un continente y dentro de él caben las legislaciones americanas junto a otras europeas.

(15) DAVID: *Les grands systèmes cit.*, p. 72.

(16) M. RODRIGUEZ RAMOS: *Visión de conjunto del Derecho de América latina*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", enero 1960, y en ed. sep., I. E. Reus, Madrid, 1960, p. 21.

(17) Véase R. DAVID: *Existe-t-il un droit occidental?*, en el vol. *XXth Century Comparative and conflicts law (Legal essays in honor of Hessel E. Yntema)*, A. W. Sythoff-Leyden, 1961, ps. 56 - 64.

Pero dentro del sistema occidental habrá siempre que distinguir, fundamentalmente, otros dos sistemas o familias: el angloamericano y el romanista. El término "angloamericano" parece preferible al de *common law* que en rigor designa a una de las fuentes del Derecho inglés, y el término "romanista" parece preferible a los de "Derecho continental" o "Derecho francés", que son términos estrechos para abarcar a toda una familia que desborda el continente europeo y la influencia francesa. Dentro del sistema romanista se pueden situar las legislaciones que tuvieron recepción del Derecho romano y obedecen a su inspiración. Muchos son, pues, los ordenamientos aquí incluibles, dada la enorme difusión del Derecho del pueblo de Roma —pueblo del que si se ha podido decir, como Heine, que fue un pueblo de bandidos y picapleitos (18), también ha podido afirmarse, como lo hace Alvaro d'Ors, que fue "el pueblo más dotado para el operar jurídico que jamás ha existido" (19)— y entre aquellos ordenamientos están los iberoamericanos, que han recibido el Derecho romano no sólo a través del Código napoleónico, como a veces se dice, sino también y sobre todo del Derecho español. El carácter de romanistas se advierte por su contraste con los países de la *common law*. Entre los Derechos iberoamericanos, por un lado, y los de Inglaterra y Estados Unidos, por otro, se nota una coincidencia de intereses protegidos y una divergencia técnica. Ahora bien, la coincidencia es lo que les une dentro del superior sistema occidental y la divergencia es lo que los separa al ser romanistas los unos y angloamericanos los otros.

Dentro de ese sistema romanista puede hablarse, a su vez, de dos grupos: uno latino y otro germánico. En el latino ha tenido un papel preponderante el Derecho francés por el Código napoleónico. La expansión del Derecho francés tuvo dos etapas: una, la del Derecho introducido por autoridad en los territorios conquistados por Napoleón (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo), en los que se mantuvo, por su superioridad, después de la caída del Imperio francés; la otra etapa, la recepción del Código francés por Italia, Portugal y España, de donde pasó a América; así, los países iberoamericanos son incluidos generalmente en el grupo latino, proclamándose la influencia en ellos del Derecho francés, pero algún autor actual escrupuloso, como el profesor Pescatore, advierte que dichos países pertenecen al grupo latino como sometidos a la influencia del Derecho francés, pero a través de la Península

(18) Cit. por ALAS-DE BUEN y RAMOS: *De la usucapión*. Madrid, 1916, p. 95.

(19) A. d'ORS: *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, col. "O Crece o muere", Ateneo, Madrid, 1952, p. 31.

Ibérica (20). Tenemos así ya situados a los Derechos iberoamericanos en el sistema occidental, en el sistema romanista y en el grupo latino.

Pero, seguramente, se puede ir más lejos. Los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos. El término que se les da frecuentemente de "latinoamericanos" ya indica que, si son latinos, son también americanos, lo que no son el Derecho francés ni los demás latinos de Europa. Y las coincidencias que cabe descubrir entre ellos demuestran su próximo parentesco y la personalidad con que se perfilan dentro de la geografía jurídica mundial. Trataré de recordar brevemente algunas de aquellas coincidencias, que tienen seguramente su base en una historia jurídica común.

II - EL FONDO COMUN DE LOS ORDENAMIENTOS DE IBERO-AMERICA.

1 - *El trasplante del Derecho castellano.*

Preguntándose qué es la Hispanidad, un escritor argentino como el P. Sepich la concibe como "una comunidad de naciones vinculadas por una tradición histórica —de contenido religioso, cultural y jurídico— que las hermana en una misma concepción de la vida nacional y entre las gentes" (21).

Hay, en efecto, una tradición jurídica, en cuyo fondo está el Derecho español, que fue el cauce de la herencia jurídica europea. Forzoso es reconocer que los Derechos iberoamericanos deben poco al elemento autóctono. El profesor Quintano Ripollés ha puesto de relieve que el orden jurídico dominante en la América precolombina, si de tal orden puede hablarse, era más bien primitivo, en un grado que España y Europa en general habían superado hacía siglos, y que la tacha en lo jurídico no excluye ni siquiera a los grandes imperios azteca, maya o incaico, tan admirables en otros muchos aspectos, como el de las artes plásticas; en el Derecho indiano, así, más que de un influjo de España, cabe hablar de trasplante o sustitución pura y simple de un sistema (22).

(20) P. PESCATORE: *Introduction a la science du Droit*, Luxembourg, 1960, ps. 60 - 61.

(21) J. R. SEPICH: *Misión de los Pueblos Hispánicos*, Seminario de Problemas Hispanoamericanos, Madrid, p. 76.

(22) A. QUINTANO RIPOLLES: *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, ps. 27 - 33. En igual sentido: RODRIGUEZ RAMOS: *ob. cit.*, p. 4, y DAVID: *Les grands*

En las Indias, ciertamente, rigieron desde el primer momento las leyes españolas (23). Era natural: la colonización —como dice García Morente— era esencialmente nacional y popular; aquellos conquistadores y pobladores de América mantenían con la Metrópoli una relación muy distinta de la que mantienen con su Gobierno unos colonizadores (24). Al estudiar los inicios del Derecho indiano, según con su autoridad observa el profesor García Gallo, el primer hecho que hay que destacar es que el Derecho indiano nace antes de que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe, el país en que ha de regir, pues tres meses y medio antes de que Colón zarpase de Palos en su viaje de descubrimiento, los Reyes Católicos, en las capitulaciones de 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes, habían establecido las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo. Sus disposiciones tras el Descubrimiento se basaron, y no podía ser de otra manera, en los principios e instituciones del Derecho de Castilla. Cuando, a partir de 1513, el Rey y el Consejo de Indias se esforzaron por coordinar los intereses de los conquistadores y de los indios y por ordenar conforme a derecho el Nuevo Mundo, siguió tomándose como base el Derecho de Castilla; cuando era posible, se trasplantaba sin más y así regían unas mismas normas a uno y otro lado del Atlántico; a veces las normas castellanas habían de adaptarse al nuevo medio y, en no pocas ocasiones, no bastaba la mera adaptación (por tratarse de problemas que no se daban en Castilla y, consiguientemente, no estaban regulados en la legislación castellana) y entonces el Rey y el Consejo de Indias se veían forzados a crear un nuevo Derecho: nuevo en cuanto que las normas dictadas no tenían precedentes ni paralelo en las de Castilla, viejo en cuanto a su espíritu porque se creaba partiendo de los principios y ten-

systemes cit., p. 72. Véase también la conclusión sobre las culturas precolombinas de M. BALLESTEROS GAIBROIS: *Historia de América*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1962, ps. 144 - 145. Acerca del fenómeno de transculturación, J. BENEYTO: *Historia social de España y de Hispanoamérica*, Aguilar, Madrid, 1961, ps. 228 - 232.

(23) El profesor Salinas Mateos subraya "el hecho de que España fue cuna de la unificación legislativa más extensa que registra la Historia, superior en extensión a la romana y en asimilación a la napoleónica": *La unificación del Derecho privado en Iberoamérica*, conferencia, en el vol. "Segundas Jornadas Iberoamericanas", Delegación Nacional de Organizaciones del Movimiento, Madrid, 1963, p. 3 de la conferencia.

(24) "Resístese la pluma —añade— y ello es harto significativo, a aplicar el nombre de colonia a aquellos virreinos, a aquellos gobiernos, a aquellas audiencias. En realidad, no eran colonias. No habían sido fundadas ni por intereses mercantiles ni por razones estratégicas. No habían sido fundadas por ningún interés particular. Eran simplemente brotes nuevos de vida hispánica..." (M. GARCIA MORENTE: *Idea de la Hispanidad*, col. Austral, 1961, p. 193).

dencias que, fijadas en la Edad Media, pervivían en la Península (25). Junto a ese trasplante de la legislación castellana, complementada con nuevas normas, se produjo también otro trasplante de gran importancia: el de la doctrina jurídica, enviada prontamente a tierras americanas a través de las naves españolas de Indias. El hecho, acaso insuficientemente estudiado todavía, de la rápida difusión por América de los libros jurídicos, merece al menos una especial alusión, que paso a hacer, en estas notas.

2 - El envío de libros jurídicos a las Indias.

Todavía no habían terminado los Descubrimientos ni la Conquista y ya la doctrina jurídica española, y con ella el Derecho romano y el canónico, encerrados una y otros en los libros de Derecho impresos en España, se trasladaba, a bordo de las naves españolas, a las Indias. Sería sugestivo un estudio dirigido a descubrir cuáles fueron las obras jurídicas que, a lo largo de los siglos XVI y XVII llegaron por aquel cauce a tierras americanas. Las fuentes principales de esa investigación, necesariamente laboriosa, serían los registros que en el Archivo de Indias se conserva de las cargas de las naves.

Ocurre, en efecto, que desde fecha temprana del nacimiento de la "Carrera de Indias", los navieros fueron obligados a constatar ante la casa de Contratación de Sevilla los cargamentos. El profesor Federico de Castro, en un libro de pura investigación histórica y por ende menos conocido de los juristas que su *Derecho civil*, señala los fines y los trámites de los registros, con los que la Casa de Contratación ejercía su misión fiscalizadora de las *cargazonas*; los dueños del navío o cualquier otra persona que cargase mercancías para las Indias estaban obligados a manifestarlo ante el Presidente y Jueces oficiales de la Casa, donde se asentaban todas las partidas de la carga en el registro que al efecto se abría a cada navío (26).

(25) A. GARCIA-GALLO: *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en "Atlántida", julio-agosto 1964, ps. 339 ss, especialmente 340 y 347. Sobre la aplicación del Derecho español a las colonias, puede verse también: J. C. REBORA: *Derecho civil y Código civil*, Eudeba Editorial, Buenos Aires 1960, ps. 85 - 88. Sobre las fuentes legales y doctrinales del Derecho indiano, véase J. M. OTS Y CAPDEQUI: *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1969, ps. 91 - 100.

(26) Véase F. DE CASTRO Y BRAVO: *Las naos españolas en la Carrera de las Indias (Armadas y Flotas en la segunda mitad del siglo XVI)*, col. "Hispania", Ed. Voluntad, Madrid, 1927, p. 24. Sobre la Casa de Contratación de Sevilla y el registro de comercio y navegación de las Indias en general, véase OTS Y CAPDEQUI, ob. cit., ps. 106 - 115.

Cuando entre la carga, como debió ser habitual, había libros, éstos se anotaban en el registro con expresa indicación de las obras y del número de ejemplares de cada título. Según advierte el hispanista Irving A. Leonard en una importante monografía, "el número total de volúmenes que cruzaron el océano en el siglo XVI no puede determinarse, aunque se eleva a millares por año, ni se pueden identificar los títulos específicos de los libros que se enviaron en mayores cantidades" (27). Pero sí puede atisbarse cuáles fueron las obras más buscadas, pues cabe considerar como tales aquellas cuyos nombres se repiten con más frecuencia, y con mayor número de ejemplares, en las listas de los registros marítimos del Archivo de Indias y en otros documentos relacionados con la exportación de libros.

El propio Leonard ha trabajado en ese sentido, sacando a luz algunas listas de obras remitidas a América desde España; fuentes que ha utilizado, además de los registros de libros de la Casa de Contratación, han sido pagarés de libreros del siglo XVI, escrituras del mismo siglo de importación de libros españoles y recibos de cajas de libros llegadas a Lima en el XVII (28). A base de esa documentación, siquiera sea fragmentaria, se puede tener al menos la seguridad de que determinados libros tuvieron difusión considerable en América durante los dos primeros siglos de la época española.

Lo que ahora me interesa poner de relieve es solamente el hecho de que en las listas de libros sacadas a luz por Leonard se encuentran numerosas obras jurídicas. Vemos, así, incluidos libros de Derecho castellano como las Partidas glosadas por Gregorio López, las Ordenanzas de Castilla, las glosas de las leyes de Toro y algunos volúmenes de recopilaciones; cuerpos de Derecho romano como las *Instituciones* de Justiniano; obras generales de Derecho canónico y Derecho civil; libros jurídicos españoles de la importancia del de Antonio Gómez y del de Domingo de Soto; obras concretas sobre usufructo, sobre enfiteusis o sobre tratos y contratos; obras de práctica civil y criminal; obras para el manejo de jueces o escribanos; y hasta libros biográficos de San Raimundo de Peñafort, el santo que hoy está declarado Patrono de los juristas.

Recientemente ha podido escribir Torcuato Luca de Tena que lo que España descubrió no fue un Continente, sino un Camino, por el que la Flecha de la Evolución Cultural llegó a América desde la cuna del Mediterráneo, siguiendo la trayectoria que cruza Israel, Fenicia, la Hé-

(27) I. A. LEONARD: *Los libros del Conquistador*. Fondo de Cultura Económica, México, 1953, p. 11.

(28) Véase LEONARD, *ob. cit.*, apéndice, ps. 269 - 358.

lade, Roma y España (29). Cabe añadir, como vemos, que por ese Camino llegó también, con la Cultura, el Derecho; es decir, las grandes creaciones jurídicas romanas, las concepciones de la Iglesia sobre el Derecho natural, las normas civiles y penales del Derecho castellano, la técnica jurídica europea y la doctrina más avanzada de la época. De este modo, cuando pueblos ahora muy desarrollados no existían todavía, la América española estaba ya heredando la tradición jurídica occidental.

3 - La obra de las Audiencias.

Si el trasplante de la legislación castellana y de la doctrina jurídica fue incorporando América, como hemos visto, al mundo jurídico occidental, la obra de las Audiencias americanas en la aplicación del Derecho fue también muy importante para la formación y consolidación de una tradición jurídica que había de ser común a todo el continente.

La creación de la primera Audiencia en 1511, en Santo Domingo (30), fue un hecho trascendental para todo el continente; respondió a la necesidad de poner como contrapeso al lado del Gobernador de las Indias una autoridad judicial, que fue tan importante que durante varios años no reconoció otro superior que el Consejo de Castilla, siendo ella misma Tribunal de Apelación para todas las Indias. En 1527 se creó la segunda Audiencia, la de Méjico, a la que siguieron otras. Esas Audiencias, de las que Solórzano decía que eran "como castillos roqueros donde se guarda la Justicia", fueron cauces valiosos para la creación de un vínculo jurídico perdurable en América (31).

En el fondo de aquel vínculo estaba la idea de Justicia (32) en todas sus manifestaciones, incluso en la de Justicia social (33) y en la de

(29) T. LUCA DE TENA: *Los mil y un descubrimientos de América y otros ensayos*. Ediciones de la revista de Occidente, Madrid, 1968, ps. 96 - 97.

(30) Según OTS CAPDEQUI, la implantación de la primera Audiencia colonial en 1511 "representa el primer acto importante de presencia realizado por el Estado español en las islas que Cristóbal Colón había descubierto pocos años antes" (*ob. cit.*, p. 129). Véase también E. MARQUEZ GUERRERO: *Los magistrados españoles en la empresa de América*, Alcoy, 1951, ps. 51 ss.

(31) Véase C. MIGUEL Y ALONSO: *Las Audiencias en los Reinos y Señoríos de Indias*, en "Cuadernos Hispanoamericanos", núms. 116 - 117 y en ed. sep.; y F. PEREZ EMBID - F. MORALES PADRON: *Acción de España en América*. Ed. Ahr, Barcelona, 1958, ps. 106 - 109.

(32) Sobre los ideales de la comunidad de naciones humanas y su concreción, según Unamuno, en el afán de justicia, véase la obra de Julio César CHAVES: *Unamuno y América*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1964, ps. 517 - 518.

(33) Sobre la Justicia social en las leyes de Indias puede verse el discurso académico de don Francisco RUIZ-JARABO Y BAQUERO: *Jurisdicción social y especialización judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1964, ps. 57 - 59.

Justicia internacional (34). Ideas que eran trasunto de las concepciones de los juristas y teólogos españoles, como la vida jurídica y aun la vida toda de América eran trasunto de la vida española. "Produce verdadero asombro —escribe Rodríguez Casado— el ver que ya en la segunda mitad del siglo XVI existía en América un orden político, un orden jurídico, un orden social, trasunto fiel del orden cristiano de España. Causa estupor que se levanten ciudades nuevas con escasísimo número de habitantes, pero con una raigambre tan firme, que su historia no puede decirse que nazca entonces en la vida del mundo, porque sus raíces se adentran en el modo de ser, en el modo de vivir de las villas y los pueblos de la Península... Hispanoamérica viene al mundo en la etapa histórica del período renacentista español, pero ha tenido una Edad Media hispánica, con las mismas características que la peninsular: la del espíritu que le infundieron sus pobladores" (35).

La tradición jurídica española llegó a ser tan firme que incluso después de la Independencia siguieron vigentes, más o menos tiempo, las leyes españolas. Ello no es extraño dado el especial carácter que tuvo la Independencia. En la historia americana, según el enfoque que ya don Miguel de Unamuno le dio, cabe comprenderse la emancipación como una guerra civil "mellizal" donde libertadores y próceres fueron auténticos y genuinos héroes españoles (36); la Independencia —como pone de relieve Pérez Embid, resumiendo un criterio ya generalizado— lo que hizo fue separar las dos mitades de un bloque cultural e histórico homogéneo, las cuales habían vivido juntas, en una entrañable solidaridad, por encima de las diferencias geográficas y etnográficas, y cuando se separaron siguieron cada una por su lado dos evoluciones culturales, sociales y políticas del todo paralelas (37). La emancipación, pues, no suponía la ruptura de la comunidad de Derecho de los pueblos americanos con la Madre Patria, ni la de la comunidad de los pueblos americanos entre sí.

Así se explica por ejemplo, la aplicación casi uniforme de la primera Ley de enjuiciamiento civil española en las jóvenes repúblicas americanas, o la dilatada vigencia, hasta época actual, del Código civil es-

(34) El llorado profesor Jaime Eyzaguirre ha observado cómo "el concepto de la Justicia internacional figura también en la partida de bautismo de la América española" (J. EYZAGUIRRE: *Hispanoamérica del dolor*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, p. 65).

(35) V. RODRIGUEZ CASADO: *Los cambios sociales y políticos en España e Hispanoamérica*, Ateneo, Madrid, 1965, ps. 9 - 10.

(36) Véase J. C. CHAVES: *ob. cit.* p. 516.

(37) F. PEREZ EMBID: *ob. cit.*, p. 39.

pañol en Cuba, o el hecho de que algunos cuerpos legales iberoamericanos hayan sido fundamentalmente trasunto de los correlativos españoles (38).

4 - Las Codificaciones americanas.

Si cuando llegó la Independencia las provincias americanas poseían, como hemos visto, una sólida tradición jurídica común basada en el derecho castellano, no es de extrañar que, al producirse las Codificaciones americanas, el Derecho español coetáneo influyera también en ellas.

Acentuada fue, así, la influencia española en el Código civil chileno, que tanto ha influido luego, a su vez, en otros Códigos civiles hispanoamericanos (39). El cauce de aquella influencia fue el profundo conocimiento que el personalísimo autor del Código de Chile, don Andrés Bello, tenía del Derecho castellano. Don Andrés Bello fue, como bien se sabe, no sólo personaje importantísimo de la vida chilena de su tiempo (40), sino humanista y jurista excepcional, polígrafo notable cuyos conocimientos abarcaban desde el Derecho civil y el Derecho internacional hasta la gramática (sigue siendo autoridad de la lengua española). Con razón el profesor Alfonso García-Valdecasas ha podido recientemente hacer un parangón entre la figura de Bello, por una parte, y las de Jovellanos, Balmes y Tocqueville, por otra (41); antes se le había comparado ya a Feijóo; y acaso pudiéramos compararlo también, por la amplitud de su obra y su conocimiento de las humanidades, a Luis Vives.

Al redactar el Código de Chile, Bello tuvo a la vista permanentemente junto al Derecho francés y a lo más interesante de la doctrina jurídica de su época, el Proyecto de Código civil español de García-Goyena de 1851 y los monumentos del Derecho castellano, singularmente las Partidas, que tenía como libro de cabecera y cuyo conocimiento profun-

(38) Véanse así las relaciones entre los Códigos de comercio español y puertorriqueño, en J. J. SANTA-PINTER: *Estudio preliminar al Código de Comercio de Puerto Rico*, Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, 1963, ps. 7 - 8.

(39) Véase P. LIRA URQUIETA: *El Código civil chileno y su época*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956, ps. 75 - 78, y *Estudio Preliminar de la edición del Código Civil de Chile del Instituto de Cultura Hispánica*, Madrid, 1961, p. 12.

(40) El profesor chileno Máximo Pacheco señala cómo Bello fue "figura eje de la vida nacional" y "la personalidad con mayores merecimientos intelectuales que había en el país". (Véase M. PACHECO GOMEZ: *La Universidad de Chile*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1953, ps. 37 - 47).

(41) Recogí esas comparaciones y otros juicios de García-Valdecasas sobre Bello en mi crónica: *Conferencia del profesor García-Valdecasas sobre Andrés Bello*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", febrero 1966, ps. 269 - 272.

do y manejo constante se vislumbra en el texto del Código chileno y en las notas de don Andrés. Así pudo Bello volcar lo mejor del Derecho castellano, junto con lo más avanzado de la doctrina jurídica de su tiempo, todo ello expresado en su lenguaje que es a veces paradigma de textos legales (como salido de la pluma de un jurista que era al propio tiempo un gramático excepcional) y en el que se conservan términos castizos castellanos (por ejemplo, el “desheredamiento”) que en España se han perdido.

El Código civil chileno supuso, pues, una síntesis de lo español con otros elementos jurídicos occidentales. “Esta fue —ha escrito recientemente un civilista chileno, el profesor Hugo Tapia— la visión genial de Bello. Saber tomar lo mucho que nos daba el Derecho romano y la legislación de Partidas, sin desconocer los valiosos aportes del Código francés y de sus comentaristas, y lo que brindaban otros cuerpos legales, que abarcan desde el Código sardo o el de Austria hasta el de la Luisiana y tantos más, a lo que habría que agregar lo que de interés podría ofrecer el Derecho inglés. Fue una obra paciente de casi treinta años que el maestro quiso tener permanentemente al día, como que terminada prácticamente su redacción y obtenidas las obras recientemente publicadas de Troplong y el trabajo de García Goyena al proyecto español, se da todavía tiempo para hacer las necesarias correcciones y pulir, una vez más, la redacción del articulado del Código” (42). No es así extraño el hecho de que obra tan acabada siga rigiendo la vida jurídica chilena actual, ni el de que, de cara a una futura reforma de la legislación civil, los civilistas chilenos adviertan —como ha hecho recientemente uno de los más destacados, el profesor Fueyo Laneri— que hay varias ideas o criterios de Bello que han de aprovecharse en cualquier reforma, como son su sentido universal del Derecho, su atención prevalente al medio nacional, su innegable americanismo, su posición de reforma, su independencia de criterio, su espíritu moderado y su lenguaje (43).

Si el Derecho español influyó en el Código civil chileno, no dejó de influir en el Código civil argentino. Al igual que el Código de Chile, el de Argentina es obra personal de un solo e ilustre jurista, en este caso don Dalmacio Vélez Sarsfield. El Código argentino, junto con el chileno y el brasileño, integran los tres grandes monumentos legislativos de Iberoamérica, de igual modo que sus respectivos autores, Vélez, Bello y

(42) H. TAPIA ARQUEROS: *Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile*, en “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, febrero 1966, y ed. sep., Reus S. A., Madrid, 1966, p. 9.

(43) F. FUEYO LANERI: *Reforma de nuestro Código civil bajo la inspiración de Andrés Bello*. Ediciones de la Revista Mapocho, t. IV, núm. 3, vol. 12 de 1965, p. 98.

Freitas, constituyen las tres figuras señeras del Derecho en aquel continente, dignas de equipararse a las más altas figuras europeas. Don Dalmacio Vélez Sarsfield fue personaje capital de la vida argentina de su tiempo, como Bello lo fue de la chilena. “Pocos argentinos —ha afirmado el profesor Borda— han ejercido tanta influencia como él en el desarrollo nacional, a través de su obra imperecedera, el Código civil. Vélez Sarsfield no era sólo un jurista, era también un político. Ello le permitió dar al país la legislación que convenía aquí y entonces” (44). Su Código civil fue así, como el chileno, una obra acabada, de cuya calidad da testimonio el hecho de que, no sólo siga rigiendo, con pequeñas reformas, la vida jurídica civil argentina, sino de que haya influido en otros Códigos civiles iberoamericanos y aun hoy continúe en vigor directamente en Paraguay. Desde el punto de vista técnico del Derecho civil, supuso en muchos puntos un avance para su época; recordemos, por ejemplo, en el orden de la sistemática, el mérito, que ponen de relieve civilistas como Buteler (45) y Moisset (46) de ser la primera codificación civil que conscientemente adopta como piedra angular para ordenar las estructuras del Código, la distinción tajante entre los derechos personales y los derechos reales, apartándose así del modelo francés.

Pues bien: el propio Vélez Sarsfield viene a señalar la influencia del Derecho español en su Código al declarar expresamente en la nota de remisión del libro primero, indicando las fuentes de su obra: “Me he servido principalmente del Proyecto de Código civil para España del señor Goyena; del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos y, sobre todo, del Proyecto de Código civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”. Por otra parte, está demostrado que manejó, junto a aquellas fuentes, otras españolas, como el Fuero Juzgo, las Partidas y las Recopiladas, y que consultó frecuentemente a tratadistas españoles como Solórzano, Gregorio López y Antonio Gómez (47), o como Sala (48).

(44) Discurso pronunciado por el doctor Guillermo A. Borda en el Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield el día 10 de octubre de 1961, publicado en el vol. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba (Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”), Córdoba (Argentina), 1962, t. I, p. 117.

(45) J. A. BUTELER: *Método del Código civil*, en “Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba” (Argentina), 1956, núm. 2, ps. 529 ss.

(46) L. MOISSET DE ESPANES: *Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay y la del Código civil argentino*, Córdoba (Argentina), 1968, p. 4.

(47) Véase J. M. MUSTAPICH: *Estudio preliminar a la edición del Código Civil de la República Argentina del Instituto de Cultura Hispánica*, Madrid, 1960. ps. 15 - 17.

(48) Véase el Discurso pronunciado por el Dr. Jorge A. Núñez en el acto del

De forma análoga a como en Chile se estima necesario, de cara a la reforma de su Código civil, respetar lo esencial del Código de Bello, en Argentina se considera preciso respetar lo esencial del Código de Vélez Sarsfield; eso fue el espíritu de autorizadas intervenciones que se produjeron en el III Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado del 9 al 14 de octubre de 1961 en la Universidad de Córdoba (Argentina); y parece haber sido también el espíritu de las reformas parciales llevadas a cabo en el Código civil por la reciente ley argentina número 17.711, que han entrado en vigor el día 1º de julio de 1968; dicha ley, según ponen de relieve los Drs. Guillermo A. Borda y Conrado Etchebarne en el Mensaje elevándola al Presidente de la Nación, "importa una puesta al día de nuestro Derecho civil, al propio tiempo que respeta en lo esencial el Código de Vélez Sarsfield, que lograra tan merecido prestigio". Así pues, aunque en la República Argentina haya hoy importantes influencias de las doctrinas francesa e italiana, se seguirá manteniendo, a través del Código de Vélez Sarsfield entre otros cauces, el fondo básico de Derecho español, que es al propio tiempo el fondo común del continente iberoamericano.

Otras muestras podrían hallarse ciertamente de la influencia del Derecho español en las Codificaciones americanas, en particular a través del Proyecto de Código civil de García Goyena, cuya importancia es obvia (49). Se ha advertido, por ejemplo, la influencia de la técnica legislativa de dicho Proyecto en el Código de comercio uruguayo de 1857 (50). Pero lo ya señalado parece suficiente para dejar constancia en estas breves notas del influjo español en los cuerpos legales americanos. Ciertamente es que Iberoamérica tuvo también, a lo largo del siglo XIX, otras influencias y singularmente la del Código napoleónico (51); pero esta influencia francesa la tuvo también la propia España y a veces se transmitió al otro lado del Atlántico a través precisamente del Derecho español (Ramiro de Maeztu pudo decir que en Hispanoamérica todo es herencia de España, hasta su mismo afrancesamiento), lo que explicaría que algunos autores americanos hablen de que sus países "siguen la legislación franco-española".

Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield el 10 de octubre de 1961, publicado en el vol. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* cit. t. I, p. 113.

(49) Véase A. d'ORS y J. BONET CORREA: *En el Centenario del Proyecto isabelino de Código civil*, en "Información Jurídica", 1951.

(50) Véase J. PEIRANO FACIO: *El codificador Eduardo Acevedo*. Montevideo, 1958, ps. 233 - 234.

(51) Véase A. TRIPICCIÓN: *La comparacione giuridica*, Cedam, Padova, 1961, ps. 233 - 234.

Por otra parte, según varios juristas americanos han ido ya poniendo de relieve, los Códigos de Iberoamérica se apartaron en varios puntos del Derecho francés. Uno muy importante y que supone una gloriosa peculiaridad de las legislaciones iberoamericanas es el relativo a los derechos de los extranjeros (52). La igualdad jurídica de extranjero y nacional es principio que obtuvo consagración constitucional en aquel continente y fue incluido en la mayoría de los Códigos civiles. Así, ya la Constitución argentina de 1853 lo consagró en sus artículos 14 y 20, y el Código civil chileno en su artículo 57 declaró que "la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y al goce de los derechos civiles regulados por este Código". Igual fue el criterio de Freitas y ello está ya en la tradición jurídica común de Iberoamérica.

Muchas instituciones podrían señalarse, espigando por el Derecho privado, en las que las legislaciones iberoamericanas están en una misma línea, que a veces difiere de la línea más frecuente europea.

Si de la órbita del Derecho civil pasamos a la específica del Derecho mercantil, también en ella encontramos el influjo español en los cuerpos legales americanos. Cabe así recordar la proyección que en Iberoamérica tuvo el Código de comercio español de 1829. Su autor, Don Pedro Sáinz de Andino, que lo fue también de las leyes que crearon el Banco de San Fernando y la Bolsa de comercio de Madrid, cumplió en España, como ha subrayado el profesor Rubio, una tarea legislativa de significación muy difícil de igualar (53). Pero de cara a Iberoamérica su obra resultó de una importancia notable. Como señala el profesor Barrera Graf, el Código de Sáinz de Andino fue copiado más o menos literalmente y promulgado, en Ecuador en 1831, en Paraguay en 1846, en Perú, Costa Rica y Colombia en 1853; en otros países sirvió como fuente principal, utilizándose también el modelo francés para los códigos que se dictaron, como es el caso de Bolivia en 1835, Brasil en 1850 y México en 1854; el Código de comercio brasileño promulgado por el emperador Pedro II en 1850 tuvo por fuente también al Código de Sáinz de Andino, junto a los Códigos de comercio francés y portugués (54).

Si el Código civil y el Código de comercio de España han ejercido, como he ido recordando en los párrafos anteriores, tan gran influencia

(52) Véase H. VALLADAO: *Le Droit Latino-Américain*. Librairie du Recueil Sirey, París, 1954, ps. 14 - 15.

(53) J. RUBIO: *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1950, p. 14.

(54) J. BARRERA GRAF: *El Derecho mercantil en la América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963, ps. 26 - 28.

sobre los Códigos civiles y comerciales de Iberoamérica, no es de extrañar que haya un extenso fondo de instituciones de Derecho privado comunes a los países Iberoamericanos entre sí y a éstos con España. Muchas instituciones cabría, sin duda, señalar, espigando por el Derecho privado, en las que las legislaciones iberoamericanas están en una misma línea, que a veces difiere de la línea más frecuente europea. Del marco del Derecho civil ya he señalado alguna; un estudio, con método comparativo, de cualquier tema, contrastando Códigos civiles iberoamericanos en el mismo punto, descubre siempre coincidencias. Del marco del Derecho mercantil, se extraerían también por el mismo método coincidencias numerosas: como observa Barrera Graf, "se conserva un Derecho mercantil homogéneo y uniforme entre todos los países latinoamericanos", en la actualidad como a principios del siglo XIX al iniciarse los movimientos de independencia, y "esta homogeneidad derivada, como diría Schlesinger, de un *núcleo común* a los diferentes países, se mantiene a pesar de la exagerada tendencia legiferante..." (55).

Algo análogo se podría tal vez decir en el plano del Derecho internacional privado: baste recordar las normas comunes aprobadas en Congresos, así como el célebre Código de Bustamante. Por salirse del marco del Derecho privado, objeto primordial de estas notas, no entraré en la esfera del Derecho político, donde son ya numerosas las coincidencias descubiertas entre las Constituciones de los Estados iberoamericanos (56), sobre las cuales, por cierto, tuvo gran influencia durante el siglo pasado la Constitución española de Cádiz (57); tampoco entraré en la esfera del Derecho internacional público, en la que habría que recordar los principios que son comunes a los Estados suramericanos (asilo, extradición, no intervención, etc.), y las doctrinas aportadas por Iberoamérica a aquella disciplina.

5 - La práctica jurídica en Iberoamérica.

El trasplante del Derecho castellano a América, primero, la obra de las Audiencias más tarde y la de la codificación americana han ido creando, como me he esforzado por poner de relieve en los epígrafes anterior-

(55) J. BARRERA GRAF: *Ob. cit.*, p. 39.

(56) Véase P. LIRA URQUIETA: *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Imprenta Chile, Santiago de Chile, 1958, ps. 54 - 55.

(57) Véase R. GARCIA MARTINEZ: *La Constitución española de 1812 como antecedente constitucional argentino*, en "Revista de Estudios Políticos", núm. 138, noviembre-diciembre 1964, ps. 191 - 201. El peso de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo americano por el profesor Diego SEVILLA ANDRES: *Historia Política de España (1800 - 1967)*, Editora Nacional, Madrid, 1968, p. 43. Puede verse también P. HENRIQUEZ HUREÑA: *Historia de la cultura en la América hispánica*. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 5ª ed., 1961, p. 10.

res, un fondo jurídico común en Iberoamérica. Es natural que sea común también, en buena medida, la práctica jurídica en los países de aquel continente, y ello no será el menor indicio de que aquellos integran una familia de Derecho.

La aplicación del Derecho es, en efecto, muy sintomática para saber si países diversos pertenecen a un mismo sistema jurídico. Como observa David, cuando un jurista puede ejercer en país extranjero (es decir, cuando ante la legislación extranjera puede *se tirer d'affaire*) es porque los dos países pertenecen a una misma familia de Derechos (58). Pues bien, es evidente que entre los países iberoamericanos se advierten notables coincidencias en el plano de la práctica. Poseen, en efecto, una terminología jurídica en buena parte común y responden a una misma técnica. Un jurista de cualquier país iberoamericano no se siente completamente desorientado en otro país de Iberoamérica y puede en él, como profesional del Derecho, *se tirer d'affaire*, salir del paso airoosamente. Cuando dos juristas iberoamericanos de distinto país hablan de temas jurídicos, el diálogo es fácil, y si participan juntos en coloquios a nivel mundial, pueden, al advertir su afinidad entre sí frente a otros, verificar que ambos pertenecen a una misma familia de Derechos. Lo mismo se advierte en el diálogo entre juristas españoles e iberoamericanos. Ello se viene comprobando, por ejemplo, en los cursos que para alumnos de muy diversos países se viene celebrando actualmente en el marco de Facultades Internacionales de Derecho Comparado o Institutos nacionales de esa disciplina.

III - PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO.

1 - Comunidad jurídica e integración iberoamericana.

El hecho, que me he esforzado en señalar, de que los ordenamientos iberoamericanos hayan tenido en el pasado y sigan teniendo en el presente un fondo común, puede permitir, de cara al futuro, posibilidades que salen del campo del Derecho para entrar incluso en el de la política. Es, en efecto, obvio el interés que ofrece para todas las ciencias sociales el continente iberoamericano, que, como escribe un autor francés, "constituye un laboratorio para las ciencias del hombre que no tiene equivalente en otra parte" (59); pero es que, además, Iberoamérica

(58) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes cit.*, p. 16.

(59) P. CHAUNU: *L'Amérique Latine*, en la *Histoire Universelle* editada por "La Pléiade", París, 1958, vol. III, p. 1079.

—y esto lo afirma un pensador político español— “se ha convertido en el tema geopolítico de nuestro tiempo” (60). Dentro de ese tema puede tener importancia el dato de que hay una común adscripción de los iberoamericanos a una familia de Derechos bien perfilada (o, si se quiere, a un grupo propio, con personalidad acusada, dentro de la familia romano-germánica o dentro del sistema romanista).

Si la hora actual es en Iberoamérica, en cierta medida, de revolución (61), puede serlo también de integración. Ya hace unos años Carl Schmitt, aun reconociendo que no cabe afirmar en términos abstractos y generales que la unidad es mejor que la pluralidad (porque la unidad abstracta, en cuanto tal, lo mismo puede redundar en auge del bien que en auge del mal: también el reino de Satán es una unidad, como una unidad representa la Torre de Babel), señalaba lo conveniente que para el mundo será que aparezca una “tercera fuerza”, porque entonces se abrirá el camino para una pluralidad de fuerzas, que implicará la posibilidad de un equilibrio de varios grandes espacios que creen entre sí un nuevo Derecho de gentes en un nuevo nivel y con dimensiones nuevas, aunque de ciertas analogías con el Derecho de gentes europeo de los siglos XVIII y XIX, que también se basaba en un equilibrio de potencias; y entre las diversas posibilidades imaginables de “tercera fuerza”, Carl Schmitt citaba la del “mundo hispánico” (62).

En la hora actual, desde luego, cada vez parecen ser más los que piensan que Iberoamérica es una realidad que requiere un continente unido; los que creen que ha llegado el momento de superar los antagonismos y cancelar los resquemores que enfrentan a ciertas naciones iberoamericanas entre sí.

De hecho es cada vez mayor y más real, como observa Jaime Delgado, la conciencia de la unidad hispanoamericana, vislumbrándose, entre las líneas más gruesas de una prefiguración del futuro, la tendencia a la unidad continental hispánica (63). En cierto modo puede hablarse, se habla ya, de un “nacionalismo continental” en la América de habla española: “De un nacionalismo que no surja, como ayer, de la desmembración, de la atomización, de la proliferación de fronteras”, sino que sea

(60) J. FUEYO: *Iberoamérica, plataforma de la revolución social de Occidente* (conferencia), en el vol. *Segundas Jornadas Iberoamericanas* cit., p. 2 de la conferencia.

(61) Véase F. MURILLO RUBIERA: *Contenido de la Revolución iberoamericana*, en “Revista de Estudios Políticos”, núm. 131, septiembre-octubre 1963, ps. 269 ss., y L. RODRIGUEZ - ARIAS: *La Democracia Cristiana y América Latina*. Ed. Universitaria, Lima, 1961, ps. 101 - 106.

(62) Véase C. SCHMITT: *La unidad del mundo*. Ateneo, Madrid, 1951, ps. 17-23.

(63) J. DELGADO: *Suramérica, alta tensión*. Sayma, Barcelona, 1962, ps. 22-23.

“un nacionalismo emergente de un concepto y de un proceso de reintegración” (64). A la integración económica de Iberoamérica, ya muy deseada y estudiada (65), podría seguir, aun siendo difícil, la unidad política.

Para el logro de esa integración política es bueno que los pueblos americanos sean conscientes del hecho de que constituyen una comunidad. Ya Simón Bolívar percibía esa realidad cuando intentaba crear una Federación americana (66) y no hay razón para negarla hoy. Si existen, como se conocía ya en el siglo XVII, las comunidades como unidades políticas debidas en parte a la uniformidad de Derecho (67), no cabe desconocer la existencia de la Comunidad Iberoamericana que, entre otros elementos comunes, posee como hemos visto, un patrimonio jurídico común.

Desde España, ciertamente, se ve ya como una realidad indiscutible y fecunda esa Comunidad. Algunos de nuestros juristas creen hoy en ella “como un axioma” (68). El profesor De Castro, hace ya años, había señalado su existencia y había sugerido como altamente recomendable, en consecuencia, que la comunidad se refleje en cada legislación iberoamericana mediante la supresión de la condición de extranjería y la máxima equiparación al nacional, en favor de quien sea iberoamericano, y que se celebren tratados admitiendo y regulando la doble nacionalidad entre los Estados de Iberoamérica (69). Y, en esa línea, Don Alberto Martín Artajo, siendo ministro de Asuntos Exteriores de España, en 1955, afirmó: “Quisiéramos que la doble nacionalidad o, mejor, la concesión de una ciudadanía supranacional hispánica a todos los hombres de nues-

(64) F. HERRERA LANE: *El financiamiento de la integración latinoamericana*. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (Chile), 1963, p. 4.

(65) Véanse, por todos, el libro de M. FUENTES IRUROZQUI: *La integración económica de la América Latina*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1967, y el de C. VELA, S. J.: *Desarrollo e integración de América Latina*. Madrid, 1968; puede verse también el muy reciente artículo de J. M. MUSTAPICH: *La América Latina y el M. C. Europeo*, en “Fuerza Nueva”, núm. de 1º marzo 1969, ps. 11 - 13.

(66) Véase V. A. BELAUNDE: *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispanoamericana*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1959, ps. 271 ss.; también la reciente biografía de C. VERDEJO: *Simón Bolívar*. Ed. Ramón Sopena S. A. Barcelona, 1968, ps. 146 ss.

(67) Véase J. A. MARAVALL: *La teoría española del Estado en el siglo XVII*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, ps. 102 - 108.

(68) Véase F. PRIETO-CASTRO Y ROUMIER: *La nacionalidad múltiple*. Instituto “Francisco de Victoria”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, ps. 175 - 178.

(69) F. DE CASTRO: Ponencia presentada al I Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Madrid, 1951), resumida en la ob. cit. de PRIETO-CASTRO, ps. 138 - 140.

tra stirpe fuese muy pronto un hecho que fundiese todos los aportes raciales de nuestros países en una unidad superior...". "Será nuestro ideal llegar a la libre circulación de la sangre dentro del cuerpo vivo de la Comunidad hispánica" (70).

2 - El problema de la unificación legislativa.

La posible y deseable integración iberoamericana implicará, en su día, una tarea de unificación legislativa. Tal tarea, evidentemente, no será sencilla. Si no es fácil la empresa de la integración política en sí, tampoco lo es la obra de unificación del Derecho. Toda tarea de unificación legislativa, sea a nivel regional, continental o mundial, tropieza con dificultades obvias. La unificación iberoamericana, en particular, puede tener problemas peculiares; hace algunos años, Miñana y Villagrassa señalaba como dificultades especiales: el individualismo y particularismo hispanoamericanos, los odios y resentimientos político-internacionales y la influencia jurídica de los Estados Unidos de Norteamérica sobre los pueblos hispanoamericanos y la política panamericana (71). Pero estas dificultades parecen estar hoy en camino de superación. El individualismo y el nacionalismo, en efecto, han cedido algo ante el sentimiento creciente de necesidad de la unidad; los resentimientos están un tanto vencidos, al menos en el ánimo de muchos americanos que piensan que si Francia y Alemania, que estaban en guerra hace menos de veinticinco años, siguen hoy un camino más o menos común, con mayor razón pueden hacerlo países que son hermanos y que tuvieron sus pleitos hace más años; y en cuanto a la influencia norteamericana (que es más económica y política que jurídica), encuentra, como es bien sabido, resistencia creciente. Por otra parte, alguna de las dificultades iniciales con que tropieza toda obra de unificación legislativa, que es la diferencia de idioma, no se da en el caso de Hispanoamérica. Por ello creo que cabe una actitud de prudente esperanza en orden a una futura unificación legislativa.

De hecho han sido ya varios los intentos que hacia la unidad se han hecho. De un modo general, ya en el siglo pasado las jóvenes Repúblicas de América hicieron una tentativa, en el Congreso de los juriscultores americanos reunidos en Lima en 1877-78, para unirse en el terre-

(70) A. MARTIN ARTAJÓ: *Fiesta de la Hispanidad 1955* (Discurso), Oficina de la Información Diplomática, Madrid, 1955, p. 17.

(71) Véase E. MIÑANA Y VILLAGRASA: *La unificación del Derecho mercantil hispano-americano (Bases para una legislación común)*. 3ª ed. Ed. Reus Madrid, 1929, ps. 280 - 299.

no jurídico (72). Y, más recientemente, se han dado pasos en el marco de zonas geográficas limitadas (73) o de materias jurídicas concretas (74).

Ciñéndonos aquí al plano del Derecho privado, hay que notar, ante todo, que su unificación, aunque difícil, no es imposible. "La unificación del Derecho y especialmente del Derecho privado —ha podido afirmar un organismo internacional consagrado al tema— está bien lejos de ser un sueño ambicioso relegado al lejano reino de Utopía... Basta constatar que, sobre un plano universal, la unificación es ya un hecho adquirido en el campo del Derecho aéreo, del Derecho marítimo, del Derecho de autor y en algunas ramas del Derecho de la propiedad industrial", (75). Concretándonos a Iberoamérica, la unificación del Derecho privado en ese continente presentará diversas dificultades en el campo del Derecho civil y en el del derecho mercantil.

En el Derecho civil, ya el Congreso iberoamericano de Madrid de 1900 señaló como materias unificables: la capacidad civil, los requisitos esenciales de validez de los contratos, su eficacia, interpretación, rescisión y nulidad, y el tiempo de prescripción de acciones (76). Algunas de esas materias, en efecto, y otras como la de la responsabilidad civil, tan importante hoy en sus diversas vertientes, no ofrecerían dificultades insuperables para una unificación a nivel iberoamericano. Ciertamente que hay otras, singularmente en la parcela del Derecho de familia, que pueden presentar obstáculos mayores; pero si se recuerda el fondo común de principios religiosos y jurídicos que posee Iberoamérica, cabe admitir la posibilidad de superar tales obstáculos; y en materia de propiedad y sucesiones, si se tiene en cuenta las analogías que en muchos puntos presentan las legislaciones iberoamericanas (analogías naturales dado su parentesco, la influencia que han ejercido unas sobre otras y las bases comunes de los Códigos más importantes), cabe también considerar como superables las dificultades.

En el Derecho mercantil es acaso más clara la factibilidad de la

(72) Véase E. MIÑANA: *ob. cit.* p. 21.

(73) Véase, por lo que se refiere a la zona centroamericana, el libro de F. FERNANDEZ - SHAW: *La integración de Centroamérica*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965.

(74) Véase F. CASTEJÓN: *La unificación legislativa iberoamericana*. Cuadernos de Monografías del Seminario de Problemas Hispanoamericanos, Madrid, 1950.

(75) *Unidroit et l'unification du Droit privé 1928 - 1962*, Institut International Pour l'Unification du Droit Privé, Rome, 1962, p. 3.

(76) Véase E. MIÑANA: *ob. cit.*, p. 23.

unificación legislativa (77). Instituciones como la letra de cambio, el cheque, la sociedad anónima, el transporte mercantil, las del Derecho marítimo, etc., se prestan suficientemente a la unificación. Y no han dejado de hacerse esfuerzos, individuales y colectivos, con ese fin. Así, en 1844, el abogado uruguayo Alberdi afirmaba: "Regidos todos nuestros Estados por un mismo Derecho comercial, se hallan en la posición única y soberanamente feliz de mantener y hacer de todo extensivas al Continente las formalidades de validez y ejecución de las letras y vales de comercio" (78). En 1911, Don Faustino Alvarez del Manzano leía en Madrid su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre *La ley mercantil como lazo de unión entre España y las Repúblicas hispanoamericanas*. En 1921, el II Congreso de Historia y Geografía Hispano-americanas, reunido en Sevilla, declaró la necesidad de que "se procure que la ley mercantil en España y en las Repúblicas americanas se inspire en principios análogos, con lo cual se facilitaría grandemente el comercio entre unas y otras" (79). En 1947, la Conferencia Interamericana de Abogados, celebrada en Lima, postuló la unidad en materia cambiaria; y en 1951, la celebrada en Montevideo recomendó "unificar el derecho de las obligaciones y contratos con respecto a las relaciones económicas" (80). Todas estas declaraciones, junto a otras que en la misma línea podrían recogerse, son expresión de una vieja y bastante difundida tendencia a la unificación de la materia mercantil.

Tanto en el campo del Derecho civil como en el del mercantil, la unificación legislativa requerirá una seria labor previa a base de estudios comparativos (81). A través de los mismos, contrastando las diversas legislaciones iberoamericanas sobre cada institución, se podrá ir determinando lo que en cada caso hay de común y de diferente. No es fácil esa tarea, dada la dificultad de conocer ampliamente y al día en cada uno de esos países, o en España, la legislación y la doctrina de los demás, y por ello son elogiados tanto los esfuerzos editoriales para la

(77) Emilio Miñana llegaba en su libro citado de 1929 a la conclusión de que "la Unificación jurídico-mercantil hispano-americana no es una utopía, sino una tarea, innegablemente difícil, pero posible; mucho más factible que la unificación propuesta por el pan-americanismo" (p. 347).

(78) J. B. ALBERDI: *Memoria sobre la conveniencia y objetos de un Congreso general americano*. Santiago de Chile, 1844, cit. por Miñana, ob. cit. ps. 19 - 20.

(79) Véase E. MIÑANA, ob. cit., p. 24.

(80) Véase J. BARRERA GRAF: ob. cit. ps. 50 y 86.

(81) Véase J. ELOLA: *El estudio del Derecho comparado, instrumento de la unificación jurídica internacional*, en el vol. *Comunicaciones Mexicanas al V Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1958, 19 - 33.

mayor difusión de las fuentes (82) como los esfuerzos universitarios para la mayor extensión de los estudios de Derecho comparado (83).

Iberoamérica, en conclusión, se enfrenta en nuestro tiempo ante una vasta y trascendental tarea. Tarea tal abarca, por supuesto, vertientes muy variadas, pero una de ellas, imprescindiblemente, es la jurídica. La misión de los juristas iberoamericanos esencial es así, como alguna vez he tratado de poner de relieve, muy importante de cara al futuro. En la construcción de Iberoamérica tienen, desde luego, papeles muy importantes los economistas y los técnicos, los humanistas y los poetas; pero el trazar las líneas de un Estado a escala continental, el plasmar sus líneas constitucionales, el compilar los cuerpos legales en las materias que sean susceptibles de unificación, el extender el Estado de Derecho o de Justicia, el coordinar los Tribunales, el crear los órganos supremos judiciales del continente y tantas otras tareas que la magna empresa implica, son, en definitiva, funciones propias de los juristas.

A esa empresa de los juristas iberoamericanos pueden aportar los españoles, sin duda, una ayuda considerable, que puede seguir cauces diversos: el envío de libros de Derecho que continúen en el siglo XX, por medio de trasatlánticos y reactores, la obra de difusión de doctrina jurídica que comenzó en el XVI por medio de las naves de Indias; el montaje en América de exposiciones de libros jurídicos españoles; la presencia española en los Congresos jurídicos interamericanos; la multiplicación de las misiones universitarias (84); la apertura de los centros jurídicos españoles a los estudiantes y licenciados hispanoamericanos (85) y la colaboración, en fin, con generosidad y humildad, a las iniciativas de juristas del otro lado del Océano.

Desde otro punto de vista, es conveniente acaso también que dentro de España vayamos dedicando mayor atención a la doctrina y a las instituciones americanas. En el Derecho privado, concretamente, no es

(82) Por ejemplo, el esfuerzo del Instituto de Cultura Hispánica, que está editando, por iniciativa de don Blas Piñar continuada por don Gregorio Marañón Moya, la colección "Códigos Civiles de Iberoamérica".

(83) Son en esa línea trabajos meritorios, entre otros: los de los Institutos de Derecho Comparado americanos, desde el ya antiguo y prestigioso de México hasta los más recientes; los del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Madrid, que desde 1964 celebra cursos de "iniciación al Derecho Comparado" proyectados especialmente para licenciados iberoamericanos con especial estudio del sistema jurídico de Iberoamérica; o los de las Universidades de Concepción, Valparaíso y México, que han organizado Sesiones en colaboración con la "Faculté International Pour l'Enseignement du Droit Comparé".

(84) El Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, del Instituto de Cultura Hispánica, viene realizando una creciente labor en esa línea.

(85) La Escuela Diplomática y la Escuela Judicial, entre otros centros han dado muestras de aquella apertura.

poco lo que podemos recibir de Iberoamérica, que posee monumentos legislativos (como los Códigos civiles de Chile y Argentina), figuras señeras (como las de Bello y Vélez Sarsfield), obras recientes estimables de Derecho civil, colecciones importantes de jurisprudencia y buen número de revistas.

Cumpliendo los juristas hispánicos, de un lado y otro del Atlántico, esas y otras tareas, podrán coadyuvar desde el campo jurídico a que Iberoamérica camine hacia un futuro glorioso siguiendo el auténtico viento de su historia: "De una historia —como escribe Pablo Antonio Cuadra— que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido total, en rutas y sangres, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha. Como una cruzada. Como los mismos Andes, que en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur". (86).

(86) P. A. CUADRA: *Entre la cruz y la espada*, Colección Hispano Americana", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, p. 10.

CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

DR. JAIRO DUQUE PEREZ

(Continuación)

RECURSO DE HECHO

Ante la falta de norma expresa del C. C. A. se pregunta si el recurso de hecho procede en la vía administrativa y si resulta útil su interposición, a los ulteriores efectos de la impugnación judicial del acto.

Como el recurso de apelación se interpone ante el mismo funcionario que dictó el acto "para ante el superior", es posible que por motivos extrajurídicos se niegue a concederlo y entonces el acto administrativo *no causaría estado* y por ende, no sería ocurrible ante la J. C. A.

En este evento será necesario el recurso de hecho porque por medio de él se podría *obtener la apelación* denegada y la posibilidad de acusar el acto ante la J. C. A.; si por el contrario, se estima que la apelación estuvo bien denegada, definitivamente se pierde la posibilidad de acusar judicialmente el acto.

Cuando el funcionario administrativo deniegue la concesión del recurso de apelación y a pesar de ello se interpone la acción contenciosa, el Juez administrativo no puede conocer de ésta ya que la vía administrativa *no se agotó* y los hechos en que sustente el actor la negativa del recurso de apelación, no pueden hacerse valer ante el Juez administrativo que tiene una competencia condicionada, al vencimiento previo de la vía administrativa.

Carlos H. Pareja en su Curso de Derecho Administrativo (Tomo II, pág. 28), se limita a sostener sin mayor motivación ni análisis de las implicaciones o problemas que suscita este recurso en el campo administrativo, su procedencia en la vía administrativa, dice así:

“En lo administrativo puede interponer el recurso de hecho contra la providencia de un inferior cuya apelación éste ha negado. Como ninguna ley administrativa consagra este recurso en esa rama, se aplicarán por analogía, las disposiciones del Código Judicial (arts. 513 y 515)”.

Este fundamento es tanto más sólido en el nuevo C. C. A., por estatuir el art. 282, que los vacíos en los procedimientos establecidos en la Ley 167 de 1941, se llenarán con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman.

Debemos, pues, concretar el estudio a esas disposiciones, no sin antes advertir que el remedio judicial en comento, tiene cabida cuando se deniega la apelación interpuesta contra una providencia definitiva de una autoridad administrativa, o de *trámite*, cuando ésta resuelve indirectamente el fondo del asunto.

Conciérne al respectivo superior *jerárquico* del funcionario que dictó el acto o providencia, cuya apelación se negó, conocer del recurso de hecho.

Según el Profesor Pardo el recurso de hecho tiene dos períodos: a) El de *Preparación* que se inicia con el memorial en que se pide reposición del auto que deniega la apelación y finaliza con la presentación al superior dentro de la oportunidad legal, del memorial en que se fundamenta el recurso, acompañado de las copias de la pertinente actuación; b) el de *Introducción* que comienza con la aducción de dicho escrito y termina cuando se encuentra en firme la providencia que declara bien denegada la apelación o se concede el recurso (21).

Lo primero que debe hacer el interesado, es pedir *reposición* del auto que negó la apelación y en subsidio *copia* de la providencia apelada, de las diligencias de su notificación, del memorial por medio del cual interpuso la apelación, del auto que la rechaza, y de cualquiera otra pieza que aquél juzgue conveniente para ilustrar el criterio del funcionario ante quien ha de acudir.

Si prospera la reposición y consecuentemente se concede la alzada negada antes, no queda materia para el recurso de hecho y

(21) Pardo Antonio J. “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Tomo II. Pág. 225.

éste se extingue; el expediente pasa al superior para la revisión de la providencia apelada.

Si se niega la reposición y se expiden las copias pertinentes, debe expresarse la fecha en que fueron entregadas al recurrente, con el fin de computar el término a que se refiere el art. 514 del C. J.

Dentro de los tres días siguientes al de la entrega de las anteriores diligencias, más el de la distancia, el interesado debe presentar ante el superior jerárquico, el escrito en que funda dicho recurso, y el superior decide de plano.

CONDICIONES PARA LA EFICACIA DEL RECURSO DE HECHO

- 1) Que la apelación sea *procedente*.
- 2) Que el recurso haya sido interpuesto en tiempo.
- 3) Que en tiempo también, se haya pedido reposición.
- 4) Que igualmente, el recurso de hecho se introduzca dentro de la oportunidad legal. La falta de uno cualquiera de los anteriores presupuestos torna inadmisibles el recurso.

LA CONSULTA.

No es propiamente un recurso sino un trámite establecido por la ley en interés del Estado para la mejor defensa de sus propios bienes y derechos.

Como no es recurso, los particulares no pueden interponerlo; pero en el caso de que una providencia sujeta a consulta no se someta a ella, pueden interponer ante el superior, la queja del caso, para que éste pida al inferior el expediente respectivo, antes de que la decisión se ejecutorie.

Según Pareja, las disposiciones del C. J. sobre consulta son aplicables al procedimiento administrativo (22).

En el procedimiento administrativo no está expresamente consagrada la consulta; en los juicios contencioso-administrativos sí para las sentencias que profieran los Tribunales Administrativos, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, de otra entidad de derecho público o de una persona administrativa. Se entiende interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia sujeta a ella, no se ejecutoria mientras no se surta ante el superior. arts. 134, 139 y ss. C. C. A.).

En derecho procesal civil las únicas sentencias que se consultan

(22) Pareja Carlos H., ob. cit. pág. 28.

son las que declaran obligaciones a cargo del Estado, Departamento o Municipio, en primera instancia, y los fallos a que aluden los artículos 821 y 823 del C. J. proferidos en los juicios sobre interdicción judicial por demencia o sordomudez y en el proceso de rehabilitación del que ha sido puesto en interdicción por las causales indicadas.

Similitud entre la apelación y la consulta.

1º) Tanto la apelación como la consulta originan un nuevo grado de jurisdicción que da lugar a una segunda instancia.

2º) Ambas se entienden interpuestas en lo *desfavorable* al recurrente o a la entidad en cuyo beneficio se entiende concedida la consulta; por esta razón no puede el superior modificar la decisión agravando la situación de aquél, no rige pues, la *reformatio in pejus* del Procedimiento civil art. (494 C. J.).

Se diferencian en que la *apelación* exige actividad del litigante, en cambio la consulta se surte *oficiosamente* por el Juez; además, el fallo sometido a consulta no se ejecutoria mientras se decida ésta.

En el procedimiento administrativo la *consulta* es un trámite *Jerárquico*.

La ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria, establece entre otros requisitos previos para la expropiación por parte del Incora, que si el propietario lo solicita dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución por medio de la cual el Instituto hace la calificación de las tierras y ordena adelantar la expropiación, se consulte ésta con el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo en lo que respecta a la clasificación de las tierras y a su calidad de expropiables.

En este evento, la consulta del acto administrativo se surte no ante el superior jerárquico como sería de rigor, sino ante una entidad jurisdiccional. Esta circunstancia le da carácter de jurisdiccional a la decisión del Tribunal y hace imposible la ulterior impugnación de la resolución por la cual se calificó la tierra y fijó su precio (23).

(23) En sentencia del 22 de septiembre de 1967, dijo el Consejo de Estado, que la consulta en mención es otra garantía en beneficio del propietario que lo ampara contra equivocaciones, errores o posibles abusos del Instituto. De esta base deduce la citada Corporación "...no se ve como contra la resolución ameritada pueden haber más recursos por la vía gubernativa o contenciosa, cuando el de consulta los excluye con toda lógica por antagonismos".

Súplica

En la vía administrativa sólo excepcionalmente cabe hablar de este recurso, parecido al de reposición pero diferente de él en que se interpone, no ante el propio funcionario que dictó el acto, sino ante los restantes que con él forman una Sala o Tribunal plural; por ello únicamente procede en las corporaciones o entidades administrativas integradas por más de un funcionario, y para su viabilidad es necesario que el acto objeto del recurso haya sido dictado por uno solo, y no por todos, lo cual ocurrirá en raros casos.

Si en el proceso contencioso-administrativo son aplicables las respectivas disposiciones del C. J. según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado (Anales 272 a 274, pág. 976), es procedente la *súplica* como recurso administrativo.

RECURSO DE CASACION

El recurso de casación no está organizado en la esfera administrativa como sucede en la civil, penal y laboral. Pero la acción *Contencioso-Administrativa* de que trataremos más adelante, guarda o tiene semejanza con ese remedio extraordinario, pues en principio se dirige contra un acto formalmente administrativo que se supone ilegal, así como en casación se ataca o enjuicia la sentencia por iguales motivos.

RECURSO GRACIOSO

Dice Pareja:

Este recurso no existe especialmente consagrado entre nosotros. Pudiera confundírsele con el recurso de queja, de que hablamos antes, con la diferencia de que el recurso de queja obliga a la resolución, lo cual no ocurre con el de la gracia. Este último procede generalmente, por motivos de equidad y contra actos discrecionales no sujetos a otra clase de recursos. El padre de familia con numerosos hijos a quien se le grava con un impuesto legal, pero alto, porque la Administración no quiere usar en su favor cualquiera potestad discrecional que tenga para admitir determinadas deducciones o exenciones que la ley autorice en ciertas condiciones, podría usar del recurso de gracia, invocando aquellas razones de equidad y obtener así la modificación del gravamen.

ENTIDADES AUTARQUICAS Y LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

El ente autónomo, más propiamente denominado *autárquico* (autonomía denota poder de darse leyes, a sí mismo, autarquía responde al concepto de administración propia), es toda persona jurídica pública que dentro de los límites del derecho objetivo y con capacidad para administrarse, se considera respecto del Estado, como uno de sus órganos tanto por el fin que realiza, como por la gestión de sus propios intereses. Sus actos son pues, administrativos, (24).

Los recursos administrativos proceden también contra los actos de las entidades autárquicas o establecimientos públicos porque sus actos son acusables y es principio general que el ataque en juicio debe estar precedido del agotamiento del trámite administrativo (arts. 34, ordinal 10, 83 C. C. A.).

Más, por ser personas autónomas, ante quién se interponen los recursos? Si el acto proviene de un organismo inmediatezado al central en quien radica el poder general de decisión, la apelación se tramitará ante éste; cuando emana del *órgano* decisorio como éste no tiene superior jerárquico, no cabría apelación y para estos efectos, la entidad administrativa matriz, no ejerce tutela administrativa, y sólo cabría la reposición. En esta materia se debe atender a la especial reglamentación consignada en los respectivos estatutos.

En ciertos casos atípicos cabe recurso de apelación ante el Consejo de Estado contra decisiones de la Superintendencia Bancaria y otras entidades administrativas (art. 34 N° 9 C. C. A.); surtida la apelación, no cabe *acción contenciosa* ya que el asunto fue decidido por el mismo Juez.

En estos casos la vía administrativa no es condición para la acción judicial, y ni siquiera tiene ese carácter por la participación de un organismo judicial.

RECURSOS JURISDICCIONALES

Los medios de impugnación administrativa (recursos administrativos) no son en la mayoría de las veces, suficientes para lograr

(24) Anota Argañarás: "Es por ello, una entidad autárquica que, cuando desenvuelve su actividad pública, (en cuanto a su organización, en cuanto a sus relaciones jurídicas con sus empleados), reviste el carácter de "autoridad" capacitada para emanar "actos administrativos, con las mismas características de ejecutoriedad de los actos administrativos del Gobierno". (Tratado de lo Contencioso-Administrativo. Pág. 67).

una adecuada protección de los derechos de los administrados porque ordinariamente en su decisión, no existe la necesaria imparcialidad para que la Administración se pronuncie sobre la ilegalidad de su propio acto. Existe generalmente, una cierta solidaridad de los órganos administrativos o más exactamente, éstos proceden normalmente, con criterios uniformes.

En tal virtud, las legislaciones se han preocupado por organizar Tribunales especiales encargados de decidir con plena autonomía, dentro de procedimientos administrativos y con la autoridad de cosa juzgada, sobre la legalidad de los actos de la Administración.

Es mediante la promoción de una acción cuando el acto irregular por desconocer el orden jurídico o violar un derecho subjetivo del particular, será declarado nulo y retirado en el primer caso, del ordenamiento normativo; y en el segundo, sustituido por otro que deje indemne al administrado.

Se trata entonces, de la JUSTICIA ADMINISTRATIVA que consiste según Mayer, en la "actividad que tiende a realizar un acto administrativo con la admisión de los interesados como partes y con el efecto de que el acto pueda entrar en autoridad de cosa juzgada (25).

El abuso o arbitrariedad de la Administración al expedir el acto va a ser destruido con la intervención de autoridades IMPARCIALES; ya no podrá mantener vigente aquella un acto que ha dictado contra derecho; dice Fiorini sobre este punto:

"Es conquista del Estado de derecho el imponer normas a la actividad reguladora de la Administración en su tutela del interés público; jamás puede suponerse que su labor deba ser arbitraria o injusta. La Administración deberá actuar siempre jurídicamente, es decir, respetando las normas impuestas a su labor. SUPONER QUE LA ADMINISTRACION, EN REPRESENTACION DE LOS INTERESES GENERALES QUE TUTELA, es superior a las normas que regulan el orden jurídico, es suponer el discrecionalismo arbitrario en la actividad Estatal. La Administración no puede ir más allá de lo que imponen las normas, sólo se diferencia su actividad según deba regular normas surgidas de la le-

(25) Sarria Eustorgio: "Derecho Procesal Administrativo". (Pág. 77).

gislación, pero siempre en los dos casos debe ser actividad ESPECIALMENTE JURIDICA". (26).

La justicia administrativa representa el medio técnico jurídico con el cual se somete la actividad de ORGANOS DEPENDIENTES a la fiscalización de ORGANOS INDEPENDIENTES, ofreciendo así ocasión para eliminar del acto administrativo aquellos influjos que han podido actuar sobre el mismo perturbadoramente, en virtud de la dependencia jurídica y política de los funcionarios administrativos. Posee según Merkel, citado por Sarria, la ventaja de hacer posible el examen de los actos administrativos por una esfera que, no sólo por su constitución especial y por su procedimiento también especial, sino particularmente por su *independencia jurídica*, ofrece por término medio una mayor garantía de juricidad que la autoridad administrativa que ha decidido en último lugar. (27).

La probabilidad de que una violación jurídica cualquiera, no ha de perdurar más allá de su tratamiento contencioso, habrá de bastar en una organización estatal ordenada, para precaver violaciones jurídicas intencionadas por parte de la Administración.

Para el mismo autor el objeto especial de la justicia administrativa y especialmente del derecho material que tiende a aplicar, condicionan también un procedimiento especial que se distingue del procedimiento de los demás Tribunales como del procedimiento de las autoridades administrativas. Este procedimiento especial es el nuevo *Derecho Judicial Administrativo*.

Entre la Justicia General y la Administrativa existe una separación más profunda de la que existe entre las otras ramas de la Justicia "sin que por ello quede afectada la naturaleza auténticamente judicial, de la Justicia Administrativa".

Se distinguen tres tipos de organización de la justicia Administrativa:

- 1º) Justicia Administrativa ejercida por los Tribunales Ordinarios.
- 2º) Justicia Administrativa ejercida por las Autoridades Administrativas revestidas de la calidad de Tribunal.

(26) Fiorini Bartolomé: "La Justicia Administrativa", (pág. 126).

(27) El sometimiento de la Administración a la decisión del Juez y la disminución de su capacidad o por mejor decir, la renuncia de sus privilegios o atribuciones soberanas, constituye el RASGO MAS VISIBLE Y CARACTERISTICO DE RESPETO AL ORDEN JURIDICO EN LA VIDA ESTATAL, por el control recíproco de los poderes públicos. En la vía administrativa la Administración es JUEZ Y PARTE; en la vía jurisdiccional la Administración solamente es PARTE que ha de pasar por lo que resultare de la sentencia del poder jurisdiccional.

- 3º) Justicia Administrativa ejercida por Tribunales especiales, los Tribunales Administrativos, exclusivamente competentes para ello.

El primer sistema es el Judicialista del derecho inglés; el segundo, el del derecho francés que pretende apoyarse en el principio de la separación de los poderes y en la falta de idoneidad de los jueces comunes para decidir las contenciones administrativas; y el tercero, que es el seguido por Colombia, le adscribe el conocimiento de las controversias administrativas a Tribunales incorporados a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, pero integrados por personal especializado y con código especial.

Hay que tener en cuenta que la función contencioso-administrativa no puede científicamente, ser ejercida por el Organismo Judicial, menos cuando, como sucede entre nosotros, aquella tiene también adscrita la función contencioso-electoral. La jurisdicción contencioso-administrativa ejerce funciones que por su naturaleza intrínseca participan de los caracteres del acto jurisdiccional y del acto administrativo, de modo que tan irregular resulta que ella sea ejercida por el Organismo Judicial como lo sería que lo fuera por el Organismo Ejecutivo o Poder Administrativo.

Para evitar equívocos conviene precisar que la expresión Tribunales Administrativos empleada por los autores franceses, se refiere a órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, y que reúnen las siguientes características:

- 1º) No forman parte del Poder Judicial, sino del Poder Administrador;
- 2º) Carecen enteramente de vinculación con el Poder Judicial; sus decisiones tienen carácter final, siendo irrevisibles por los Tribunales Judiciales;
- 3º) Actúan separados de los órganos que cumplen las funciones propiamente administrativas y que en su conjunto se denominan "Administración Activa".
- 4º) Gozan de una competencia en materia contencioso-administrativa establecida por cláusula general, o sea, son "tribunales de derecho común" en materia administrativa. (28).

La circunstancia de que un Tribunal incorporado a la Administración decida las contenciones administrativas, no ha perjudicado el derecho del administrado en beneficio de la propia administración. El Consejo de Estado Francés ha proporcionado al administrado ga-

(28) Tristán Bosch Jorge: "Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?". pág. 25.

rantías que al decir de Maxime Letourner, ninguna otra jurisdicción hubiera soñado acordar y la mayor parte de esta obra de envergadura fue realizada en menos de cincuenta años. (29).

NOCION DE "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO"

La consagración del control jurisdiccional de los actos de la Administración, ha dado lugar al nacimiento de una noción de extraordinaria importancia: EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La materia contencioso-administrativa está constituida según anota Manuel Argañarás (o. c. pág. 13), por el conflicto jurídico que crea el acto de la autoridad administrativa al vulnerar derechos subjetivos o agravar intereses legítimos de algún particular o de otra autoridad autárquica, por haber infringido aquella, de algún modo, la norma legal que regla su actividad y a la vez protege tales derechos o intereses.

Para Linares Quintana, "la palabra contencioso adjetiva la idea de contradicción, desacuerdo en la valoración de un acto, de un hecho o de una omisión. Caracterizado así el término CONTENCIOSO debe determinar el significado de ADMINISTRATIVO que nos ocupa. No puede ser otro que el perteneciente o relativo a la Administración pública. Es decir, que CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en su sentido primario y gramatical, equivale a pleito perteneciente a la Administración Pública, en el sentido de que es parte en una situación de contienda jurídica entre la Administración Pública y los Administrados. En un sentido estricto, lo contencioso administrativo puede ser definido desde dos puntos de vista diferentes. En ABSTRACTO significa un sistema de garantías que el Estado acuerda a los particulares en sus relaciones con la Administración. En CONCRETO designa el recurso, acción o litigio trabado entre un individuo y la Administración a consecuencia de la violación de un derecho o de un interés legítimo". (30).

(29) El Consejo de Estado Francés aparece ante todos no ya como un instrumento imperial destinado a sustraer a determinadas personas de la acción de la justicia, sino como un cuerpo que dá al ciudadano un juez experto en materias en que nunca lo habría habido, poniendo además a su disposición las técnicas necesarias para estar protegido contra las ilegalidades perpetradas por las autoridades. "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", primera parte, edición especial 1968, (págs. 99 y 100).

(30) *Lo contencioso administrativo y el proceso administrativo*: La doctrina emplea el término LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, para referirse a los problemas procesales administrativos, siendo enorme la confusión doctrinal en torno a su concepto. Los siguientes son los significados que se han atribuido a la aludida expresión:

Encontramos pues, de un lado LA ADMINISTRACION y de otro el PARTICULAR. La oposición que surge entre ambos a consecuencia de los actos de aquella y de los derechos de éste, suministra el material de lo contencioso administrativo. La fuente del derecho violado puede ser la LEY, el REGLAMENTO, el CONTRATO, el DECRETO o RESOLUCION; y la lesión referirse a una norma jurídico superior, sin daño para el particular, o a la violación de dicha norma y a la vez de un derecho subjetivo de éste. Se entrecruzan aquí, las dos clásicas acciones que compendian todas las pretensiones contencioso-administrativas: la de NULIDAD y la de PLENA JURISDICCION.

El estudio del contencioso-administrativo constituye uno de los puntos más difíciles de enmarcar dentro de una teoría general, ya que la doctrina y las diferentes legislaciones siguen caminos diametralmente opuestos al determinar la materia de la cual van a conocer los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, las reglas que vamos a exponer no pueden referirse a un sistema universal, sino que sólo comprenden las normas que generalmente se siguen en el contencioso de aquellos países que tienen su inspiración en el sistema francés.

La primera norma o principio es que son acusables ante la jurisdicción de lo C. A., sólo los ACTOS ADMINISTRATIVOS es decir, los que emanan de la AUTORIDAD PUBLICA (poder central, departamental, municipal o de establecimientos públicos) en el desenvolvimiento de su gestión administrativa, y no los correspondientes a su actividad POLITICA o de GOBIERNO (31).

Este acto tal como se anotó antes, debe reunir ciertos caracteres para que pueda ser objeto de acción administrativa. En primer lugar se requiere que tenga respecto de la ADMINISTRACION el carácter

a) lo contencioso administrativo como LITIGIO administrativo en que interviene la Administración como poder público. Dice Fadda, citado por González Pérez: "EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO es una expresión compuesta de dos términos: CONTENCIOSO que significa contienda,, pleito, lucha por el poder público; contencioso administrativo es pues una controversia donde interviene la Administración Pública".

b) lo CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO como ACCION ADMINISTRATIVA. Es decir, la potestad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales, solicitando la reforma de un acto administrativo. Parece que en este sentido está tomada la expresión por el C. Contencioso Administrativo (arts. 62 y 67 de la Ley 167 del 41; y art. 2o. del Decreto 528 del 64).

c) lo Contencioso Administrativo como PRETENSION PROCESAL ADMINISTRATIVA; no se trata únicamente de la facultad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales, sino la declaración de voluntad por la que se solicita de tales órganos, la reforma de un acto administrativo.

(31) El acto administrativo es un presupuesto objetivo que condiciona la admisibilidad de la pretensión contencioso-administrativa. Eduardo Vivancos (Las causas de inadmisibilidad del Recurso. C. Ad.).

de DEFINITIVO, es decir, que se haya agotado la vía administrativa respecto de él. (32).

En el juicio administrativo se va a desvirtuar la presunción de legitimidad del acto; pero su promoción no exceptiona la facultad que tiene la Administración de hacer uso de la DECISION EJECUTORIA, y del privilegio de la ACCION DE OFICIO; estas prerrogativas la dispensan de acudir a la fórmula procesal para satisfacer sus pretensiones; es el particular afectado por el acto quien debe acudir como demandante a la vía procesal para hacer efectivos sus derechos desconocidos o vulnerados por la Administración sin que su intervención comporte por sí misma, suspensión de aquellas facultades. La acción accesoria de "suspensión provisional" sí es una salvedad a la EJECUTORIA DEL porque éste se suspende mientras se dicta el fallo definitivo.

Otra restricción a la impugnación judicial de los actos administrativos, que trataremos posteriormente, es la de los actos dictados en uso de potestades discrecionales. En este punto se ha marcado una profunda diferencia entre el derecho contencioso-administrativo primario que excluía del control esos actos y el derecho contencioso-administrativo contemporáneo que admite que los actos DISCRETIONALES sean llevados a conocimiento del Juez administrativo por motivos de legalidad y no de OPORTUNIDAD.

La exclusión de los actos POLITICOS del PODER EJECUTIVO no se justifica en la actualidad aún cuando en ciertos países (España y Francia) expresamente se les margina de la acción contencioso administrativa.

Es necesario además, que el acto no esté asignado a otro organismo de la jurisdicción ordinaria, así ocurre por ejemplo, con los actos que celebra la Administración utilizando las formas del derecho privado y en donde por ende, se equipara a la situación de los particulares.

Por último, los Tribunales Contencioso Administrativo no conocen de los delitos cometidos por agentes públicos en desempeño de sus funciones.

(32) En el derecho español se habla de decisión administrativa para aludir al acto administrativo que *causa estado*, es decir, aquél respecto del cual se ha agotado la vía administrativa. Sólo causan estado las decisiones administrativas contra las que no caben recursos ordinarios en la vía gubernativa. Eduardo Vivanco (Causales de inadmisibilidad de los recursos administrativos. Pág. 156).

PROCESO ADMINISTRATIVO

Por definición el proceso administrativo es una categoría especial del género proceso; pertenece pues, al mismo GENUS COMUNES que el civil, el penal o el del trabajo, diferenciándose de éstos tan sólo, en el carácter especial de las normas que sirven de fundamento a la pretensión.

Según Guasp, el proceso es una "sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada, mediante la actuación de los órganos del Estado especialmente instituidos para ello". (33).

Es el mismo concepto de Alvarez Gendín de quien tomamos el siguiente párrafo:

"El contencioso-administrativo es el PROCESO ESPECIAL que lo constituye la sucesión de actos llevados a cabo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar un acto de la Administración a instancia o mediante recurso (acción) de parte; también procede por recurso de la propia Administración (proceso de lesividad) para restablecer un derecho subjetivo Administrativo y en todo caso el decreto objetivo administrativo". (Ob. c. p. 87). (34).

No debe sin embargo equipararse totalmente el proceso administrativo al civil; pues el primero que tiende a la realización de la justicia administrativa, se ve impregnado por el carácter público de una de las partes lo que incide además en la índole pública de las reglas de derecho que se aplican y en las relaciones públicas de los contendientes.

CRITICA A LA EXPRESION RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

No corresponde esta denominación a la naturaleza propia de la acción contencioso-administrativa que supone un proceso, en el que la Administración y el particular contienden en un plano de relativa igualdad, Argañarás acepta esta tesis al decir:

(33) Citado por Aurelio Guaita, en "El proceso Administrativo de lesividad", pág. 11.

(34) Para Prieto Castro hay que entender por proceso la actividad de las partes y del Tribunal regulada por el derecho procesal para obtener la sentencia (cosa juzgada) o "el acto por el cual el tribunal cumple su misión de defensa del orden jurídico que le está encomendada por el Estado, y tutela el derecho de la parte que, en el curso de él, haya demostrado poseerlo". Derecho Procesal Civil. Pág. 9. Tomo I.

“La reclamación del particular no es llevado a conocimiento del Tribunal Administrativo que ejerce jurisdicción delegada, como en el contencioso francés, sino por DEMANDA ante un Tribunal perteneciente a otro poder del Estado, según el sistema judicialista adoptado por las Constituciones locales, de ahí que sea más propio hablar de ACCION y no de RECURSO”.

Insistiendo sobre el mismo tópico advierte que la resolución que pone término a la reclamación administrativa, no es un acto jurisdiccional para que pueda entenderse de algún modo que, cuando es denegatoria del derecho particular, se deduzca recurso y no acción ante el Tribunal Administrativo. (35 y 36).

La expresión RECURSO pone de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la J. C. A., exista un ACTO ADMINISTRATIVO.

El art. 66 del código colombiano, habla con propiedad de acción.

Cuando se presenta el caso CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO se somete a un Tribunal para su decisión; no es admisible que el poder público goce de la prerrogativa, que en antes, tuvo de escapar al régimen de control de legalidad de sus actos. El particular tiene

(35) En el mismo sentido González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, español, Tomo II, pág. 537 y Alvarez Gendín, pág. 89).

(36) El término RECURSO es impropio porque dentro de la técnica procesal se entiende por recurso la apertura de una vía dentro del mismo proceso que permite revisar la decisión recurrida por el mismo funcionario que la admitió o por otro de superior categoría. Y lo contencioso administrativo no es una contención, una pugna, una lucha fuera del proceso. Por consiguiente está mejor dicho, ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA”.

(Mario Rodríguez, notas de clase, pág. 21).

El mero hecho de saltar de la Administración a la Jurisdicción de una esfera de la función pública a otra, implica una repugnancia del concepto RECURSO. El orden jerárquico, justificación y sustentáculo del recurso, se termina con la decisión administrativa. Acudir a la Jurisdicción, comparecer quejoso a otra esfera de la función pública, no es lo mismo que hacerlo ante el superior jerárquico como en la alzada o en la apelación. La JURISDICCION no es SUPERIOR JERARQUICO DE LA ADMINISTRACION. Una y otra tienen claramente deslinados sus campos. El hecho de que, en el Estado de derecho la libertad administrativa esté menoscabada por el control que sobre ella ejerce, o puede ejercer, el poder jurisdiccional, no significa superioridad en el orden jerárquico.

“En definitiva y para finalizar, queremos dejar muy en claro que el RECURSO contencioso-administrativo no existe más que en el lenguaje y, aún como generalización de un vicio de vocabulario. La denominación RECURSO contencioso administrativo NO SE CORRESPONDE A UN CONCEPTO JURIDICO DEPURADO Y DEBE, por tanto, DESAPARECER”. VIVANCOS EDUARDO (Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Pág. 123).

acción para deprecar judicialmente la protección de su derecho (derecho subjetivo) o del derecho objetivo según la violación infringida por el acto administrativo.

Este control es concreción del régimen institucional que caracteriza al Estado colombiano: las autoridades públicas deben obrar dentro de la órbita de sus atribuciones legales; sus actos no son válidos sino bajo esa condición.

El art. 20 del Decreto 528 de 1964 reza:

“La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941”.

JURISDICCION ORDINARIA Y JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Estas jurisdicciones difieren en cuanto a su OBJETO (naturaleza de la contienda), APRECIACION y JUZGAMIENTO.

Explicemos:

a). - El objeto de la Jurisdicción CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA son los actos de la Administración ya se trate de normas generales, reglamentarias o impersonales, por violación de normas superiores, ora del reconocimiento que de una situación jurídica particular hace la Administración con desconocimiento de leyes preexistentes. Para ambos casos cabe la acción contencioso administrativo bien para restablecer el imperio quebrantado de la LEY (ACCION PUBLICA), o para enmendar la lesión de un derecho público subjetivo que el acto del poder público desconoció con detrimento de leyes superiores (acción privada).

b). - Se infiere de lo anterior que en el proceso contencioso administrativo sólo pueden ser partes en litigio, el PARTICULAR QUE IMPUGNA EL ACTO ADMINISTRATIVO y la AUTORIDAD ADMINISTRATIVA AUTORA DEL ACTO; excepcionalmente es demandante la misma administración como ocurre en el proceso por LESIVIDAD DEL DERECHO ESPAÑOL; y en el art. 72 Ley 167/41 del derecho colombiano.

Por este segundo aspecto (apreciación) cabe señalar dos particularidades propias de esta jurisdicción: a) la de ser meramente REVISORA del acto administrativo y por ello sólo las cuestiones

que fueron materia de la resolución administrativa, pueden ser consideradas por el Tribunal de lo Contencioso administrativo; y b) que según Bielsa esta jurisdicción extraordinaria se ha instituido más que en favor de los administrados a título personal, que en favor de la Administración Pública", por ella se trata de mantener el imperio de la legalidad; porque la Administración goza de ciertos privilegios, como gestora y representante del interés público, lo que determina necesariamente, un régimen de control jurisdiccional distinto" (37).

CONTENIDO DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Comprende una parte sustantiva, la que atañe al control jurisdiccional del acto y estudio de las *acciones* contencioso administrativas; y una parte adjetiva que se refiere a la organización y procedimiento que siguen los órganos jurisdiccionales llamados a ejercer esa función, y los particulares recurrentes para la obtención de sus pretensiones.

LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS (38)

Tradicionalmente se han distinguido cuatro acciones contencioso administrativas: acción de PLENA JURISDICCION; acción OBJETIVA o DE ANULACION; acción o contencioso de INTERPRETACION y contencioso de REPRESION. Las dos primeras son las principales en las legislaciones modernas y a ellas se dirigen los principales estudios doctrinarios actuales.

En un sistema positivo configurado sobre la base de estas dos acciones el particular afectado por un acto o hecho administrativo puede accionar con el recurso de ANULACION o de PLENA JURISDICCION cuando se ha lesionado el orden jurídico general o su derecho subjetivo. Cuando se pide del Juez la declaración de NULIDAD de un ACTO ADMINISTRATIVO, estamos en presencia del primero siendo el más importante y característico del derecho francés, el de-

(37) Citado por Argañarás, ob. c. pág. 25.

(38) Algunos procesalistas pretenden sustituir la expresión ACCION por el concepto de PRETENSION PROCESAL. La acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión y ésta se diferencia de la acción como derecho autónomo. La acción es un derecho; la pretensión es una manifestación de la voluntad cuya realización y ejecución están condicionadas por las apreciaciones del órgano jurisdiccional. La acción la proporciona la ley. La pretensión se acoge a la Ley. La ley nos da la acción para que podamos formular la pretensión. Así pues, la acción CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA es el derecho autónomo y abstracto a litigar, en el proceso contencioso administrativo con el fin de lograr la efectividad de una pretensión concreta. (Eduardo Vivancos. Ob. citada, pág. 127).

nominado RECURSO POR EXCESO DE PODER; pero también puede demandarse del Juez Administrativo que utilice al restablecimiento del derecho, el CONJUNTO DE SUS PODERES JURISDICCIONALES y no solamente su poder de anulación pronunciando principalmente condenas PECUNIARIAS. Se trata entonces del recurso de PLENA JURISDICCION o PLENO CONTENCIOSO cuya denominación se originó en la jurisprudencia francesa y es aceptada por la casi unanimidad de la doctrina y proviene del hecho de que esta acción, PONE EN MOVIMIENTO LA PLENITUD, LA TOTALIDAD de los PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO y no solamente sus poderes de anulación.

Además de estos recursos el sistema francés conoce el llamado de INTERPRETACION que está íntimamente ligado a las cuestiones PREJUDICIALES. Opera cuando un Tribunal de la jurisdicción ordinaria está obligado a SUSPENDER el juicio porque una cuestión de la competencia contencioso administrativa que es decisiva para la decisión final, aparece en el curso del proceso. EL JUEZ ADMINISTRATIVO SERA ENTONCES el llamado a decidir por un recurso distinto que puede ser de interpretación, cuando se le pide la interpretación de un acto administrativo oscuro, o de APRECIACION DE LEGALIDAD, cuando se le pide que decida sobre la validez del acto administrativo que alguna de las partes tacha de ilegal. En ambos casos el Juez Judicial fallará el litigio para el cual es competente basándose en la interpretación o apreciación de la legalidad hecha por el Juez Administrativo.

Además de las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado Francés, como tribunal de 2ª instancia y de casación en ciertos casos según la reforma del año 1953, interviene en la interpretación prejudicial de los actos administrativos cuando se deben aplicar en un litigio de la justicia común, o cuando se impugna la validez de un reglamento de la administración.

Sobre la procedencia de esta acción de interpretación en el derecho Francés, dice así el Profesor Berthelemy, explicando su naturaleza y alcance:

"La necesidad de interpretar los actos administrativos puede manifestarse en situaciones muy diversas. Puede que ella constituya el fondo mismo de un litigio y en este caso, atañe a la autoridad competente la solución de este litigio.

“Ya se trate de un reglamento de policía o de un acto de gestión que ningún texto sustraiga a la competencia judicial, los Tribunales judiciales competentes para conocer de la aplicación de este reglamento y de este acto de gestión, están, con toda evidencia, encargados de interpretarlos. Por ejemplo: una persona se presenta ante un tribunal de policía por violación de un reglamento. Esta persona controvierte las conclusiones que se pretende sacar del reglamento en cuestión. El Tribunal competente para aplicar la sanción del reglamento. juzgará de su validez e interpretará sus términos.

“Pero puede suceder que la necesidad de interpretar un acto administrativo se presente en el curso de un litigio que no tenga por objeto la aplicación misma de este acto.

“Ella se manifiesta ante un Tribunal, competente para decidir el litigio pero incompetente para conocer del acto invocado. La interpretación del acto administrativo viene a ser entonces una cuestión PREJUDICIAL. Es éste, si se quiere, un Tribunal civil que para decidir una cuestión de propiedad, tiene necesidad primero de conocer el sentido de la ley cuyos términos son ambigüos.

“Por último, también fuera de toda instancia puede suceder que un ministro, para tomar determinadas medidas administrativas, tenga necesidad de conocer el sentido de un ACTO ADMINISTRATIVO que él mismo no puede interpretar. Ejemplo: en el caso de un contrato realizado entre una compañía de ferrocarriles y su ministerio.

“SE LLAMA CONTENCIOSO DE INTERPRETACION, EL CONJUNTO DE REGLAS SEGUN LAS CUALES, EN ESTAS DIFERENTES HIPOTESIS Y EN LAS OTRAS SEMEJANTES, LA INTERPRETACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PUEDE SER SOLICITADA Y ACORDADA POR LA AUTORIDAD COMPETENTE”.

“¿Quién es esta esta autoridad competente para llevar a cabo el acto de interpretación y qué valor tiene su interpretación? Estas dos cuestiones son en total, las que se presentan para resolver.

“A la cuestión primera debe responderse mediante una distinción: cuando se trata de actos de poder público la regla apli-

cable se rige por el sentido del siguiente aforismo jurídico: A QUIEN HACE LA LEY ATÁÑE SU INTERPRETACION (ejus est interpretari cuius est condere); cuando se trata de contratos o actos de gestión, la cuestión que debe interpretarse se lleva ante la jurisdicción que sería competente para juzgar de la ejecución del contrato y de las consecuencias jurídicas del acto”.

(39).

El mismo significado o naturaleza le atribuyen Héctor Giorgi y Allan Randolph Carias, como pasa a extractarse:

Dice el primero:

“El contencioso de INTERPRETACION tiene por finalidad permitir actuar la competencia del órgano jurisdiccional que debe resolver sobre el fondo del asunto. El Tribunal administrativo debe resolver aquí una cuestión PREJUDICIAL como consecuencia de la INCOMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL para interpretar los ACTOS ADMINISTRATIVOS INDIVIDUALES y apreciar fuera de ciertos casos excepcionales, la legalidad de los actos administrativos de toda especie”. (40).

El autor advierte que no habiendo en el Uruguay, país a cuyo régimen administrativo se refiere en su obra, disposición legal que consagre este contencioso, serán los jueces ordinarios quienes interpretarán los ACTOS ADMINISTRATIVOS y apreciarán la validez o invalidez de los mismos.

Lo mismo puede decirse en Colombia, respecto del contencioso de interpretación que nace o surge como cuestión PREJUDICIAL.

El segundo autor, dice:

“El contencioso de interpretación opera cuando un Tribunal judicial está obligado a sobreseer porque una cuestión de la competencia contencioso-administrativa, y que es decisiva para la decisión final, aparece en el curso del proceso. El Juez administrativo será entonces el llamado a decidir por un recurso distinto, que puede ser la interpretación, cuando se le pide la interpretación de un acto administrativo oscuro o de apreciación de legalidad, cuando se le pide decidir si el acto administrativo que alguna de las partes tache de ilegal, es legal o no. En ambos

(39) Escobar Camargo Antonio: Los Decretos Leyes ante el Consejo de Estado.

(40) “Lo contencioso-administrativo de anulación”. Pág. 28.

casos, el Juez Judicial decidirá el litigio, para el cual es competente, basándose en la interpretación o la apreciación de la legalidad hecha por el Juez Administrativo". (41).

El doctor Mario Rodríguez, profesor de la Universidad de Medellín y actual Magistrado del Tribunal Administrativo, le da una modalidad especial al contencioso de interpretación; se expresa así:

"Vimos que la causa petendi, es decir, lo que se pide y es objeto de sentencia en el juicio de anulación, es exclusivamente la NULIDAD o la INVALIDEZ del ACTO administrativo.

"En el contencioso de Interpretación habrá además de este pronunciamiento, UNA DECISION ADICIONAL que indique el verdadero sentido en que debe interpretarse una norma superior cuando el acto acusado dice ser violatorio de ésta por errónea interpretación.

"Además, este recurso versará exclusivamente contra las CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE SERVICIO, cuyo carácter de acto jurídico es muy discutible".

Concluye que en Colombia no cabe tal contencioso, con las peculiaridades del derecho francés y belga.

El contencioso de interpretación conforme a la configuración que le da el derecho francés, no existe en Colombia porque las cuestiones PREJUDICIALES deben ser expresamente consagradas por la ley y la nuestra no lo ha dispuesto con respecto a la interpretación de actos administrativos cuando ésta sea necesaria para la decisión de un juicio civil. Es por tanto, competente el Juez civil para la interpretación del acto.

Pero como acción autónoma puede pedirse la interpretación de un acto administrativo es decir, que se fije su contenido y alcance prescindiendo de la violación actual del derecho objetivo o del derecho subjetivo del actor? La respuesta afirmativa es compatible con un sistema de tutela integral del ORDEN JURIDICO, lo que constituye un desiderátum en un régimen como el colombiano donde se brindan medios amplios para el control de legalidad de los actos de la administración pública.

(41) Las instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, pág. 387.
Consúltese también sobre el mismo punto la obra de Sayagués Laso y la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Uruguay, artículo de que es autor precisamente Sayagués Laso, pág. 24.

Esta sola consideración no es suficiente para dar por establecida una acción que el legislador no reguló expresamente; aunque es válida en política legislativa para que se adicione el Código de la materia y se brinde al administrativo la posibilidad de accionar para que el Juez administrativo fije el sentido de un acto de la Administración cuya desviada interpretación puede ser fuente de lesiones de derechos particulares o aún, de oposición al orden jurídico general.

Si se adoptara esta modalidad de control de legalidad, no sería necesario que existiera derecho violado en cabeza del particular recurrente; bastaría la sola posibilidad de que esa violación se consumara en el futuro y entonces la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cumpliría un cometido de prevenir agravios futuros o posibles, conjurar peligros, pero no de remediar los ya causados.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, está encomendada únicamente para la reparación de los daños causados. Debe ser cierta la alteración del orden jurídico en la acción de nulidad y ser actual y cierta la lesión del derecho subjetivo en el contencioso de plena jurisdicción.

Finalmente, el contencioso de interpretación en la forma doctrinaria que se viene tratando, no se adecuaría al principio que consagra el art. 17 del C. C. colombiano pues el fallo del Juez Administrativo desbordaría necesariamente, el caso sub-júdice y tendría el carácter de norma general.

Según Carlos H. Pareja, el contencioso de interpretación no ha tenido aplicación entre nosotros por falta de una reglamentación positiva. Ni en el viejo ni en el nuevo Código de lo Contencioso-Administrativo, aparece norma ninguna reguladora del ejercicio interpretativo de determinadas situaciones jurídicas, por parte de los tribunales Administrativos y cita como único caso, el resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de 20 de septiembre de 1937 (Anales N° 257 a 266, pág. 665).

"Una Asamblea Departamental dicta una ordenanza en que dispone que, en el pago de todas las rentas y contribuciones que hagan los contribuyentes, podrá recibírseles hasta un diez por ciento en vales del tesoro departamental. Otra ordenanza posterior crea un impuesto adicional sobre los cigarrillos que se dieran al consumo y destinó especialmente ese impuesto a determinadas obras públicas. Un contribuyente CONSULTO al Gobernador si el pago de este impuesto adicional o sobreimpuesto se

casos, el Juez Judicial decidirá el litigio, para el cual es competente, basándose en la interpretación o la apreciación de la legalidad hecha por el Juez Administrativo". (41).

El doctor Mario Rodríguez, profesor de la Universidad de Medellín y actual Magistrado del Tribunal Administrativo, le da una modalidad especial al contencioso de interpretación; se expresa así:

"Vimos que la causa petendi, es decir, lo que se pide y es objeto de sentencia en el juicio de anulación, es exclusivamente la NULIDAD o la INVALIDEZ del ACTO administrativo.

"En el contencioso de Interpretación habrá además de este pronunciamiento, UNA DECISION ADICIONAL que indique el verdadero sentido en que debe interpretarse una norma superior cuando el acto acusado dice ser violatorio de ésta por errónea interpretación.

"Además, este recurso versará exclusivamente contra las CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE SERVICIO, cuyo carácter de acto jurídico es muy discutible".

Concluye que en Colombia no cabe tal contencioso, con las peculiaridades del derecho francés y belga.

El contencioso de interpretación conforme a la configuración que le da el derecho francés, no existe en Colombia porque las cuestiones PREJUDICIALES deben ser expresamente consagradas por la ley y la nuestra no lo ha dispuesto con respecto a la interpretación de actos administrativos cuando ésta sea necesaria para la decisión de un juicio civil. Es por tanto, competente el Juez civil para la interpretación del acto.

Pero como acción autónoma puede pedirse la interpretación de un acto administrativo es decir, que se fije su contenido y alcance prescindiendo de la violación actual del derecho objetivo o del derecho subjetivo del actor? La respuesta afirmativa es compatible con un sistema de tutela integral del ORDEN JURIDICO, lo que constituye un desiderátum en un régimen como el colombiano donde se brindan medios amplios para el control de legalidad de los actos de la administración pública.

(41) Las instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, pág. 387.
Consúltense también sobre el mismo punto la obra de Sayagués Laso y la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Uruguay, artículo de que es autor precisamente Sayagués Laso, pág. 24.

Esta sola consideración no es suficiente para dar por establecida una acción que el legislador no reguló expresamente; aunque es valdera en política legislativa para que se adicione el Código de la materia y se brinde al administrativo la posibilidad de accionar para que el Juez administrativo fije el sentido de un acto de la Administración cuya desviada interpretación puede ser fuente de lesiones de derechos particulares o aún, de oposición al orden jurídico general.

Si se adoptara esta modalidad de control de legalidad, no sería necesario que existiera derecho violado en cabeza del particular recurrente; bastaría la sola posibilidad de que esa violación se consumara en el futuro y entonces la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cumpliría un cometido de prevenir agravios futuros o posibles, conjurar peligros, pero no de remediar los ya causados.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, está encomendada únicamente para la reparación de los daños causados. Debe ser cierta la alteración del orden jurídico en la acción de nulidad y ser actual y cierta la lesión del derecho subjetivo en el contencioso de plena jurisdicción.

Finalmente, el contencioso de interpretación en la forma doctrinaria que se viene tratando, no se adecuaría al principio que consagra el art. 17 del C. C. colombiano pues el fallo del Juez Administrativo desbordaría necesariamente, el caso sub-júdice y tendría el carácter de norma general.

Según Carlos H. Pareja, el contencioso de interpretación no ha tenido aplicación entre nosotros por falta de una reglamentación positiva. Ni en el viejo ni en el nuevo Código de lo Contencioso-Administrativo, aparece norma ninguna reguladora del ejercicio interpretativo de determinadas situaciones jurídicas, por parte de los tribunales Administrativos y cita como único caso, el resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de 20 de septiembre de 1937 (Anales N° 257 a 266, pág. 665).

"Una Asamblea Departamental dicta una ordenanza en que dispone que, en el pago de todas las rentas y contribuciones que hagan los contribuyentes, podrá recibírseles hasta un diez por ciento en vales del tesoro departamental. Otra ordenanza posterior crea un impuesto adicional sobre los cigarrillos que se dieran al consumo y destinó especialmente ese impuesto a determinadas obras públicas. Un contribuyente CONSULTO al Gobernador si el pago de este impuesto adicional o sobreimpuesto se

tendría igualmente en cuenta el diez por ciento en vales del tesoro, autorizado por la Ordenanza primitiva, y la GOBERNACION RESOLVIO NEGATIVAMENTE, alegando que como cuando se dictó la primitiva ordenanza no existía el sobreimpuesto referido, ella no pudo cobijar este impuesto adicional. El interesado QUE NINGUN PREJUICIO CONCRETO HABIA SUFRIDO AUN EN SUS DERECHOS, puesto que no había pagado el impuesto todavía, acusó esa providencia en acción privada, para que el acto de la Gobernación se anulase y se declarase que la primitiva ordenanza sí cobijaba el impuesto adicional creado más tarde. Así lo determinó el Consejo en su fallo citado, creando por primera vez entre nosotros, en forma nítida, el contencioso de interpretación de que tratamos”.

CONTENCIOSO REPRESIVO

El Juez Administrativo francés puede ejercer también una función REPRESIVA y es competente entonces, para conocer de juicios tendientes a aplicar sanciones penales a quienes hayan violado reglas relativas a la conservación de ciertos bienes inmuebles del dominio público.

Este contencioso es excepcional en Francia ya que el conocimiento de los delitos y contravenciones se atribuye generalmente, a la justicia común.

Hasta 1926 los Consejos de Prefectura tenían competencia para aplicar sanciones contravencionales por infracciones relativas a la conservación del dominio público, y a aquellas normas que aseguran a los particulares el uso de este dominio; pero por Decreto Ley de ese año, se pasó a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de los asuntos aludidos, cuando éstos se cometían en carreteras y se mantuvo la competencia en tales entidades para las infracciones al dominio público que no sea carretera *vr. gr.*, ferrocarriles, bienes fiscales, canales, ríos navegables, plazas, etc. Estas infracciones deben ser constatadas en un proceso contencioso administrativo eminentemente verbal.

En la jurisdicción represiva no se juzga la actuación administrativa, sino el proceder de los particulares.

En el contencioso de nulidad y en el de plena jurisdicción, el administrado desempeña una función activa excitante de la jurisdicción

porque es él quien la pone en movimiento mediante su demanda; en cambio, en el contencioso represivo ese papel lo cumple la Administración y la actitud del particular es de expectativa. (42).

Las causas que corresponden al derecho penal no se relacionan con el administrativo, puesto que tienen un procedimiento y un objeto completamente distintos.

Pero se debe tener en cuenta el derecho penal administrativo como ciencia autónoma encargada de definir las sanciones administrativas y los supuestos de su aplicación, por jueces administrativos. (43).

En el derecho argentino por ejemplo, las leyes locales han distribuído las materias represivas en diversas jurisdicciones y algunas, especialmente las policiales, son recurridas ante órganos de la jurisdicción penal.

Fiorini estima que es de competencia del juez administrativo la imposición de sanciones por la violación de normas administrativas. Dice: “la administración puede sancionar a los particulares por incumplimiento de deberes públicos impuestos hacia ella sobre los bienes que la misma custodia. Estas sanciones administrativas provenientes de su actividad social, y en defensa de los distintos contenidos de los bienes jurídicos bajo su guardia, inponense desde la simple pena por la policía de seguridad hasta la de policía financiera; las penas contractuales, es decir, las establecidas en las leyes especiales que regulan los contratos públicos o las que en los mismos se establezcan en forma de multas o recargos moratorios; las tributarias que también son administrativas, aunque relacionadas con la actividad de órganos impositivos; las penas disciplinarias, que corresponden a las relaciones de subordinación por parte de los agentes del poder jerárquico administrativo, etc. LA MAYORIA DE ESTAS PENAS TIENEN CONTENIDO DE DECRETOS ADMINISTRATIVOS”. (44).

EL CONTENCIOSO FISCAL

Es una forma o modalidad del de PLENA JURISDICCION y se dirige contra los actos de la Administración que asignan contribuciones creadas con anterioridad por el acto general (ley, ordenanza o

(42) (Giorgi Héctor; ob. c. pág. 30).

(43) Este punto está relacionado con el debatido asunto de las *distinciones esenciales* entre delitos y contravenciones que James Goldschmidt acepta y le sirve de fundamento a su tesis sobre la autonomía del derecho penal administrativo.

Ver sobre las implicaciones de esta tesis y en especial, sobre su rechazo doctrinario, la obra *Derecho Penal Administrativo* de Enrique Aftalión.

(44) Fiorini Bartolomé. ¿Qué es el contencioso? Pág. 258.

acuerdo); lo consagra el art. 271 del C. C. A. y lo que se impetra del juez, es la REVISION DE LA OPERACION ADMINISTRATIVA de liquidación, con el fin de que se declare que NO SE DEBE EL IMPUESTO, o su cuantía es inferior a la tasada. Tiene modalidades especiales pero no es diferente de la acción subjetiva; dentro de ellas figura una vía administrativa diferente a la consagrada por el Dto. 2733 del 59, constituida por los recursos que establece la Ley 81 de 1960 y Decretos pertinentes.

EL CONTENCIOSO ELECTORAL

Se reglamenta en el capítulo XX del C. C. A., e implica acción especial porque tiene reglas particulares. Puede ser de NULIDAD o de PLENA JURISDICCION según que el actor obre en interés general, o en interés particular, por haber sido violado un derecho suyo; esta situación particular le debe ser desconocida por el acto de nombramiento o elección.

En los países de régimen administrativo, especialmente Francia, el contencioso electoral es una derivación simple del contencioso de plena jurisdicción. En Colombia por razones peculiares de nuestra organización política y administrativa, la ley ha hecho del contencioso electoral una institución *sui-generis*, con reglas propias de la doctrina y de procedimiento. Según Pareja los jueces administrativos y especialmente el Consejo de Estado, gozan de atribuciones muy amplias en esta materia que exceden a las ordinarias del Juez, pues aparte de su poder de decisión, tienen el de ejecución de sus propias sentencias. (45).

T. II, pág. 110.

- (45) Pareja Carlos H.: "Curso de Derecho Administrativo, Técnico y Práctico". El contencioso electoral participa simultáneamente del de anulación y del de plena jurisdicción; lo primero en cuanto a que la acción que surge de este contencioso es PÚBLICA por sus fines y efectos; lo segundo, en cuanto que, por la vía del contencioso electoral, es posible obtener reformas o sustituciones del acto acusado y el restablecimiento del derecho violado por él. Las características de este contencioso son las siguientes.
- 1a.). La decisión del Juez debe abarcar no sólo aquello que el demandante ha pedido, sino aún lo que no ha pedido, si de conformidad con la ley se justifica para defender su imperio. Así, si el acusador equivoca su acción pidiendo, en el caso del art. 184 de la Ley 85 de 1916, que se declare la nulidad en vez de reclamar contra las irregularidades del acto acusado, a fin de que se modifique, el Juez podrá hacer esto último, si lo halla fundado, corrigiendo así, de oficio, la demanda mal formulada.
 - 2a.). Corresponde al Juez que dicta el fallo, ejecutarlo, cuando se trata de modificar o sustituir una elección.
 - 3a.). Si la nulidad de un elección se declara por el Juez inferior, su fallo queda de hecho, sujeto a revisión por el superior.
- 4ª Según Pareja, el procedimiento de este contencioso es CONMINATORIO;

ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN LA LEY 167 DE 1941

En el Derecho Contencioso Administrativo Colombiano las ACCIONES ADMINISTRATIVAS se dividen en dos grandes ramas: a). EL CONTENCIOSO OBJETIVO; b). EL CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCION. A ellas concretaremos el presente estudio y haremos desde ahora su diferenciación, sin perjuicio de analizar otros puntos que las distinguen cuando acometamos su consideración particular.

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE NULIDAD Y LA ACCION DE PLENA JURISDICCION

1º). - Puede decirse en primer lugar, que la ACCION DE ANULACION es el recurso NORMAL puesto a disposición de los administradores contra todo acto administrativo UNILATERAL, en base al principio de la LEGALIDAD ADMINISTRATIVA y su violación.

La acción o recurso de PLENA JURISDICCION comprende en cambio, una serie de recursos con objetos distintos: recursos en materia contractual (contratos administrativos, se entiende), recursos en materia de responsabilidad extracontractual en los casos previstos por el reciente Decreto 528 de 1964; demandas para el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas.

2º). - LA ACCION DE NULIDAD es garantía del INTERES PÚBLICO por cuanto su finalidad es el restablecimiento de la legalidad objetivamente considerada; la de PLENA JURISDICCION está dirigida a la protección DIRECTA de un interés particular tutelado por la Ley, cuando tal interés aparece vulnerado por el acto de la Administración.

Anota Argañarás que si bien es cierto que el contencioso de ANULACION tiene la finalidad objetiva de ser un poderoso instrumento de contralor de la legitimidad y el buen orden de la Administración, ELLO NO QUIERE DECIR QUE CAREZCA DE UNA CIERTA FINALIDAD SUBJETIVA EN CUANTO POR REFLEJO, VIENE A PRECAVER A LOS ADMINISTRADORES DE LOS ABUSOS DEL PODER DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA (46).

Del mismo concepto participa Rollan, quien asevera que el recur-

tanto el Juez como las partes quedan sujetas a multas y sanciones por demoras, irregularidades, etc.

- (46) El contencioso objetivo no excluye la noción del INTERES; pero tal interés en el derecho colombiano, es impersonal, general a diferencia del necesario para accionar en contencioso subjetivo, en donde es necesario que se con-

so por EXCESO DE PODER constituye ante todo, un instrumento destinado a dar garantías a los particulares, a proteger sus derechos y libertades contra los abusos de la Administración (47).

En Francia, país que inspiró nuestras instituciones administrativas, el contencioso ANULATORIO es típicamente OBJETIVO ya que el fin fundamenta es asegurar la regularidad jurídica de la actuación de la Administración o dicho más concretamente, la defensa de la regla de derecho propósito que no se desvirtúa por la necesidad de acreditar un INTERES DIRECTO en el accionante.

En nuestro derecho se destaca la acción de NULIDAD como netamente OBJETIVA dada la amplitud con que la ley la regula al concederla a toda persona para que ataque los actos administrativos que se salgan del cauce de legalidad, y sin requerir la previa demostración de un interés legítimo. Este interés se presume de derecho, pues no resulta indiferente para los miembros del grupo social la forma como el Estado ejercite sus atribuciones.

trovierta un derecho subjetivo (civil o administrativo) violado por el acto de la Administración.

A esta diferencia de intereses concurre la naturaleza de la acción incoada, pues cuando se trata de la violación de un derecho particular, sólo tiene acción el sujeto activo del derecho violado. En cambio la acción que se instaura en el contencioso de NULIDAD, por lo mismo que tiende a regular situaciones jurídicas generales, es PUBLICA y POPULAR y se concede en principio a toda persona que quiera propugnar por la defensa del orden jurídico existente.

El contencioso de anulación comporta dos acciones diferentes: LA ACCION CLASICA por *exceso de poder* como lo denominan en Francia; y, el recurso de CASACION ADMINISTRATIVA ante el Consejo de Estado.

En el derecho colombiano no se concede el recurso de casación administrativa porque la intervención del Consejo de Estado se desenvuelve siempre dentro de la respectiva instancia y su decisión pone término regular (no en virtud de recurso extraordinario) a la acción. Pero la acción contenciosa tiene mucha similitud con el recurso de casación ya que lo que es materia de ella, es la invalidez de un acto administrativo, así como el recurso de casación se dirige contra la sentencia.

- (47) Los autores italianos Caruso Inghelleri y Guicciardi estiman que la jurisdicción anulatoria no persigue el amparo del orden jurídico; ni está instituida en Francia e Italia con este objetivo. Su misión especial es la tutela directa e inmediata del derecho o interés legítimo del administrado. Dice el primero, textualmente: "la jurisdicción anulatoria tiene por fin la tutela del interés INDIVIDUAL y no la de la regla de derecho OBJETIVO; al tutelar el primero, se reintegra el derecho objetivo. Pero ninguna jurisdicción tiene por fundamento la reintegración del derecho objetivo por el derecho mismo, pues ello iría contra su propia ESENCIA (dejaría de ser una jurisdicción, por ello algunos la denominan JURISDICCION IMPROPIA). Toda jurisdicción, concluye, tiende a satisfacer siempre un interés público. —ASPECTO SUBJETIVO—. El primer aspecto se concreta en la imposición a las partes de la observancia del orden jurídico; el segundo a la satisfacción del interés del recurrente. La objetividad de la jurisdicción anulatoria es relativa y debe admitirse únicamente para clasificarla de modo diverso de aquella en la cual se hace valer un derecho subjetivo lesionado por la administración". El contenzioso di annullamento degli atti amministrative (Revista di Diritto Pubblico) y, la Giustizia Amministrativa.

Desde 1910 y 1913 las acciones de inexecutable y de anulación de actos administrativos respectivamente, pueden utilizarse por cualquier ciudadano y aún por las personas naturales y jurídicas sin limitación de ninguna índole. Este principio lo recogió la ley 167 de 1941 al estatuir en sus artículos 66 y 83 que lo contencioso popular de anulación puede ponerse en movimiento a solicitud de cualquier persona y en todo tiempo.

La acción de PLENA JURISDICCION en cambio, sólo se otorga al título del derecho subjetivo que el acto administrativo desconoce. (48).

3º De la precedente distinción entre los dos clásicas acciones, derivan algunos autores la siguiente: el CONTENCIOSO SUBJETIVO que se promueve en demanda contra la entidad pública autora del acto, busca la CONDENA de la persona de derecho público para que sea efectivo el restablecimiento del derecho violado por el acto. Esta condenación es generalmente PECUNIARIA; en la acción DE NULIDAD no se persigue la condenación de alguien sino de algo. (el acto administrativo) y, por tanto, no hay propiamente al menos en el sentido técnico, una demanda. (49).

- (48) Sobre la distinción de los contenciosos por el interés, resulta muy importante conocer los siguientes conceptos del Consejo de Estado, en ponencia del destacado jurista Dr. Carlos G. Arrieta: "Los artículos 66 y 83 excluyen la idea del interés particular lesionado. Ellos se han estructurado sobre el principio general de que la defensa del orden jurídico conviene a todas las personas y que no es necesario que a éstas las mueva fines estrictamente patrimoniales. La legalidad objetiva está igualmente comprometida cuando una ley infringe la Constitución que cuando la Administración Pública no ajusta sus actos al orden jurídico. El sometimiento de las reglas inferiores y de las decisiones administrativas a la normación superior, está protegido por acciones que se otorgan a todas las personas naturales y jurídicas, porque en todas ellas se presupone un anhelo altruista de defender la Constitución y las leyes. Estas acciones son la resultante de un derecho perfecto y no de un simple interés. Derecho e interés no son términos sinónimos. Todo derecho implica un interés, pero no todo interés implica un derecho. Fue Ihering quien definió el derecho como "un interés tutelado por la ley", definición que completó Jellinek, agregándole otro elemento: el de la voluntariedad de l sujeto hacia la protección jurídica. Esa concepción utilitaria y realista de la doctrina alemana permite establecer los diferentes grados de valoración jurídica que dan paso a los contenciosos: si este interés jurídicamente protegido tiene las características de interés personal, material, patrimonializado, es decir, si es un típico derecho subjetivo, habrá oportunidad legal al ejercicio de la acción de plena jurisdicción, en tanto que si es un interés altruista, si cabe la paradoja, genérico y abstracto de conservar el imperio de la legalidad objetiva, la acción procedente será la del contencioso de anulación". (Anales del Consejo de Estado No. 387-391, 1ª. parte, pág. 75).
- (49) En contra de esta tesis, Jesús González Pérez (Derecho Procesal Administrativo). Bielsa sostiene que en el contencioso subjetivo tanto el DEMANDANTE como la autoridad DEMANDADA tienen el carácter procesal de PARTES; pero esta calidad o posición varía en el contencioso de anulación: en éste, como lo que propiamente se demanda no es la condena de alguien sino de algo, la intervención de la autoridad es pasiva y limitada, al menos en la generalidad de las legislaciones.

4º) En cuanto a los PODERES DEL JUEZ. En el Contencioso de anulación el Juez administrativo se limita a confrontar el acto acusado con la norma superior que se dice violada y en caso de hallar patente su infracción, declarará su NULIDAD pero no podrá hacer declaración distinta aún cuando encuentre que el acto acusado, le ha irrogado perjuicios al acusante o a terceros. Se dice por esto, que la competencia del Juez NO ES PLENA.

En el Contencioso de Plena Jurisdicción la facultad del Juez va más allá de la sola declaración de nulidad del acto pues este pronunciamiento no es más que el medio para lograr una finalidad reparadora de los daños o perjuicios que el particular, titular del derecho subjetivo violado, haya sufrido como consecuencia del acto atacado. Puede entonces, dictar nuevas disposiciones en sustitución de las anuladas cuando sea necesario a la misión reparadora de la acción. (50).

5º) Como obligada consecuencia de la diferenciación apuntada, la sentencia que decide la súplica de anulación, es DECLARATIVA y la que acoge la pretensión del actor en el contencioso subjetivo es de CONDENA.

6º) Los efectos del fallo judicial son diferentes y de alcances distintos según la acción en que se haya proferido. Si se trata de una

(50) Allan —Randolph Brewer Carias— al referirse a la legislación venezolana establece también la distinción en comentario entre las dos acciones. Dice: "La Corte no puede en su competencia de anulación, condenar a la Administración en ninguna forma ni obligarla a dar o a hacer. Por ello estamos en presencia, en el recurso contencioso administrativo de anulación, de un proceso de impugnación en que la Corte no entra a resolver controversias de fondo ni entra, en principio, a conocer o censurar hechos, sino que se limita a verificar la legalidad del acto administrativo atacado. Los poderes del Juez, en su competencia contencioso administrativa de plena jurisdicción, son radicalmente distintos. En este caso el Juez no puede limitarse a la declaración de nulidad del acto sino que, al contrario, tiene plena jurisdicción, completa jurisdicción para juzgar y resolver los litigios que se le plantean, y de los cuales es competente para conocer. Por ello, en su decisión, el Juez puede rendir toda resolución jurídicamente útil. En este sentido, en su competencia de plena jurisdicción, el Juez contencioso administrativo se aproxima al Juez de la jurisdicción ordinaria (ob. c. p. 336). En el contencioso de plena jurisdicción los poderes de investigación y decisión del Juez no se hallan tan estrechamente limitados como los del Juez ordinario, sino que llegan hasta poder sustituir su decisión a la que ha sido atacado (Aucoc), o como dice Laferriere, "el Juez puede reformar las decisiones tomadas por la Administración, no solamente cuando ellas son ilegales sino cuando son erróneas". De otro lado el contencioso de anulación se caracteriza por el poder limitado que se ejerce para hacer caer un acto irregular sin que pueda después de haberse anulado, sustituirse por otro. Esta jurisdicción no tiene por verificar más que una cosa: ha actuado la Administración dentro de los límites de sus poderes? En caso afirmativo deja subsistente el acto; si se ha salido de aquellos límites, lo anula. en el mismo sentido, Eduardo Vivancos (Causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, pág. 181).

acción subjetiva basada en hechos particulares preexistentes la decisión jurisdiccional está limitada únicamente a las partes que intervinieron el juicio es decir, a la Administración en cualquiera de sus órganos, y al particular impugnante o a quienes se hayan constituido en partes de acuerdo con la facultad que les brinda el art. 89 de la Ley 167 de 1941: sólo para ellos la sentencia producirá efectos de COSA JUZGADA. Si la acción incoada es la de nulidad y la sentencia anula el acto, el efecto de la cosa juzgada es ERGA OMNES ya que alcanza a todos pues el acto desaparece del ordenamiento jurídico; en caso de que la sentencia se abstenga de declarar la nulidad produce cosa juzgada únicamente para el actor y por el motivo en que se basó la acción.

7º) Anota Waline la siguiente diferencia en cuanto a los fundamentos invocados para la prosperidad de la acción:

"Los fundamentos invocados en apoyo del recurso de plena jurisdicción pueden consistir en la violación de una ley o de una regla de derecho, pero pueden serlo también la violación de un TITULO que hubiese conferido derechos subjetivos al recurrente, como lo sería un contrato administrativo; por el contrario, en apoyo del recurso por *exceso de poder*, el reclamante sólo puede fundarlo en violación de una regla de derecho".

Consideramos que esta diferencia es más aparente que real ya que la violación de un título es en el fondo, violación de regla de derecho que la dá estabilidad o afecto jurídico. Los títulos son legítimos en cuanto se adecúan a la ley. Su desconocimiento acarrea pues, infracción de la norma legal que garantiza su intangibilidad.

8º) En cuanto a la *causa petendi*. En la acción de Plena Jurisdicción debe impetrarse también la nulidad del acto sin que se conciba, en casos excepcionales, la sola súplica de indemnización o reparación del daño pues lo normal es que la reparación venga como consecuencia de la declaración de nulidad. Al contrario, en la acción de nulidad no puede demandarse sino la nulidad del acto.

9º) Héctor Giorgi asienta otra distinción entre los dos contenciosos considerando la diferente naturaleza del derecho en litigio; y de ninguna manera en las potestades del Juez. Según esto, en el contencioso administrativo objetivo el Juez comprueba si existe o no violación de la regla de derecha con prescindencia de las situaciones subjetivas; en el de plena jurisdicción, si se ha lesionado o no, un derecho personal o subjetivo del particular. Esta tesis fue posteriormente desarrollada por nuestro Consejo de Estado como lo anotaremos a continuación.

10º) Hasta hace algunos años se tuvo como dogma jurispruden-

cial entre nosotros, que la naturaleza del acto administrativo condicionaba o determinaba la naturaleza de la acción, así: el acto administrativo particular esto es, el que creaba situaciones jurídicas individuales, sólo podía acusarse en acción de PLENA JURISDICCION; el acto administrativo general y el acto condición que interesara a la comunidad eran atacables únicamente en acción de NULIDAD.

El Consejo de Estado revaluó su tradicional doctrina, y en ponencia del eminente jurista Dr. Carlos G. Arrieta ha establecido la nueva jurisprudencia que se puede resumir con la misma Corporación en los siguientes términos:

De conformidad con los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 de la Ley 167 de 1941, el contencioso popular de anulación procede contra los decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos y actos del Gobierno, de los ministros, de las Asambleas, de los Cabildos y de los funcionarios del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial o municipal, cuando violen la Constitución, la Ley o una norma superior de derecho, por abuso, desviación de poder o irregularidad formal.

Es oportuno observar que la enumeración de los actos acusables ante la jurisdicción especial por las vías de la acción pública, se hace en los artículos citados con criterio enteramente formal, es decir, teniendo en cuenta el autor de la decisión, que *no la naturaleza y contenido jurídico del acto*. Ni del tenor literal de esas normas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que en ellas se establezcan distinciones de ninguna índole sobre la calidad de generalidad o de individualidad que deban tener las decisiones administrativas atacables en acción popular. De esta observación se desprende la consecuencia ineludible de que el factor esencial para la admisibilidad del recurso público de anulación, es el de que el mandato acusado emane de una autoridad administrativa, así tenga las características de acto regla o las modalidades del acto individual. Por medio de un decreto, de una ordenanza o de un acuerdo, se crean generalmente, situaciones impersonales y objetivas, pero en muchas ocasiones esos estatutos tienen también el carácter de ordenamientos particulares y concretos. Los actos de los ministros, del gobierno, de los gobernadores, de los alcaldes, de los intendentes, de los comisarios y de los funcionarios y personas administrativas pueden ser decisiones reglamentarias o de tipo individual. Si la ley hubiese querido reservar la acción pública de anulación para que los actos creadores den situaciones generales, impersonales y objetivas, habría hecho el consiguiente deslinde. Si no procedió así, fue porque quiso que todos los actos enumerados, sin atender a su generalidad, o individualidad, quedaran sujetos al contencioso po-

pular de nulación. Cabe anotar que en los artículos 62 a 65 se hace una relación completa y detallada de los actos sometidos a control jurisdiccional. (51).

La nueva jurisprudencia del Consejo de Estado ha originado en nuestra doctrina, una derivación de los dos contenciosos: ACCION SUBJETIVA DE NULIDAD y ACCION OBJETIVA DE NULIDAD según que la súplica de nulidad se haga en el primer caso por el mismo titular del derecho que el acto administrativo viola; o por un tercero en el supuesto de que el acto afecte derechos subjetivos de que éste no es titular. (52).

(51) Anales del Consejo de Estado Nrs. 387-391, primera parte, págs 72-73.

(52) Devis Echandía Hernando Dice sobre este punto: "Pero como esta acción de nulidad puede ejercerse contra un acto abstracto o general (decreto, resolución o acuerdo municipal u ordenanza departamental), que reglamenta una materia o estatuye sobre algo, sin definir situaciones jurídicas concretas sobre determinadas personas, o por el contrario, contra un ACTO CONCRETO que resuelva o regule situaciones individuales y establezca o lesione derechos subjetivos de determinadas personas, la acción de nulidad puede ser también de dos clases: ACCION SUBJETIVA DE NULIDAD Y ACCION OBJETIVA DE NULIDAD, pero sin que en ninguna de las dos se impetre resarcimiento de daño o restablecimiento del derecho subjetivo. (Tratado de Derecho Procesal Civil, parte general, Tomo I, pág. 234).

EL DELITO CONTINUADO

DR. FERNANDO MEZA MORALES

La figura del "delito continuado" ofrece particulares dificultades cuando sólo se desenvuelven parcialmente las consecuencias que se derivan de su estructura normativa; pero se clarifica cuando los principios se desarrollan hasta sus últimas consecuencias, dejando de lado preocupaciones puramente axiológicas.

Sabido es que la figura la originaron consideraciones humanitarias, mediante las cuales los prácticos italianos del Derecho Penal sustrajeron de la pena de muerte a las personas responsables de tres delitos de hurto, aún de menor entidad, considerándolos como un solo delito. Veremos en otro lugar como esta inspiración originaria pervive en forma tal, que ha conducido a nuestros intérpretes a restringir el ámbito de aplicación del artículo 32 del Código Penal Colombiano a cierta categoría de delitos cuando de su estructura no puede inferirse con lógica tal restricción.

Artículo 32.

"Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de la sexta parte a la mitad".

Ejemplo.

Es clásico el ejemplo: un cajero proyecta sustraer de los caudales que maneja, la suma de \$ 50.000.00, pero no lo hace mediante una sola acción sino mediante acciones individuales que consuma en sustracciones de \$ 10.000.00 cada una.

EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA DOMINANTE

La doctrina que puede considerarse dominante para resolver el problema planteado a la luz del artículo 32 C. P., que es muy similar al artículo 81 del Código Penal Italiano, señala tres elementos estructurales del "delito continuado".

- a) Pluralidad de acciones similares;
- b) Identidad de disposición legal violada;
- c) Unidad de designio.

En tal sentido BETTIOL, Derecho Penal, Parte General, págs. 558 y SS.; Temis, Bogotá; ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, pág. 377; UTEHA, Argentina; MESA VELASQUEZ, Lecciones de Derecho Penal, pág. 216, Editorial U. de A., Medellín.

La pluralidad de acciones (u omisiones) consiste en una multiplicidad de procesos ejecutivos que individualmente perfeccionan el delito o que permanecen en la esfera de la tentativa, caso en el cual adquieren la calidad de procesos perfectos en virtud de que las acciones realmente consumadas confieren a la totalidad de acciones la calidad de elemento objetivo de la infracción continuada. De ahí que deba distinguirse claramente la pluralidad de acciones de la acción compuesta, en la cual varios actos se orientan a un fin único delictuoso pero forman parte de una acción unitaria que les confiere a todos unidad, como sería el caso de un homicidio perfeccionado mediante envenenamiento, ejemplo en el cual cada acto no tipifica por sí el delito contra la vida sino que es la totalidad, llamada acción, la cual recibe el nombre de "acción homicida".

Esta forma que asume el "delito continuado" lo distingue por otra parte del delito permanente, pues en éste, en relación con el momento consumativo, solo se requiere una acción que prolongue en el tiempo esa consumación; en tanto que en el "delito continuado" cada acción tipifica en sí un delito, de tal manera que BETTIOL llega a afirmar que por pluralidad de acciones se entiende "pluralidad de delitos" (Op. Cit., pág. 558), es decir, que la diferencia entre delito permanente y "delito continuado" es como la unidad a la pluralidad.

La identidad de disposición legal violada ha sido circunscrita por la doctrina y la jurisprudencia no solo a las formas simples que asume la tipicidad de cada delito sino a sus formas agravadas. El artículo 81 del Código Penal italiano así lo preceptúa, cuando dice:

"Las disposiciones de los artículos precedentes (se refiere a los que reglamentan el concurso de delitos y de penas) no se aplican a quien comete varias violaciones de la disposición legal,

con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio delictivo, aún en momentos distintos y de diversa gravedad".

Y a pesar de que entre nosotros el artículo 32 C. P., no hace referencia expresa, parece correcto aceptar que la identidad de la disposición penal se conserva en el caso de que alguna de las acciones produzca un hecho agravado, caso en el cual la sanción señalada para éste se toma como base para graduar la pena que corresponde a la infracción continuada. DELITALA, citado por BETTIOL en su mencionada obra, página 558, aclara con toda exactitud que no se requiere *identidad de norma*, porque si ésta se compone de "precepto" y "sanción", es evidente que la norma que prevé la agravación es, en cuanto contiene una sanción diferente, una norma diferente; pero afirma en cambio que ambas normas contienen idéntico precepto, y es a éste al cual es preciso referir el momento de la identidad de disposición legal violada. Para ser exactos, la sustancia de ambos preceptos es la misma, aunque la forma agravada reviste una modalidad, que en cuanto es precisamente éso, no puede dejar de reproducir en esencia "aquello" que constituye el elemento objetivo de la norma incriminatoria principal. Así, la tipicidad puede encontrarse especificada en disposiciones legales distintas, por ejemplo la de "hurto", que se encuentra en el artículo 1º de la ley 4ª de 1943 y en el artículo 398 del Código Penal.

La *unidad de designio* es el tercer elemento, y constituye la piedra angular de la institución. En otras épocas se hablaba de "identidad de designio" con impropiedad, puesto que cada proceso ejecutivo o acción "se halla animado por una particular resolución y volición correlativa" como lo anota ANTOLISEI (Op. Cit., pág. 379), es decir, que los designios que acompañan las diferentes acciones son similares pero no idénticos. Por eso se distingue entre "deliberación genérica" y "deliberaciones específicas" para cada acción particular, bastando para estructurar el "delito continuado" la existencia de la primera. Pero esta deliberación no se circunscribe a un mero proceso intelectual, sino que requiere el concurso de la voluntad orientada a un fin, a partir del cual la pluralidad de acciones similares pierde su autonomía para convertirse en fragmentos de la totalidad, según afirma DE MARSICO, citado por ANTOLISEI (Op. Cit., pág. 379). Se habla entonces de una voluntad genérica o abstracta, aunque DELITALA, refiriéndose a CROCE, afirma que tal voluntad no es tal, porque "querer abstractamente no es realmente querer. Solo se quiere en concreto, o sea, en una situación determinada y con una

síntesis volitiva correspondiente a dicha situación y que se traduce inmediatamente, o mejor dicho, que sea al mismo tiempo acción efectiva" (citado por BETTIOL, op cit., pág. 560). Pero sea que el designio al cual se refiere el artículo 32 C. P., se entienda como solo proceso intelectual, o proceso intelectual-volitivo, basta él solamente para identificar el "delito continuado" con relación al factor subjetivo.

La consecuencia más importante que se deriva de la "unidad de designio" se refiere al problema del sujeto pasivo del delito, pues mientras algunos afirman que la pluralidad del sujeto pasivo no desintegra la figura continuada, otros en cambio sostienen que es necesaria tal unidad. Alguna parte de la doctrina, mayoritaria por cierto, establece a este respecto una diferencia: tratándose, dice, de derechos que no se violan en la persona, la pluralidad de sujeto pasivo no desintegra la continuación; pero cuando estamos frente a derechos que se violan en la persona (la vida, la libertad de locomoción, el honor sexual, etc.), la pluralidad de sujeto pasivo desintegra el "delito continuado" porque respecto de cada persona se agota el designio criminal, generando entonces la pluralidad de ofendidos, pluralidad de designios, con lo cual falta un elemento estructural de la institución que tratamos. El problema de la unidad de sujeto pasivo se reduce, por consiguiente, al problema de la unidad o pluralidad de designio criminoso.

NUESTRA INTERPRETACION DEL ARTICULO 32 DEL CODIGO PENAL

Con el respeto que nos merece desechar una doctrina sustentada cuantitativa y cualitativamente, nos permitimos exponer a continuación los reparos que le formulamos y la que consideramos ajustadas al texto del artículo 32 del Código Penal Colombiano.

En primer lugar, juzgamos inexacto señalar como elemento del "delito continuado" la pluralidad de acciones similares. Dentro del contexto del mismo artículo 81 del Código Penal Italiano, a pesar de que expresamente habla de "acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio criminal", BETTIOL ha considerado incorrecto hablar de "acciones", por lo cual precisa que "por pluralidad de acciones se entiende, pues, una pluralidad de delitos". Y si es incorrecto emplear el término "acciones" frente a un texto que expresamente emplea la dicción, menos preciso resulta hacerlo con referencia a nuestro artículo 32 que solo habla de "infracción repetida" de una misma disposición de la ley penal. Cuando el artículo 32 emplea el término "hecho",

éste aparece tomado en la significación de delito (o contravención), y por tanto, que se considera como un solo delito la multiplicidad de delitos. Importa la aclaración porque la acción propiamente considerada, o la omisión, pueden constituir delitos por sí mismas, o pueden actuar como causas de resultados típicos, con lo cual se reduciría, sin respaldo positivo alguno, el ámbito del "delito continuado" a los delitos de pura acción o de pura omisión, a menos que, como BETTIOL, se identifique acción con delito. Pero además, porque es bien sabido que los distintos hechos objetivos pueden proceder de una acción o de varias acciones, y no podría afirmarse "delito continuado" cuando las distintas objetividades procedieran de una sola acción.

La afirmación de que se considera como un solo delito ("hecho") varios delitos ("infracción repetida") implica una consecuencia de importancia. La sola enunciación de la figura, "delito continuado", induce a pensar que los diferentes delitos (hechos) deben sucederse en el tiempo: deben *continuarse*. Pero es esta una inferencia que ha hecho la doctrina sin asidero legal, ya que lo que exige la norma contenida en el artículo 32 C. P., para que se configure la institución es que la infracción de la ley penal sea repetida, y si bien es cierto que de ordinario la repetición tiene sucesión en el tiempo, nada se opone a que sea simultánea, es decir, a que una misma disposición se viole repetidamente en un mismo momento. Por eso la expresión "delito continuado" (que hemos venido escribiendo entre comillas), designa una figura que no exige la continuación como su estructura sino la multiplicidad, que no es lo mismo.

Si la multiplicidad de delitos, que "se considera como un solo hecho" o delito, es lo que caracteriza el "delito continuado", ya podemos pensar que su naturaleza jurídica es la de un concurso de delitos tratados en forma diferente. Desde este punto de vista es obvio que nos encontramos frente a una ficción jurídica; la misma redacción del artículo 32 C. P., así induce a pensarlo, pues *considera como un solo hecho* la existencia plural de varios, con lo cual niega esa naturaleza plural para atribuirles calidad unitaria. Estamos, pues, en este punto, plenamente identificados con BETTIOL, cuando afirma que en el "delito continuado" estamos en presencia de una "ficción legal". "Hay ficción, especifica el citado autor, en todo caso en que el legislador le asigna a un hecho o conjunto de hechos, el régimen jurídico de otro u otros distintos, aún sabiendo que entre ellos no existe vínculo de correlación" (Op. Cit., pág. 556).

Si el artículo 32 no hubiera sido incluido en el Código Penal o si fuera derogado, es indudable que esta multiplicidad de delitos

quedaría sometida al régimen del concurso de delitos. Y reuniría todos los elementos, pues además de las simples objetividades, todos estarían dotados de elemento subjetivo, pues como dijimos, a pesar de que medie un designio genérico, cada hecho queda especificado al momento de su realización por su intención peculiar, bien en forma separada o bien en forma conjunta cuando se produjeran simultáneamente.

Falta referirnos al problema del sujeto pasivo. En este punto discrepamos igualmente de la doctrina dominante y concluimos que en ningún caso es necesaria tal unidad. La consideración que hace la citada doctrina al distinguir entre derechos que se violan en la persona y derechos que no se violan en la persona, tiene dos fallas fundamentales:

a) Atribuye a los derechos tutelados por el ordenamiento penal una naturaleza distinta, cuando en realidad se trata simplemente de derechos de las personas, y tanto vale como derecho el de la propiedad como el de la vida, pues es la persona quien es titular de uno y de otro.

b) Tiende a "antropomorfizar" la figura del "delito continuado", pues establece un límite a la extensión del designio sobre la base de la individualidad "hombre", ya que desde este punto de vista el "hombre" es objeto material del delito lo mismo que lo es una cosa mueble o inmueble; o en otras palabras, que el criterio para identificar el "delito continuado" es puramente formal: múltiple violación de una misma disposición de la ley penal con un mismo designio, y no la situación antropológica de los bienes jurídicos lesionados.

Afirmar que en los delitos en los cuales "el derecho se viola en la persona", el designio se agota en ella, es desconocer realmente los términos del artículo 32 C. P. Ya hemos sentado que para que la figura se estructure se requiere un "mismo designio", genérico, abstracto, pero que es necesario, además, que en cada hecho se especifique ese elemento subjetivo, lo cual ocurre no solo en un abuso de confianza continuado sino en un homicidio continuado. Si, por caso, A proyecta apoderarse de \$ 50.000.00 tomados de los caudales que maneja, mediante sustracciones parciales de \$ 10.000.00, obra con un designio unitario que abarca la totalidad, y con designios especificados (intelectivo-volitivos), al consumir cada sustracción de \$ 10.000.00. Y un segundo caso: A planea matar una familia compuesta de cinco personas, y para hacerlo se vale de acciones aisladas mediante las cuales consuma homicidios en número de cinco; en este caso obra

también con un designio unitario y genérico, y con designios especificados. No vemos con que razón puede negarse, entitativamente, que el designio genérico concurre en el primer caso y no en el segundo; o que en el primer caso no existen designios especificados que permitan aislar las diversas individualidades delictivas y sí existen en el segundo, de tal manera que aisladas esas individualidades se niegue el "delito continuado" para afirmar en su lugar el régimen ordinario del concurso de delitos. Desde la perspectiva del artículo 32 C. P., ambas situaciones deben recibir el mismo tratamiento jurídico, porque para que exista "delito continuado" solo se requiere el designio unitario, precedente y genérico, y en ambos casos aparece. Y no se puede negar al homicidio continuado tal calidad en virtud de que cada homicidio requiere un dolo especificado, pues habría que negar también el abuso de confianza continuado porque cada sustracción requiere igualmente un dolo especificado.

Una razón última es de orden puramente técnico. El artículo 32 se encuentra ubicado en la Parte General del Código Penal, cuyas disposiciones valen para todos los delitos de la parte especial, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Así, por ejemplo, la culpa, que se restringe a las figuras delictivas por expresa referencia que aparece en la parte especial; el artículo 28, cuya naturaleza es compatible solo con algunas infracciones. Si el Código Penal restringiera la figura del artículo 32 a una categoría especial de delitos, existiría una indicación normativa, que en parte alguna aparece en todo el contexto de nuestro estatuto.

Ocurre que la inspiración que originó la figura del "delito continuado" sigue ejerciendo inconcientemente su influencia, y como fue ideada para delitos contra la propiedad, la doctrina quiere reducir sus términos a tal categoría de delitos. Así, la historia de las instituciones jurídicas se convierte en un lastre que impide la evolución del Derecho. Restringir el "delito continuado" reglamentado por el artículo 32 C. P. a delitos de contenido económico se explica por una valoración a la cual personalmente adherimos, pero tal valoración de nada nos sirve para analizar un problema de orden puramente normativo. El artículo 32 C. P. se refiere a toda clase de delitos (a diferencia, por ejemplo, de la culpa —art. 12—, de la ira o intenso dolor —art. 28—, de la riña imprevista —art. 384—, de la complicidad —art. 385—), no a una categoría de delitos; y respecto de todos los delitos es indiferente que el sujeto pasivo sea único o plural.

CONTRATOS NOMINADOS

DR. GUILLERMO OCHOA GONZALEZ

CAPITULO SEXTO

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Concepto e importancia.

134. - Para el código civil colombiano, el arrendamiento constituye un género que agrupa especies diversas. Nuestro estatuto habla de arrendamiento de cosas, de obra y de servicios, de criados domésticos y de transporte. El derecho moderno ha prescindido de esta noción múltiple y, precisando debidamente el concepto, ha reservado la denominación de arrendamiento para aquel contrato por el cual una persona se obliga a conceder a otra el uso de un bien y la segunda, a su vez, se obliga a pagar por ese uso un precio determinado. Es decir, para el llamado por nuestro código arrendamiento de cosas.

Este es, pues, el único verdadero arrendamiento y el que como tal se estudiará en este capítulo. Otro de los contratos antes designados con el mismo nombre genérico (el arrendamiento de obra), tiene su lugar propio en la tercera parte de los presentes apuntes y los demás escapan al contenido de los mismos, porque ya son materia de

disciplinas jurídicas distintas del derecho civil. Así por ejemplo, el contrato con los servidores domésticos se gobierna por principios que hacen parte del derecho laboral.

135. - El contrato de arrendamiento, entendido como ha quedado expuesto en el número anterior, cumple una función económica de notoria importancia. El facilita la utilización de aquellos bienes que nos son necesarios y que no podemos, o eventualmente no queremos, adquirir en propiedad. Desde la casa de habitación, elemento esencial de subsistencia cuyo precio de compra escapa a las posibilidades de muchos, hasta el traje de etiqueta que ocasionalmente requerimos para asistir a una ceremonia social y cuyo uso pasajero hace inútil su adquisición, todas las cosas que pueden usarse sin consumirse (con las salvedades que se indicarán a su debido tiempo), pueden ponerse a nuestra disposición mediante el contrato en estudio, el cual es, por lo mismo, un eficaz sustituto de la compraventa como instrumento para la satisfacción de las diarias necesidades que nos apremian.

136. - En otro orden, el arrendamiento constituye un medio expedito para armonizar los derechos individuales del dueño con la función social que está llamada a cumplir la propiedad, pues, a la vez que permite al propietario obtener de su capital la renta a que justamente aspira, pone sus bienes al servicio de las necesidades ajenas y contribuye, con ello, a la solución de problemas generales de gravedad, como es, por ejemplo, el de la escasez de viviendas.

Clasificación.

137. - En nuestro sistema jurídico, el arrendamiento es un contrato puramente consensual, cuya celebración no está sujeta a formas especiales. Solamente para efectos de prueba es necesario, en la mayoría de los casos, que conste por escrito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887. Las partes, sin embargo, lo mismo que cuando se trata de compraventa consensual, pueden someter a solemnidades voluntarias su contrato de arriendo y pueden igualmente, en tal caso, retractarse del mismo mientras no se cumpla la formalidad acordada o no se dé principio a la ejecución del convenio. Así lo establece el artículo 1979 del código.

Cuando el contrato se celebra por escritura pública, produce efectos especiales de oponibilidad a terceros, los cuales se examinarán en el lugar correspondiente.

El derecho moderno, con toda razón si se tiene en cuenta la importancia que ha llegado a alcanzar el contrato de arriendo, tiende

a restringir su consensualidad. Así, el código mejicano exige que se otorgue por escrito siempre que el canon pase de cien pesos mensuales y, si recae sobre un predio rústico y la renta es mayor de cinco mil pesos anuales, impone la necesidad de una escritura pública (artículos 2406 y 2407).

b) El arrendamiento es, además, contrato bilateral y oneroso. Ambas partes asumen un deber de prestación y cada una de ellas se grava en beneficio de la otra. El arrendador debe conceder el uso del bien y el arrendatario debe pagar el precio correspondiente.

c) Es un contrato por lo general conmutativo. Al celebrarlo, se conocen las prestaciones y se puede apreciar su equivalencia, de manera que no se corre la incertidumbre de ganar o perder. Se hace, no obstante, aleatorio, cuando el precio consiste en frutos naturales de la cosa arrendada y se fija en una cuota de los de cada cosecha.

d) Es un contrato de ejecución sucesiva. No se cumple en un solo momento. El uso del bien se prolonga en el tiempo y el canon se paga, comúnmente, mediante sumas periódicas.

e) Es, por último, un acto de administración, ya que los bienes se arriendan con el ánimo de hacerlos producir. El arrendador no enajena, no dispone de la cosa, no confiere un derecho real al arrendatario. Este sólo tiene un derecho personal que le permite exigir el uso del bien. Así lo afirma la doctrina más acertada, aún para el caso de que el contrato se celebre por escritura pública y no obstante los efectos frente a ciertos terceros que esta circunstancia le atribuye.

Elementos.

138. - El consentimiento y la capacidad que exige la formación válida del contrato de arriendo se gobiernan por los principios comunes. Por lo tanto, aquí se anotará únicamente que el artículo 501 del código colombiano, en guarda de la honestidad y con miras a proteger los intereses del incapaz, prohíbe en forma absoluta (y por ende bajo pena de nulidad absoluta) al guardador y a ciertas personas allegadas al mismo, tomar en arriendo bienes raíces del pupilo. En cuanto a los muebles, se establece igualmente una prohibición semejante, pero con el carácter de relativa (como relativa es también la nulidad que acarrea su violación), pues se condiciona, de acuerdo con el párrafo primero del texto mencionado, a la autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o a la del juez en subsidio.

Prohibiciones parecidas a las anteriores contemplan, de la misma manera, otras legislaciones (ver, por ejemplo, el artículo 569 del código mejicano).

Lo referente al objeto de las obligaciones que asumen las partes contratantes será materia de estudio especial en las secciones que siguen.

El bien arrendado.

139. - Puede ser materia de arriendo cualquier bien, corporal (como una casa o un animal) o incorporal (como la propiedad intelectual, una marca de fábrica o una patente de invención), siempre que, además de acomodarse a los principios generales sobre el objeto de las obligaciones, reúna las siguientes condiciones específicas:

a) Que pueda usarse sin consumirse. Los bienes cuyo uso sólo puede lograrse mediante su consumo, tales como los alimentos, la energía eléctrica y los combustibles, no pueden ser objeto de un contrato de arriendo. El consumo es un acto dispositivo que, como tal, sólo puede ser ejercido por quien tiene el poder de disposición, es decir, por el dueño. De manera que el uso de esta clase de bienes exige su previa adquisición en propiedad.

El arrendamiento se estructura como una operación que nos permite el uso temporal de un bien ajeno, el cual debemos restituir, en su misma individualidad, cuando termine nuestro derecho a utilizarlo. La disposición está excluida de nuestras facultades de arrendatarios. Si la utilización de una cosa requiere que dispongamos de la misma, debemos emplear otros medios jurídicos para ponerla a nuestro alcance. Medios que nos confieran el necesario poder de disposición, tales como la compraventa o el mutuo o préstamo de consumo.

Desde luego, la inconsumibilidad no emana necesariamente de la naturaleza de los bienes. Puede depender de su destinación según el contrato y es, entonces, un efecto de la intención de las partes. Se hace así posible que ciertas cosas ordinariamente consumibles sean susceptibles de arrendarse para un uso extraordinario, distinto de aquél a que comúnmente están llamadas. Sirva de ejemplo el de unas botellas de un licor fino y caro que se arriendan como elementos decorativos o como objetos de exposición.

El requisito que se estudia debe entenderse en su cabal significado. Una cosa es el consumo de un objeto como manera de utilizarlo y otra es el agotamiento paulatino a que da lugar la explota-

ción de ciertas clases de bienes, como las minas o los yacimientos de petróleo. Este agotamiento es un proceso de extinción lenta. Se produce, no de una vez, sino poco a poco, a medida que se adelanta la explotación, de suerte que, a diferencia de lo que ocurre con la cosa que se consume, aquí cabe la posibilidad de que los bienes se restituyan en especie y cuando todavía representan un valor económico.

No sería, por tanto, razonable pensar que el agotamiento impide el arriendo de las minas, canteras y yacimientos en general. Máxime si en él puede verse un instrumento que facilite una explotación en la que tiene interés el orden económico. Inclusive, las concesiones que usualmente se otorgan para el beneficio de este tipo de bienes presentan, en el fondo, una estructura muy similar a la del contrato de arrendamiento.

b) Que su arrendamiento no esté prohibido por la ley y que no se trate de un derecho de los que tienen el carácter de estrictamente personales. Es el caso de los derechos reales de uso y habitación, ya que éstos, no solamente son personalísimos, inseparables de su titular, sino que, además, están excluidos del arriendo por disposición expresa del legislador (código colombiano, artículo 878).

La razón de ser de este requisito es evidente. Por una parte los contratos prohibidos por la ley adolecen de objeto ilícito (artículo 1523 de nuestro código) y son, por tanto, absolutamente nulos. Por otra parte, los derechos estrictamente personales se crean o reconocen en atención a las circunstancias mismas de su beneficiario, cuyas necesidades primarias tienden a satisfacer. Si su ejercicio pudiera atribuirse en cualquier forma a otro individuo, se desfigurarían su función y su finalidad.

140. - Si se cumplen las condiciones anteriores, pueden darse en arriendo todos los bienes, incluyendo aquéllos de que somos propietarios fiduciarios (código colombiano, artículos 817 y 2016), el usufructo (ibidem, artículo 852), la propiedad horizontal (Ley 182 de 1948, artículo 8º) y las cosas en comunidad (Ley 95 de 1890, artículos 26 y 27).

El precio.

141. - El precio es la contraprestación que el arrendatario debe pagar por el uso que se le concede. Consiste, de ordinario, en dinero, pero puede convenirse también en frutos naturales de la cosa arrendada.

El precio en frutos puede pactarse, bien en cantidades determinadas, bien en cuotas de los que se produzcan. La segunda de estas

dos formas hace el contrato aleatorio para el arrendador, cuya retribución viene a ser incierta, pues depende de la existencia y de la mayor o menor importancia de los frutos producidos.

Generalmente el precio se estipula por períodos de uso y para ser cubierto, mediante cantidades sucesivas, a medida que aquéllos transcurran. Nada impide, sin embargo, el precio consistente en una prestación única, lógicamente acostumbrado cuando el arrendamiento comprende plazos breves.

El precio del arrendamiento, como el de la compraventa, debe ser determinado o, al menos, determinable mediante bases señaladas en el contrato. Debe también ser real, es decir, no simplemente simulado o aparente, ni tan insignificante que en el fondo equivalga a la falta de precio, porque, en cualquiera de estos dos eventos, el negocio se convierte en un acto gratuito (comodato).

Arrendamiento de cosa ajena.

142. - El legislador colombiano autoriza el arriendo de cosa ajena (artículo 1.974, párrafo segundo, del código), aunque admitiendo su inoponibilidad al propietario, y reconoce el derecho del arrendatario a que se le indemnicen los perjuicios que sufra en caso de evicción. Se trata de principios, en lo pertinente, iguales a los que aceptan y gobiernan la venta de cosa ajena.

Como en el caso de la venta, la inoponibilidad desaparece retroactivamente por la ratificación del contrato por parte del dueño. Además, la adquisición del bien por el arrendador estabiliza la situación del arrendatario.

Esta amplia admisión del arriendo de un bien ajeno no es unánime en las legislaciones. El artículo 2401 del código mejicano, por ejemplo, la limita a los casos en que el arrendador "tiene facultad para celebrar ese contrato, ya en virtud de autorización del dueño, ya por disposición de la ley", en los cuales parece claro que, más que de negocios sobre cosas ajenas, se trata de actos concluidos por conducto de representantes convencionales o legales.

Duración del arrendamiento.

143. - Hay legislaciones que consagran, en forma expresa, la temporalidad de la relación que genera el contrato de arrendamiento. Es el caso del código mejicano, el cual, en el párrafo primero del artículo

10 2398, define la obligación del arrendador como la de conceder el uso o goce temporal de una cosa. En el párrafo segundo del mismo texto señala límites máximos de duración para el arriendo de fincas destinadas a habitación, al comercio y al ejercicio de una industria (diez, quince y veinte años, respectivamente). Y en el artículo 2460 asigna al arrendamiento de muebles, cuando no tiene plazo contractual ni su duración puede determinarse por el uso a que el bien se destina, un término legal de cinco días, después de los cuales el arrendador puede exigir la restitución de la cosa.

En Colombia, el arrendamiento no tiene plazos máximos de duración señalados legalmente. Pero de su misma estructura se desprende que la relación que genera tiene una vigencia limitada, ya que se trata de un contrato llamado a permitir, a persona diferente del dueño, el uso temporal de una cosa, la cual debe volver al propietario una vez cese la facultad de aprovechamiento concedida al arrendatario (en su oportunidad se verá cómo, cuando no existe plazo expreso o tácito, el arriendo puede terminarse por las partes mediante el llamado desahucio).

Resulta, entonces, que el llamado arrendamiento perpetuo, que suele usarse para la cesión de ciertos bienes (como los osarios en los templos), no tiene de tal sino el nombre y es, en realidad, un acto distinto, un acto en el cual la intención de las partes es la de enajenar definitivamente, la una, y la de adquirir también definitivamente, la otra, el bien materia del contrato. En este caso, la denominación de arrendamiento denota una falsa apreciación del sentido del negocio o un ánimo de simular, de disfrazar bajo esta forma el acto verdadero, el cual debe desentrañarse y tratarse de acuerdo con el régimen que sea propio de él.

Obligaciones del arrendador.

144. - El contrato de arrendamiento impone al arrendador la obligación de conceder o permitir al arrendatario el uso de la cosa arrendada. Se trata de una obligación de las llamadas "de hacer", que corresponde a la finalidad misma del negocio y al interés económico que en él tiene el arrendatario. Por tal razón, su incumplimiento genera para éste el derecho de desvinculación propio de los contratos bilaterales.

Debe advertirse, sin embargo, que, si al producirse el incumplimiento del arrendador o, en su caso, la violación de los deberes fundamentales del arrendatario, ya este último se encuentra utili-

zando el bien, la desvinculación en referencia no produce los efectos de la resolución ordinaria que retrotrae la situación entre las partes al estado precontractual. Esto, por la obvia circunstancia de que el uso ya efectuado, dada su misma naturaleza, es imposible de restituir. Y porque, en consecuencia, el precio que corresponde a ese uso debe reconocerse al arrendador, a fin de no patrocinar el enriquecimiento sin causa del arrendatario. Por eso se dice que, en esta hipótesis, se trata, no de una resolución propiamente dicha, sino de un fenómeno semejante, cuyos efectos se proyectan sólo hacia el futuro y para el cual se viene aceptando el nombre especializado de "terminación" del contrato.

En cuanto a la extensión del uso que el arrendador debe conceder en virtud del contrato, ella se examinará más adelante, al tratar de la manera como el arrendatario debe utilizar la cosa arrendada.

La obligación que se comenta se desdobra o descompone en tres deberes diferentes, que constituyen aspectos o manifestaciones distintas de la misma y que están señalados en el artículo 1982 del código colombiano. Tales deberes, que son el de entregar la cosa arrendada, el de mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y el de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce, deben contemplarse en sendas secciones particulares.

Obligación de entregar la cosa arrendada.

145. - La entrega es el primer paso en el cumplimiento de la obligación que tiene el arrendador de conceder el uso del bien, ya que, mediante ella, aquél se pone a la disposición del arrendatario para que lo utilice en la forma que le permite el contrato.

Desde luego, compete en primer término a las partes determinar, en su convenio, las modalidades de la entrega, es decir, la manera y las circunstancias de tiempo y de lugar para efectuarla. En caso de silencio, son de aplicación las normas legales supletorias establecidas sobre la materia.

En el código colombiano, esas normas supletorias enseñan que la entrega podrá hacerse "bajo cualquiera de las formas de tradición reconocidas por la ley" (artículo 1978). Parece, pues, que, según dicho texto, la entrega debe efectuarse por uno de los medios señalados en el artículo 754 de la misma obra como idóneos para el traspaso del dominio de los bienes muebles.

Puede considerarse, no obstante, aparte de tecnicismos muy rigurosos, que la entrega de la cosa arrendada es válida siempre que

se realice por cualquier medio que, aunque no encaje muy cabalmente en la enumeración de nuestro artículo 754, sea suficiente frente a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta las relaciones que median entre las partes y los dictados de la buena fe contractual.

En cuanto a las circunstancias de la entrega (tiempo, lugar, etc.), las normas supletorias son las que ya deben conocerse por la teoría de las obligaciones, especialmente por el tratado del pago o prestación de lo que se debe.

146. - La entrega es, por otra parte, entre nosotros, el hecho que, en el caso de un doble arrendamiento del mismo bien, da preeminencia definitiva al derecho del arrendatario que la ha recibido sobre el derecho del otro. En efecto: el artículo 1980 del código establece que "si se ha arrendado separadamente una misma cosa a dos personas, el arrendatario a quien se haya entregado la cosa será preferido; si se ha entregado a los dos, la entrega posterior no valdrá; si a ninguno, el título anterior prevalecerá".

147. - El incumplimiento de la obligación de entregar da lugar a que el arrendatario pueda provocar el rompimiento del contrato. Esto es natural, por cuanto se trata de una obligación nacida de una relación jurídica bilateral y cuya violación significa nada menos que la frustración del interés que la parte perjudicada tiene en el negocio.

Es, pues, aplicable en esta hipótesis el principio general consignado en el artículo 1546 del código colombiano, no obstante lo cual dicho estatuto en forma que parece innecesaria, hace referencia a un caso concreto en que surge, por el arrendatario, el derecho de desvinculación por incumplimiento. Es el caso de que la entrega se haga imposible por hecho o culpa del arrendador o de sus agentes o dependientes, contemplado en el artículo 1983, cuyo texto es el siguiente:

"Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

"Habrá lugar a esta indemnización aún cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o pro venga de fuerza mayor o caso fortuito".

148. - Nuestro legislador ha previsto también (artículo 1984 del código) el caso de mora en la entrega del bien, cuando ella obedece a hecho o culpa del arrendador o de sus agentes o dependientes, para reconocerle al arrendatario el derecho a que se le indemnicen los correspondientes perjuicios moratorios.

Además, si por el retardo se disminuye notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por deterioros que sufra el bien, sea porque cesen las circunstancias que motivaron el negocio (como si tomo en arriendo una finca de recreo para las vacaciones y no me la entregan en tiempo oportuno para disfrutarlas en ella), "podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito".

Para determinar, en cada oportunidad, cuándo el arrendador se constituye en mora de entregar, debe atenderse a las estipulaciones del respectivo contrato y a los principios que informan la teoría de la mora (parte del tratado de las obligaciones). En el derecho colombiano debe tenerse en cuenta especialmente el artículo 1608 del código civil.

Obligación de mantener el bien en estado de servir.

149. - El arrendador tiene el deber de mantener la cosa en estado de servir para los fines que el arrendatario se propone al contratar. En otros términos, es obligado a efectuar en el bien aquellas reparaciones que se requieran para mantener su integridad y su aptitud para el uso a que el arrendatario tiene derecho, en cuanto le competen según las cláusulas del contrato o según las disposiciones de la ley.

150. - En nuestro derecho es entendido que, en primer lugar, las partes pueden pactar, en sus estipulaciones, el régimen que más les convenga en relación con las reparaciones que exija el bien, asignándolas en su totalidad a una de ellas o distribuyéndolas entre ambas, a su arbitrio (código civil, artículo 1985, párrafo tercero). En defecto de convenio expreso, la materia se gobierna por las reglas supletorias del código.

Según estas últimas, el arrendador debe hacer, durante el arriendo, "todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado el arrendador aún a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieren de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada" (artículo 1985, párrafos primero y segundo).

Las reparaciones locativas, propias del arriendo de habitaciones y edificios en general, son las que se hacen precisas por aquellos deterioros que, por lo común, obedecen a hecho o culpa del arrendata-

rio o de las personas que con él conviven. Corresponden al deber elemental que tiene el inquilino de mantener el edificio, como dice el artículo 2028 del código, "en el estado en que lo recibió". Por eso nuestro legislador y, casi siempre, las mismas cláusulas del contrato, le imponen al arrendatario la obligación de efectuarlas, a menos que se hagan necesarias por fuerza mayor o caso fortuito, por la mala calidad del bien, por el transcurso del tiempo o por el uso legítimo.

Como ejemplos de esta clase de reparaciones, el artículo 2029 del código señala la reposición de las piedras, ladrillos y tejas que se quiebren o desencajen. El reemplazo de los cristales que se rompan, y la conservación, en estado de servir, de las puertas, ventanas y cerraduras. Y el mismo texto, en su último párrafo, establece la presunción de que el arrendatario "ha recibido el edificio en buen estado, bajo todos estos respectos, a menos que se pruebe lo contrario".

Para resumir, ilustrándolo con un ejemplo práctico, el régimen colombiano sobre reparaciones en el bien arrendado, cabe indicar que, salvo que un pacto contractual expreso disponga algo distinto, la reposición de las baldosas que se rompen en la casa que se habita en virtud de un contrato de arriendo corresponde al inquilino. Que éste, para descargarse de tal obligación, debe demostrar que les desperfectos ocurrieron por un caso de fuerza mayor (como un terremoto), o que son atribuibles a la baja calidad de los pisos, o que son una consecuencia del uso normal de la habitación. Y que, en fin, si la reparación que se precisa no es de las llamadas locativas (cuyo concepto se expuso más atrás), corre por cuenta del arrendador. Tal el arreglo de un muro que se falsea por causa de una construcción contigua.

Falta sólo añadir que, aunque nuestra legislación no lo advierte expresamente, como sí lo hacen las de otros países (código alemán, artículo 545; código mejicano, artículo 2415), el arrendatario está en el deber de dar al arrendador aviso oportuno, según las circunstancias, sobre la necesidad de las reparaciones que al último corresponde efectuar. Es una obligación que imponen principios generales de derecho de ineludible aplicación a toda relación contractual, especialmente el principio de la buena fe, que debe presidir su ejecución. Al fin y al cabo el arrendatario, como persona que se encuentra al cuidado inmediato de la cosa, es quien está en condiciones de conocer su estado y los deterioros que en ella se produzcan, lo cual no es posible o, al menos, es difícil para el arrendador, ya que éste se desprende, precisamente en beneficio de aquél, del contacto directo con el bien.

La violación de este deber hace responsable al arrendatario de los perjuicios que, por su omisión, se ocasionen al otro contratante.

151. - En las legislaciones extranjeras, el régimen de las reparaciones descansa sobre principios que, sustancialmente, se identifican con los de nuestro país. Pueden verse, para comprobarlo, disposiciones como las que contienen los artículos 2412 (fracción II), 2415 y 2444 del código mejicano; 545 y 548 del código alemán, y 1558, 1563 y 1564 del código español.

152. - Cuestión distinta de la de las reparaciones es la de las mejoras que se incorporan en el bien arrendado. De éstas se tratará especialmente en el lugar adecuado.

Obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce del bien.

153. - El arrendador no cumple el contrato únicamente con entregar el bien y con realizar lo que le compete para mantenerlo en estado de servir. Para el arrendatario esto no es suficiente si, por otra parte, ha de estar sometido a molestias que le impidan o dificulten la obtención de las ventajas que se propone lograr, de la cosa, al contratar. Necesita, pues, estar protegido contra esas molestias o dificultades, que pueden provenir del arrendador mismo o de terceros o que pueden ser ocasionadas por los vicios o defectos del bien. Y a esa necesidad de protección corresponde el deber del arrendador de librarlo de toda turbación o embarazo en el uso a que tiene derecho.

154. - Ante todo, el arrendador ha de abstenerse de perturbar, él mismo, el uso del arrendatario, entendiéndose por perturbación suya, no sólo aquella que resulte de su propia conducta, sino también la que provenga de cualquiera otra persona a quien él "pueda vedarlo", como dice el código colombiano en el artículo 1987.

En virtud de este deber de abstención, el arrendador no puede, sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada ni hacer, en ella, obras o trabajos que puedan turbarle o embarazarle el goce de la misma (código colombiano, artículo 1986, párrafo primero; código mejicano, artículo 2414). No obstante, si se trata de reparaciones inaplazables, el arrendatario debe sufrirlas, "aún cuando lo priven del goce de una parte de la cosa arrendada; pero tendrá derecho a que se le rebaje entre tanto el precio o renta, a proporción de la parte que fuere" (código colombiano, artículo 1986, párrafo segundo).

"Y si estas reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa,

que el resto no aparezca suficiente para el objeto con que se tomó en arriendo, podrá el arrendatario dar por terminado el arrendamiento. El arrendatario tendrá, además, derecho para que se le abonen los perjuicios, si las reparaciones procedieren de causa que existía ya al tiempo del contrato, y no era entonces conocida por el arrendatario, pero lo era por el arrendador, o era tal que el arrendador tuviese antecedentes para temerla, o debiese por su profesión conocerla. Lo mismo será cuando las reparaciones hayan de embarazar el goce de la cosa demasiado tiempo, de manera que no pueda subsistir el arrendamiento sin grave molestia o perjuicio del arrendatario" (ibidem, párrafos tercero y cuarto).

Estas y cualquier otra perturbación proveniente del arrendador o de las personas a quienes él pueda impedirles constituyen, cuando no sean justificadas según lo que se ha visto, una violación de su obligación primordial de permitir el uso del bien. Por consiguiente, según el principio general que consagra el derecho de resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales, facultan al arrendatario para pedir, a su elección, la terminación del arriendo o su cumplimiento (este último mediante la cesación de las molestias y el recondicionamiento del bien tal como estaba antes de las mismas), en ambos casos con la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

Es un hecho, sin embargo, que el ejercicio de la acción de terminación con base en perturbaciones de escasa importancia, que apenas afectan levemente el uso del arrendatario (como la ejecución de pequeñas obras no necesarias en el sitio de entrada a la vivienda arrendada) constituiría un abuso del derecho de imposible aceptación en cualquier sistema jurídico civilizado, así falten textos expresos al respecto. De ahí que, en casos semejantes, sólo debe reconocerse al arrendatario el derecho a hacer cesar la molestia y a ser indemnizado de los perjuicios que se le causan.

Para terminar este tema, debe aclararse que la obligación de no perturbar que pesa sobre el arrendador no afecta su justo derecho a inspeccionar el bien arrendado para estar al corriente de su estado de conservación, determinar las reparaciones que puede requerir y comprobar si está siendo utilizado en la forma debida.

155. - El arrendador está obligado, también, a proteger al arrendatario contra las perturbaciones provenientes de terceras personas que hagan valer derechos sobre el bien arrendado, por ejemplo su propiedad total o parcial (recuérdense los principios sobre el arriendo de cosa ajena, expuestos en el número 142).

Se trata, como puede apreciarse de una obligación de saneamiento en caso de evicción, al estilo de la que pesa sobre el vendedor, aunque, en nuestro código, no tan prolijamente reglamentada como ésta.

En efecto: el mencionado estatuto, en el tratado del arrendamiento, apenas dedica a la garantía contra la evicción los artículos 1988 y 1989, los cuales establecen las siguientes reglas fundamentales:

a) La molestia debe provenir de un tercero que alegue un derecho sobre la cosa. Las simples perturbaciones de hecho son ajenas a la responsabilidad del arrendador y, cuando ellas se presentan, corresponde al arrendatario perseguir, "a su propio nombre", la reparación del daño.

b) El derecho que pretende el tercero, o su causa, debe ser, como también se vio al tratar de la evicción en el contrato de venta, anterior a la celebración del arriendo. Si la turbación se fundamenta en un derecho nacido con posterioridad (como la que proviene de una persona que ha adquirido la cosa arrendada), la cuestión es diferente a la que aquí se contempla y la responsabilidad que pueda caber al arrendador frente al arrendatario será distinta a la que imponen los vicios jurídicos del bien. Será, comúnmente, una responsabilidad por incumplimiento del contrato que se rige por las normas generales.

c) Si la evicción es parcial, "podrá el arrendatario exigir una disminución proporcionada en el precio del arriendo para el tiempo restante". Si es total, o "de tanta parte de la cosa arrendada, que sea de presumir que sin esa parte no habría contratado", tendrá derecho a hacer que cese el arriendo.

d) "Además, podrá exigir indemnización de todo perjuicio, si la causa del derecho justificado por el tercero fue o debió ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, pero no lo fue del arrendatario, o siendo conocida de éste, intervino estipulación especial de saneamiento con respecto a ella.

"Pero si la causa del referido derecho no era ni debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato, no será obligado el arrendador a abonar el lucro cesante".

e) "La acción de terceros que pretendan derecho a la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador. El arrendatario será sólo obligado a notificarle la turbación o molestia que reciba de terceros, por consecuencia de los derechos que alegan, y si lo omitiere o dilatare culpablemente, abonará los perjuicios que de ello se sigan al arrendador".

El saneamiento por los vicios jurídicos de la cosa arrendada es

elemento de la naturaleza del contrato y, por lo mismo, puede ser excluido mediante pacto expreso, ya que ningún motivo de interés se opone a su renuncia.

156. - El arrendador tiene, además, la obligación de responder por los vicios o defectos de orden material que impidan o dificulten el uso de la cosa arrendada. Es una obligación sustancialmente equivalente a la que asume el vendedor de sanear los vicios redhibitorios de la cosa vendida, aunque con algunas diferencias en su reglamentación.

Lo fundamental de tales diferencias consiste en que, en tanto que el vendedor apenas garantiza el estado del bien al momento de la venta y, por ende, está sólo obligado a sanear aquel vicio que es o tiene una causa anterior a la misma, el arrendador mantiene su responsabilidad aún después de la celebración del arriendo y de la entrega de la cosa, de tal suerte que su obligación de saneamiento comprende tanto los defectos preexistentes como los que, sin culpa del arrendatario, se producen con posterioridad al contrato (código colombiano, artículo 1990, párrafo primero; código mejicano, artículo 2421).

La explicación de este contraste hay que buscarla en la índole y en la finalidad de los dos actos. La venta mira a la transmisión del bien, al desplazamiento de la calidad de dueño con los riesgos que le son inherentes. En cambio, el arrendamiento, no pretende trasladar un derecho sobre la cosa ni desplazar los riesgos a que está expuesta. Sólo persigue traspasar su tenencia, para permitir una utilización que representa el interés del arrendatario. Si este interés se frustra o se menoscaba en las ventajas que proporciona por la ocurrencia de un riesgo que no corre a cargo de su titular, es justo, según el caso, que éste tenga derecho a deshacer un contrato que ya no tiene objeto para él, o que pueda demandar el restablecimiento del equilibrio contractual mediante la adaptación de la prestación a su cargo a la situación creada por la aparición del vicio.

Por otra parte, los vicios en el arrendamiento deben cumplir, como en la compraventa, los requisitos de ser desconocidos para el arrendatario al momento del contrato (a no ser que, no obstante serle conocidos, el arrendador se comprometa al saneamiento) y de ser tales que anulen o disminuyan la utilidad de la cosa (código colombiano, artículos 1990 y 1992; código mejicano, artículo 2421).

En el arrendamiento, los vicios generan las acciones redhibitoria o de terminación, estimatoria o de rebaja del precio e indemnizatoria, que les son propias también en el contrato de compraventa.

La primera se concede al arrendatario cuando el impedimento

para el uso, originado en el vicio, es total, sin que tenga importancia el conocimiento o desconocimiento que el arrendador haya tenido del mal estado o calidad del bien al tiempo del contrato (artículo 1990, párrafo primero, de nuestro código).

El impedimento parcial da lugar, según las circunstancias, a la terminación del arriendo o a la rebaja del precio. La determinación correspondiente compete, según nuestro legislador (en el caso de desacuerdo entre las partes, desde luego), al funcionario judicial, el cual, para decidir, ha de tomar en cuenta el menoscabo que sufre el interés del arrendatario (código civil, artículo 1990, párrafo segundo). Si ese menoscabo es tan considerable que sea de presumir que en las condiciones creadas por el vicio el arrendatario no habría contratado, debe disponerse la cesación del arriendo. Si no es de tanta importancia, debe rebajarse el precio en proporción al demérito, de modo que el arrendatario cargue con una prestación que equivalga a las ventajas que realmente va a derivar del bien arrendado.

El trámite judicial correspondiente está fijada actualmente, en nuestro derecho, por el artículo 1113 del código de procedimiento civil, en armonía con los artículos 1111 y 1112 de la misma obra.

La acción de indemnización de perjuicios se agrega a las anteriores cuando el vicio es o tiene un causa anterior al contrato. El artículo 1991 de nuestro estatuto faculta, en tal evento, al arrendatario para reclamar la reparación del daño emergente. "Y si el vicio era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o si era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo, o por su profesión conocerlo, se incluirá en la indemnización el lucro cesante".

El derecho al saneamiento por un vicio material es de la naturaleza del arriendo, por lo cual es susceptible de eliminarse por una renuncia expresa. El derecho se excluye, además, cuando el arrendatario ha contratado a sabiendas del vicio y el arrendador no se ha obligado a sanearlo. Y cuando el vicio es de tal clase que el arrendatario no ha podido ignorarlo sin grave negligencia de su parte (artículo 1992 del código colombiano).

Resta agregar que la doctrina, con sana intención y con evidente sentido de justicia, ha extendido la teoría de los vicios en estudio y los derechos que de ella emanan para el arrendatario al caso de aquellos defectos o impedimentos que, aunque no afectan propiamente la constitución material o el funcionamiento del bien, sí constituyen inconvenientes que perturban el justo interés del arrendatario. Como ejemplos se dan la existencia, en las inmediaciones de la vivienda alquilada, de un burdel o de una fábrica que ocasiona ruidos excesivos.

De otro lado, también puede aplicarse en el arrendamiento el concepto de "cualidades aseguradas" o vicios redhibitorios convencionales. Así, puede pactarse, al arrendar una casa de habitación, que se tenga como un vicio saneable la inexistencia de las facilidades que, según el arrendador, se disfrutaban en el sector para el abastecimiento de determinados artículos de consumo.

Otras obligaciones del arrendador.

157. - Además de su obligación esencial de conceder el uso del bien, examinada en las secciones que anteceden, el arrendador ha de cumplir todas aquellas otras que le imponga el contrato, bien por cláusula expresa, bien por disposición legal aplicable, bien por la necesidad de actuar de buena fe en el desarrollo de la relación convencional.

Así por ejemplo, el arrendador debe reembolsar al arrendatario el valor de las reparaciones que éste haya sufragado por su cuenta. Pagar el costo de los servicios de acueducto y energía del edificio, si a ello se ha comprometido. Abstenerse de introducir un vecino indeseable en el apartamento contiguo, y observar las obligaciones que para él surjan del régimen sobre las mejoras que se incorporen a la cosa arrendada, régimen al cual se dedicará especialmente la sección siguiente.

Las mejoras.

Ya se trató, a propósito de la obligación que tiene el arrendador de mantener el bien en estado de servir, de las reparaciones de la cosa arrendada. Ahora debe examinarse el problema de las mejoras que se introducen en ella y, como en la práctica suele darse una errónea identificación o confusión entre los dos conceptos, es conveniente empezar por establecer la debida diferenciación de los mismos.

La reparación es una obra que se ejecuta para restablecer una situación determinada, un estado de cosas que se ha deteriorado y en relación con el cual no aumenta nada, no incorpora elementos nuevos que enriquezcan el valor del bien. Este, cuando se crea la relación arrendaticia, se encuentra en condiciones que son conocidas por los contratantes y en las cuales, normalmente (salvo el desgaste natural ocasionado por el tiempo o por el uso), debe mantenerse durante el arriendo en interés de las dos partes. Pues bien: cuando esas condiciones se desmejoran, todo trabajo que se realice para restablecerlas constituye una reparación.

La mejora, en cambio, consiste en la incorporación, en el bien, de elementos nuevos, ajenos a su estado normal de conservación durante el arriendo y en relación con el cual lo hacen más valioso o más significativo en el orden económico. Quien reemplaza los alambres quemados en el sistema de conducción de electricidad de la casa alquilada o repone los vidrios rotos de la misma, efectúa una reparación. Quien la dota de la instalación eléctrica de que hasta entonces ha carecido o le agrega una alcoba, introduce una mejora.

159. - Tradicionalmente, las mejoras han sido clasificadas, según el motivo a que obedecen, en necesarias, útiles y voluptuarias.

Son necesarias aquéllas que, como se desprende de su nombre, deben efectuarse para preservar la integridad física o económica del bien. Es el caso del muro de contención para proteger la finca contra inundaciones que la amenazan. Corren por cuenta del arrendador, como parte de su obligación de mantener la cosa en estado de servir, a menos, naturalmente, que se hayan hecho precisas por culpa del arrendatario, a cargo del cual existe, por otra parte, el deber correlativo de dar noticia oportuna sobre su necesidad, so pena de hacerse responsable de los perjuicios consiguientes (código colombiano, artículo 1993).

Son útiles las que, sin ser indispensables para la preservación de la cosa, tienen un sentido de incremento económico del bien, de aumento de su valor, de mejor aprovechamiento de sus ventajas. Pueden servir de ejemplos la red eléctrica que se instala en la vivienda o la nueva habitación que se le agrega. No son obligatorias para el arrendador y, por tanto, si el arrendatario las hace, no tiene que reembolsarle su valor sino en el caso de un pacto expreso que así lo disponga. A falta de ese pacto, se reconoce al arrendatario el llamado "jus tollendi", es decir, el derecho de "separar y llevarse los materiales sin detrimento de la cosa arrendada; a menos que el arrendador esté dispuesto a abonarle lo que valdrían los materiales, considerándolos separados" (código colombiano, artículo 1994).

Finalmente, son voluptuarias las mejoras que se realizan para efectos de adorno, de complacencia o de recreación, como una piscina, un campo deportivo o un vitral. Influyen, desde luego, en la economía de la cosa, porque es indudable que aumentan su valor. Pero su incorporación obedece al ánimo de hacerla más agradable o placentera, más bella o más lujosa. Su régimen es el mismo de las mejoras útiles, o sea que no obligan al arrendador, a quien sólo la convención puede imponerle el deber de reembolsarlas. Pero el arrendatario conserva el "jus tollendi".

160. - El régimen sobre mejoras, según viejos puntos de vista inspirados en principios jurídicos individualistas, como el de la libre contratación, se ha considerado susceptible de fijarse autónomamente por las partes, de modo que las normas legales sobre el particular (no siempre justas) son puramente supletorias. Esto, en la práctica, ha dado lugar a verdaderos enriquecimientos sin causa de los arrendadores, sobre todo cuando se trata de ciertos tipos de arriendo, como el de viviendas, en los cuales la necesidad obliga al arrendatario a someterse a las condiciones que se le quieran imponer.

El derecho moderno tiende a terminar con estas injusticias irritantes, mediante normas que imponen el deber de reembolsar el valor de las mejoras introducidas en el bien por el arrendatario.

Obligaciones del arrendatario.

161. - El arrendatario tiene, como obligaciones principales, la de pagar el precio del arriendo. La de hacer del bien un uso apropiado. La de custodiarlo y conservarlo en el estado en que lo ha recibido. La de abstenerse, salvo autorización legal o convencional, de ceder a terceros el uso de la cosa, y, finalmente, la de efectuar la restitución a su debido tiempo. Cada una de estas obligaciones se analizará individualmente en las secciones subsiguientes.

Obligación de pagar el precio del arriendo.

162. - El precio del arriendo representa la obligación esencial del arrendatario, la que hace del contrato una relación de intercambio económico entre las partes, en la cual cada una de ellas se obliga a su presentación en atención al beneficio que espera recibir de la otra.

Por eso, la violación de este deber origina las consecuencias propias del incumplimiento de un contrato bilateral, es decir, hace surgir para el arrendador el derecho alternativo de obtener la terminación del arriendo o la ejecución de la prestación desatendida, más la indemnización de los perjuicios que se le ocasionen. Téngase en cuenta, sin embargo, que en nuestra legislación y cuando se trata del arrendamiento de "casas, almacenes u otros edificios", el derecho a la terminación por no pago de la renta sólo se configura, según el artículo 2035 del código civil, cuando el arrendador ha formulado al inquilino "dos reconvencciones, entre las cuales medien a lo menos cuatro días" y siempre que el arrendatario no preste una "seguridad competente de que verificará el pago dentro de un plazo razonable, que

no bajará de treinta días". Sobre esta regulación tan especial de los efectos del incumplimiento de una obligación se tratará de nuevo cuando, más adelante, se estudie el arrendamiento de viviendas.

163. - Cómo, cuándo y dónde debe pagarse el precio del arriendo es cuestión que compete a las partes determinar en el contrato respectivo. En cuanto falten previsiones expresas sobre estos puntos, son de aplicación los principios supletorios que estudia la teoría de las obligaciones y que regulan el cumplimiento de las mismas. Además, el artículo 2002 de nuestro código establece, en el tratado particular del arrendamiento, las siguientes reglas destinadas a llenar los vacíos contractuales sobre la oportunidad del pago:

"El pago del precio o renta se hará en los períodos estipulados, o a falta de estipulación, conforme a la costumbre del país, y no habiendo estipulación ni costumbre fija, según las reglas que siguen:

"La renta de predios urbanos se pagará por meses, la de predios rústicos por años.

"Si una cosa mueble o semoviente se arrienda por cierto número de años, meses, días, cada una de las pensiones periódicas se deberá inmediatamente después de la expiración del respectivo año, mes o día.

"Si se arrienda por una sola suma, se deberá ésta luego que termine el arrendamiento".

164. - Para concluir lo atinente a la obligación de pagar el precio del arriendo, es bueno hacer notar la disposición contenida en el artículo 2003 del código colombiano, según la cual "cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciendo hubiera podido hacer cesar el arriendo, o que el arriendo hubiera terminado sin desahucio. Podrá, con todo, eximirse de este pago proponiendo, bajo su responsabilidad, persona idónea que lo sustituya por el tiempo que falte, y prestando, al efecto, fianza u otra seguridad competente".

El sentido de esta norma es evidente. El valor de la renta que corresponde al tiempo durante el cual debiera subsistir el arriendo representa, para el arrendador, el lucro cesante originado en la culpa del arrendatario. Y ese lucro cesante, como se sabe, constituye uno de los factores que normalmente integran una indemnización de perjuicios, de acuerdo con el principio consagrado en el artículo 1613 del código civil colombiano.

Obligación de hacer del bien un uso apropiado.

165. - En virtud de la relación arrendaticia, el arrendatario queda facultado para utilizar el bien en su servicio. Pero la utilización que se le permite no puede ser desordenada y arbitraria. Debe ser una utilización razonable, acomodada a ciertas pautas que se determinarán, en cada caso, teniendo en cuenta elementos tales como las cláusulas del contrato, la destinación económica de la cosa, la buena fe contractual y la costumbre del lugar. Por eso se dice que el arrendatario está en la obligación de hacer del bien un "uso apropiado".

Debe aclararse, sin embargo, que, cuando aquí se habla de "uso" apropiado, se le está dando al término un significado algo genérico, ya que ciertos arriendos permiten al arrendatario, no solamente el uso en el sentido técnico y específico que tiene este atributo del dominio, sino también el goce de la cosa, es decir, el aprovechamiento de los frutos o rendimientos que ésta produce. Así, por ejemplo, en el derecho alemán se conoce, además del simple arrendamiento de uso ("Miete"), el arrendamiento de uso y disfrute ("Pacht"). Por eso, el "uso apropiado" de que se viene tratando equivale a una "utilización apropiada" según las circunstancias.

166. - El uso apropiado o, lo que es lo mismo, la extensión de la facultad de utilización del arrendatario es, por lo común, materia que definen las partes en el contrato. A falta de convención expresa, deben tenerse en cuenta otros factores como la natural destinación económica del bien y la costumbre del lugar. Sin olvidar las exigencias de la moral y de la buena fe contractual, según las cuales resulta inadmisibles que, por ejemplo, se destine el edificio alquilado a un objeto ilícito o se subarriende, si se tiene facultad para ello, a personas de notoria mala conducta.

167. - El uso indebido o inapropiado del bien por parte del arrendatario constituye una violación del contrato y, como tal, autoriza al arrendador para reclamar su terminación con indemnización de perjuicios (código colombiano, artículos 1996 y 2031).

Obligación de custodiar y conservar el bien

168. - La obligación de custodia y conservación de la cosa arrendada corresponde a la idea de mantenimiento del bien, durante la relación arrendaticia, en el estado en que se encuentra cuando ella se inicia (ver número 158), para que pueda ser retituido, al término del arriendo, sin más desmejoras que las que se deban al tiem-

po o al uso legítimo del arrendatario. Corresponde, además, a la necesidad de defender el bien contra las perturbaciones provenientes de terceras personas.

En efecto: tanto el sostenimiento del bien en un estado determinado como su defensa contra los ataques de terceros exigen, en primer lugar, que alguien custodie la cosa, es decir, ejerza sobre ella la vigilancia y el cuidado necesarios para prevenir toda amenaza de deterioro o de perturbación. Y ese deber de custodia le incumbe al arrendatario, en razón de que a éste, como dice Karl Larenz, se le ha "confiado el señorío inmediato sobre la cosa" (1) y, con ello, se le ha constituido en la persona capacitada para cuidar de la misma. En segundo lugar, imponen la ejecución de las medidas encaminadas a restablecer la situación que se ha desmejorado o a contrarrestar los ataques de los terceros perturbadores, es decir, a la conservación física y jurídica del bien. Dichas medidas, especialmente reparaciones, en cuanto le competen según el régimen del contrato, integran el contenido del deber de conservación que tiene el arrendatario.

169. - La obligación de custodia y conservación que tiene el arrendatario se cumple, no solamente efectuando las reparaciones a su cargo y dando aviso oportuno, al arrendador, sobre la necesidad de las mejoras y reparaciones que éste deba realizar y sobre las perturbaciones de terceros cuya defensa le corresponda, sino, en general, observando una conducta que, apreciada de acuerdo con el principio de la buena fe contractual y con el grado de responsabilidad que se le impone, pueda considerarse diligente según las circunstancias y según la naturaleza de la cosa arrendada.

Así, según el código colombiano (artículo 2030), el arrendatario de una casa debe cuidar del aseo de sus diversas partes y dependencias. Y según Karl Larenz (2), puede también exigírsele "que en caso de una súbita rotura de la cañería de agua cierre la llave de entrada y retire pronto el agua que en ella haya penetrado o que trate de sofocar el fuego en sus comienzos o solicite auxilio".

170. - Nuestro código, que consagra el sistema de graduación de culpas, dispone, en el párrafo primero del artículo 1997, que "el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia". En otras palabras, lo hace responsable hasta de la culpa leve, pues, de conformidad con el artículo 63, el buen padre de familia es el modelo de persona que administra con la diligencia

1) LARENZ, Karl, Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo II, página 204.

2) LARENZ, Karl. Op. cit. Tomo II, páginas 205 y 206.

y el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios y cuya falta configura la llamada culpa leve.

Este grado de responsabilidad está de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 1604, pues, según éstos, el deudor responde hasta de la culpa leve en los contratos que, como el de arriendo, se celebran para beneficio recíproco de las dos partes.

Por otra parte, es el mismo grado de responsabilidad que imponen al arrendatario otros códigos que, lo mismo que el colombiano, insisten en la graduación de la culpa contractual. Entre otros el español (artículo 1555) y el italiano (artículo 1587).

171. - El incumplimiento de la obligación de conservación y custodia hace al arrendatario responsable de los perjuicios consiguientes y, cuando es grave, constituye una infracción del contrato suficiente para que el arrendador pueda ejercer el derecho de desvinculación (código colombiano, artículos 1997, párrafo segundo, y 2030, párrafo segundo). Con la advertencia de que el arrendatario responde, "no sólo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes" (código colombiano, artículo 1999), los cuales, en términos del derecho alemán, se consideran como sus "auxiliares en el cumplimiento" de la obligación que se estudia (3).

Obligación de abstenerse de ceder a terceros el uso de la cosa.

172. - En virtud de esta obligación, el arrendatario no puede, a menos que cuente con autorización legal o contractual para el efecto, conferir o desplazar a terceros el derecho que tiene a la utilización de la cosa arrendada. Pero es entendido que, en este caso, el concepto de terceros no comprende a los "auxiliares en el cumplimiento", de que se hizo mención en el número 171 y de cuya culpa responde el arrendatario como de la suya propia. De manera que la obligación que se estudia no se viola por el hecho de que, por ejemplo, el inquilino de una vivienda conviva en la misma con quienes constituyen su familia, reciba en ella a sus huéspedes o visitantes o la destien para habitación de personas que de él dependen cononómicamente.

A la prohibición que implica para el arrendatario la obligación que se comenta se oponen dos operaciones jurídicas: el subarriendo y la cesión del contrato.

173. - El subarriendo y la cesión son fenómenos sustancialmente distintos. El primero tiene lugar cuando, en virtud de un nuevo

3) LARENZ, Karl. Op. cit. Tomo II, página 206.

contrato entre el primer arrendatario (quien toma el nombre de subarrendador) y un tercero (llamado subarrendatario), aquél concede a éste el uso de la cosa que él disfruta en arriendo. Ese nuevo contrato genera un vínculo jurídico que liga únicamente a quienes lo celebran, al cual es ajeno el arrendador inicial y que opera con independencia del que media entre éste y el arrendatario primitivo.

Mediante el subarriendo vienen, pues, a coexistir dos relaciones arrendaticias: una entre el arrendador y el arrendatario y otra entre éste y el subarrendatario.

Karl Larenz (4), explica así esta situación: "en el supuesto de subarriendo no tiene lugar..... una transmisión ni total ni parcial de la posición jurídica..... del arrendatario al subarrendatario; más bien se origina solamente una relación arrendaticia de segundo grado, precisamente la relación subarrendaticia entre el arrendatario principal (subarrendador) y el subarrendatario, a base de la cual el primero se obliga a conceder el uso de la cosa al segundo. Entre el arrendador principal y el subarrendatario.... no se originan relaciones jurídicas".

Planteada así la cuestión, el arrendatario sobre quien pesa la prohibición de desplazar a terceros el uso de la cosa asume, cuando subarrienda, una alternativa de responsabilidad por violación contractual. Si, para atender a los deberes emanados de su relación con el arrendador original, se abstiene de permitir la utilización del bien al subarrendatario, se hace reponsable por incumplimiento del contrato de subarriendo. Y si, a la inversa, para cumplir con éste, concede dicha utilización, se responsabiliza ante su arrendador por infracción del contrato primitivo.

La cesión del contrato, por su parte, es la transmisión que el arrendatario hace, a otra persona, de la totalidad de su interés en la relación arrendaticia, es decir, de la calidad de arrendatario con todos los derechos y obligaciones que le son inherentes, en tal forma que el cedente desaparece de la escena contractual y su lugar es ocupado por el cesionario, el cual queda, en consecuencia, directamente vinculado con el arrendador. La cesión, pues, no da lugar, como sí ocurre con el subarriendo, a una relación nueva. Sus efectos consisten en una modificación subjetiva de la relación ya existente, por cuanto cambia la persona de una de las partes ligadas por la misma.

174. - Para comprender la razón de ser de la prohibición del subarriendo y de la cesión del contrato, contenida en disposiciones legales como el artículo 2004 del código colombiano, basta considerar que

uno de los efectos de aquellas operaciones es el desplazamiento, a persona distinta del arrendatario primitivo, del cuidado inmediato del bien. Además, en lo tocante a la cesión, debe tenerse en cuenta que el arrendamiento es un contrato bilateral en el cual cada parte es, a un tiempo, acreedora y deudora de la otra, y que, por lo mismo, quien cede su interés en la relación arrendaticia, transmite, a la vez que sus derechos activos o créditos, las deudas u obligaciones correlativas.

Y, como para el arrendador no es indiferente la persona encargada de la custodia y manejo de su bien, ni la que debe cumplir en su favor determinados compromisos y prestaciones, se explica así que el arrendatario no pueda, sin su autorización o sin una facultad legal para el efecto, celebrar actos jurídicos que conduzcan a radicar estos deberes en cabeza de terceros.

Sin embargo, la prohibición es relativa, como se ha insinuado en repetidas ocasiones. Desaparece cuando el arrendatario cuenta con autorización del arrendador o de la ley para subarrendar o para ceder el contrato. E inclusive, en la mayoría de las legislaciones extranjeras (ver artículos 1550 del código español, 1594 del código italiano y 1717 del código francés, entre otros), con un criterio más social del derecho y con el ánimo de propiciar un mejor aprovechamiento de ciertos bienes como las viviendas, se permite el subarriendo mientras no sea prohibido expresamente por el arrendador, es decir, se consagra sobre el particular el principio contrario al del artículo 2004 de nuestro código civil.

175. - Si, como se advirtió en el número 173 al exponer la noción del subarriendo, entre el subarrendatario y el arrendador original no se crean relaciones directas, debe aclararse, entonces, quien responde ante el segundo por el hecho o culpa del primero, a cargo del cual viene a quedar el cuidado inmediato de la cosa.

Para tal efecto, basta transcribir el siguiente párrafo de Karl Larenz (5), con la advertencia de que la idea que lo inspira es la misma que se desprende del espíritu de nuestro código y la misma que sostienen la jurisprudencia y la doctrina colombianas: "Aunque el arrendador haya consentido en la cesión del uso a un tercero, el arrendatario responde frente a él por la culpa del tercero igual que por la suya propia..... Por consiguiente, la ley considera en todo caso al subarrendatario como "auxiliar en el cumplimiento" del arrendatario con respecto al deber que a éste incumbe de usar la cosa

5) LARENZ, Karl. Op. cit. Tomo II, página 210.

4) LARENZ, Karl. Op. cit. Tomo II, página 210.

diligente y cuidadosamente y de protegerla; el arrendatario no queda exonerado de su obligación mediante la cesión aún autorizada del uso (y con éste también de la protección) hecha a favor de un tercero”.

Cuando se trata de cesión del contrato, este problema no existe, dada la sustitución de arrendatario que se produce y que pone al cesionario en relación directa con el arrendador, con todos los derechos y obligaciones de que era titular el cedente.

176. - El subarrendador y el cedente no facultan al subarrendatario o al cesionario para “usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo” (código colombiano, artículo 2004). Esto es obvio, pues ninguna persona puede, en general, transmitir o ceder a otra un derecho mayor que el que le pertenece.

177. - El arrendatario que, sin facultad, subarrienda o cede el contrato incurre en incumplimiento de una obligación a su cargo y, con ello, da lugar a que el arrendador pueda “reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios” (6).

178. - No puede concluirse este tema sin aludir a dos eventos de transmisión del contrato de arriendo expresamente contemplados y autorizados por el legislador. Son los casos previstos en los artículos 2023 y 2026 del código colombiano, en armonía con el párrafo segundo del artículo 2489 del mismo.

El primero se refiere al arrendador cuyo acreedor o acreedores embargan la cosa arrendada dentro de un proceso de ejecución forzosa de sus obligaciones. En esta hipótesis, según palabras de la ley, “subsistirá el arriendo y se substituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador”. Y, “si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2020”, o sea que, de acuerdo con principios que se estudiarán a su debido tiempo, los adjudicatarios deberán respetar el arriendo cuando se den determinadas circunstancias.

El segundo caso es el del arrendatario que ha sido declarado en insolvencia. Su acreedor o acreedores, de conformidad con el texto correspondiente, “podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le competirá acción de perjuicios contra el arrendatario, según las reglas generales”.

6) C. S. de J., Cas., 21 marzo 1949. Gaceta Judicial, No. LXV, página 626.

Obligación de restituir el bien a su debido tiempo.

179. - De la temporalidad de la relación arrendaticia se sigue que el derecho del arrendatario a utilizar la cosa arrendada está llamado a terminar y que el bien, una vez ocurrida esa terminación, debe volver a manos de quien otorgó su uso en ejecución del contrato. En otras palabras, que el arrendatario debe efectuar la restitución a la expiración del arriendo, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo pactadas en la convención o consagradas, como supletorias, en las disposiciones de la ley.

180. - Para determinar en qué estado debe restituirse el bien, hay que tener en cuenta las condiciones en que se encontraba al momento de crearse la relación arrendaticia y precisar de qué deterioros, según el régimen que regule el contrato, es responsable el arrendatario, el cual deberá, previamente a la restitución, efectuar las reparaciones que hagan necesarias dichos deterioros y, en cuanto ello sea imposible, indemnizar en dinero los perjuicios correspondientes.

Lo común será que el arrendatario deba realizar aquellas obras que tengan el carácter de locativas o que, en general, correspondan a daños o desmejoras ocasionadas por su hecho o culpa (incluido el hecho o culpa de sus “auxiliares en el cumplimiento”). Y que, en cambio, no responda por los deterioros causados por el tiempo o por el uso legítimo del bien.

En relación con lo anterior, el derecho colombiano establece, en el artículo 2005 del código, dos presunciones legales en contra del arrendatario.

La primera está contenida en el párrafo tercero del mencionado texto, según el cual, si no constare el estado en que le fue entregada la cosa, “se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario”.

La segunda se consagra en el párrafo cuarto del mismo, el cual dispone que “en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable”.

181. - La mora del arrendatario en la restitución del bien lo hace responsable de todos los perjuicios que de ella se sigan para el arrendador. Pero esa mora no es automática, no se produce por el solo retardo. Es menester que a éste se sume (al menos en sistemas jurídicos como el colombiano) un requerimiento del arrendador para

que se le devuelva la cosa. Se está, pues, en presencia de uno de los casos de excepción a que alude el ordinal 1º del artículo 1608 de nuestro código, cuando señala que el deudor está en mora si no ha cumplido su obligación en el término estipulado, "salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora".

El requerimiento en mención, exigido por el artículo 2007 del código colombiano, puede hacerse privadamente o por conducto de un funcionario judicial.

182. - La obligación de restituir afecta a quien, como subarrendatario, tenga el bien en su poder a la terminación del arriendo de primer grado, por aquello, que ya se advirtió, de que el derecho del subarrendatario al uso de la cosa no puede ser mayor, en sus términos, que el del arrendatario primitivo y, en consecuencia, expira con éste. Inclusive, el derecho alemán advierte que, en lo tocante a la restitución, el arrendatario y el subarrendatario son deudores solidarios.

183. - El deber de restitución se suspende cuando el arrendatario puede ejercer el derecho de retención, según se estudiará posteriormente.

Otras obligaciones del arrendatario.

184. - Aparte de las obligaciones fundamentales que se han dejado estudiadas, el arrendatario debe cumplir aquéllas que le impongan los términos del contrato. Pueden ser, por ejemplo, la de no introducir en el edificio alquilado ciertas sustancias o elementos o la de abstenerse de destinar el local tomado en arriendo a determinada actividad comercial.

(Continuará)

REVOCABILIDAD DE LOS CHEQUES

DR. OSCAR VILLA ZEA

De acuerdo con la legislación Colombiana, es válida la contraorden de un cheque?

La Superintendencia Bancaria en repetidas ocasiones, se ha pronunciado en el sentido de que es válida la contraorden de un cheque, y por lo tanto debe ser atendida por el banco girado.

Pero la legislación colombiana nada dice al respecto. Únicamente menciona la contraorden en el artículo 116 de la ley 46 de 1923 ordinal 5º —reglamentaria de los instrumentos negociables—, al decir que no se requiere dar aviso del rechazo al girador, cuando éste ha contraordenado el instrumento. La ley mencionada no reglamenta la contraorden ni los efectos de élla y tampoco hay ninguna otra disposición que lo haga.

¿En qué se basa pues, la afirmación de la Superintendencia y cuál es su valor?

En cuanto al valor de tal concepto, la misma entidad se pronuncia en el siguiente sentido:

"Como la Superintendencia Bancaria lo ha manifestado siempre que se le ha pedido su opinión sobre un tema relacionado con el alcance y aplicación o interpretación de las leyes, en general, —y más aún en los contratos en que sean partes los bancos u otras entidades sometidas a su vigilancia— los conceptos que élla emita al respecto no tienen ninguna fuerza obligatoria, y el acatamiento que pueda prestárseles por el aspecto doctrinario sólo depende de las razones o argumentos en que se apoye. (Mayo 22 de 1951).

Como el concepto de la Superintendencia Bancaria es suficientemente claro, sobran los comentarios al respecto. En consecuencia, pasamos a analizar "Las razones o argumentos en que se apoya", para conocer su valor doctrinario.

Dice la Superintendencia:

"Uno de los puntos más debatidos en la legislación sobre cheques es el relativo a la facultad del girador para revocar la orden de pago. Existen sobre el particular, entre otras, tres tendencias:

- "1ª Otorga al girador la facultad sin restricciones de revocar la orden de pago (Leyes inglesa, americana, ecuatoriana y peruana).
- "2ª Otorga dicha facultad, pero únicamente después de vencido el plazo para la presentación al cobro (Leyes alemana, mejicana, y en parte la belga).
- "3ª El girador no puede contraordenar el pago sino en caso de pérdida o robo del cheque (Leyes francesa y chilena).

"La Ley 46 de 1923 fue tomada de la legislación americana sobre instrumentos negociables, según la cual el girador puede revocar sin restricciones la orden de pago. Descansa este sistema en el principio de que el cheque no constituye cesión en favor del beneficiario o tenedor de parte de los fondos que el librador tenga en el banco, a menos que el cheque haya sido ya pagado o visado al recibir el aviso.

"El cheque, según las leyes americana y colombiana, es una letra de cambio girada a su presentación contra un banco. Las disposiciones sobre letras de cambio pagaderas a su presentación son, por tanto, aplicables al cheque. Así debe entenderse el artículo 116 de la ley 46 de 1923 correspondiente al 114 de la ley americana y al 50 de la ley inglesa, de cuyo texto se desprende claramente que el girador tiene la facultad de contraordenar el cheque y el girado la de abstenerse de pagar, siempre que al recibo de la orden no lo haya pagado o visado (mayo 25 y mayo 30 de 1934). Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Tomo I pág. 254-55).

La circunstancia de que la ley 46 de 1923 haya sido tomada de la legislación americana, no incorpora a nuestra legislación todo el sistema cambiario americano, doctrinal y legal; solamente rige la ley 46 de 1923, ley que no reglamentó la contraorden ni sus efectos, por lo tanto para conocerlas (validez y efectos), tenemos que ceñirnos a la legislación colombiana vigente.

La Superintendencia afirma, que la revocabilidad descansa en

el principio de que el cheque no constituye cesión en favor del tenedor de parte de los fondos que el librador tenga en el banco; pero dicho principio significa, a nuestro entender, no que el girador pueda o tenga la facultad de revocar la orden, sino, que puede disponer de la previsión, retirando los fondos o girando otros cheques.

El cheque es una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a su presentación (art. 186 ley 46 de 1923), y en tal carácter, implica una ORDEN INCONDICIONAL de pagar una suma determinada de dinero (art. 5º ley 46 de 1923).

El Diccionario Manual de la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra "incondicional", de la siguiente manera:

"Adjetivo. Absoluto, sin restricción ni requisito".

A su vez el Código Civil Colombiano, en el art. 1530 dice:

"Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, un acontecimiento futuro, que puede suceder o no".

Y más adelante en el artículo 1534 se lee:

"Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso".

No entendemos cómo, una orden que la ley exige que sea INCONDICIONAL, pueda ser revocada; o la orden es incondicional o es revocable, es decir sometida a la voluntad del deudor lo que constituye una condición potestativa.

En cuanto a las obligaciones sometidas a condiciones potestativas, el artículo 1535 del Código Civil dispone:

"Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga".

En cuanto al artículo 116 de la ley 46 de 1923 ordinal 5º no solamente no autoriza contraordenar o revocar los instrumentos negociables, sino que establece una sanción para el girador que así procede. La sanción consiste en que para recurrir contra él en el caso de que el girado no pague o no acepte al vencimiento, no es necesario el aviso de rechazo. Con la lógica de la Superintendencia, el ordinal 4º del mismo artículo, y el 81 de la misma ley, (disponen que no es necesaria la presentación para el pago y el aviso de rechazo cuando el girador no tenía derecho a esperar que el girado aceptara o pagara), estaría autorizado para girar instrumentos negociables en estas circunstancias, es decir sin provisión de fondos, hecho que siempre ha sido prohibido y castigado por nuestra legislación, entre

otras disposiciones por las siguientes: Artículo 3º de la ley 8ª de 1925; artículo 2º del Decreto Extraordinario 14 de 1955, reemplazado por Decreto Extraordinario 1699 de 1964. Por consiguiente no creemos como lo afirma la Superintendencia que del texto del artículo 116 ya citado, "se desprende claramente que el girador tiene la facultad de contraordenar el cheque y el girado de abstenerse de pagar.....", sino todo lo contrario.

Veamos y analicemos otra doctrina de la Superintendencia Bancaria sobre revocabilidad de los cheques:

"Estima la Superintendencia que si el banco recibe por escrito, antes de la presentación para el pago o antes de visarlo, orden del girador y del beneficiario, conjuntamente, en el sentido de que se abstenga de pagar determinado cheque extraviado, no puede después el banco cubrir su importe; y si lo hace, por inadvertencia o por error, las consecuencias del descuido debe sufrirlas quien ha incurrido en él.

"Esta resolución se impone a virtud de la doctrina sobre revocabilidad del cheque, universalmente aceptada; y ya que si, de acuerdo con nuestras leyes, dicho documento no es en el fondo sino una orden incondicional, escrita, dirigida a un banco y pagadera a su presentación (Art. 186 y 128, ley 46 de 1923), no hay duda de que esta orden puede ser revocada válidamente por escrito, antes de que la reciba quien habrá de cumplirla". (Enero 12 de 1937. Op. cit. p. 255).

No encontramos la razón para que la Superintendencia sostenga que la revocación debe ser hecha no ya por el girador, sino por éste y el beneficiario conjuntamente, como lo afirma la doctrina transcrita. Los derechos del beneficiario para contraordenar el cheque, tampoco son claros; no sobra anotar que son menos que los de cualquier tenedor que podría serlo en debida forma y por lo tanto libre de las excepciones que pudieran proponerse las partes entre sí y libre de los defectos en los títulos de las partes anteriores a él. (Art. 59 Ley 46 de 1923).

El artículo 19 de la ley de Instrumentos Negociables, en la parte final dispone, que cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparece en él, se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario. Y en el inciso anterior dice que cuando el instrumento está en manos de un tenedor en debida forma, se presume que ha sido válidamente por todas las partes anteriores. Más adelante en el artículo 61 expresa que: todo tenedor se presume serlo en debida forma, a menos que se demuestre que el título de cualquiera de las partes anteriores a él, era defectuoso.

De dónde pues, surge el derecho del beneficiario a contraordenar el cheque, si al no estar en posesión del mismo, la ley presume que lo entregó válidamente y a sabiendas y que quien lo posee es tenedor en debida forma, a menos que se le demuestre lo contrario? Por otra parte, mal podría revocar una orden quien no la dio, a menos que tenga poder para ello. No tiene pues ningún fundamento legal la doctrina de la Superintendencia.

La citada entidad afirma que tal resolución se impone en virtud de la revocabilidad del cheque UNIVERSALMENTE ACEPTADA. Es cierto que tal doctrina es universalmente aceptada? NO! La misma entidad citó en la doctrina de 1934 transcrita, las leyes francesa y chilena que no permiten contraordenar el cheque, y afirma que este punto ha sido uno de los más debatido en la legislación sobre cheques. Además, en las conferencias sobre derecho cambiario de La Haya y Ginebra se adoptó el principio contrario, es decir de la irrevocabilidad, como más adelante lo veremos.

"Como argumento final la Superintendencia afirma que el cheque se puede revocar, porque "dicho documento no es en el fondo sino una orden incondicional"; que es como decir que se puede revocar porque no es sino una orden irrevocable. O la orden es incondicional o no lo es, pero puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Ya vimos que es una condición potestativa y cuales son sus efectos, de acuerdo con el Código Civil Colombiano, al cual recurrimos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y el artículo 5º de la Ley 57 del mismo año, de acuerdo con los cuales, cuando no hay disposición exactamente aplicable al caso controvertido se aplican las reglas que regulen casos o materias semejantes, y que fija el orden en que prefieren los códigos así: Civil, de Comercio, etc

Se arguye también para sostener la revocabilidad del cheque, no ya por la Superintendencia Bancaria, sino por algunos tratadistas, que el contrato de Cuenta Corriente Bancaria, es un contrato de depósito o que por lo menos participa de la naturaleza de él, y que como el mandato es revocable, también lo es el cheque. Es cierto que el mandato es revocable y de acuerdo con ello el cliente o mandante o cuentahabiente, podría terminar la cuenta con el banco, pero ello no implica necesariamente que pueda revocar los cheques emitidos durante la vida de la cuenta. Es más, de acuerdo con doctrina y jurisprudencia colombianas, el banco está en la obligación de pagar los cheques presentados aún después de la muerte del girador, o de terminada la cuenta corriente, siempre que haya fondos suficientes para ello.

Que la revocabilidad del cheque se desprende de la circunstancia de que el cheque no implica cesión de la provisión o parte de ella al beneficiario, es otra de las razones aducidas para sostener la revocabilidad (Rocco, Vivante y Bolaffio. Derecho Comercial, tomo 9º volumen II, pág. 288 Nº 762). La ley colombiana sobre instrumentos negociables, no tiene el principio de que el cheque no implica cesión de la provisión. El artículo 190 de la mencionada ley, dice que el cheque por sí mismo no equivale a una provisión de fondos, hecha por el girador al banco, cuando lo que debió decir, de acuerdo con la disposición que se quiso traducir, fue todo lo contrario, es decir que se requiere la provisión, pero que el cheque no implica cesión de la misma a favor del beneficiario o tenedor.

¿Qué alcance tiene la no cesión de la provisión al beneficiario o tenedor? Quiere decir, que el banco está en la obligación de pagar cualquier cheque que le sea presentado, mientras tenga fondos por cuenta del girador, para ello, cualquiera que sea el orden o la precedencia en que se han girado. Si el cheque implicara cesión de la provisión, el banco tendría que pagar los cheques en el mismo orden en que fueron girados en el tiempo, circunstancia ésta, imposible de ser conocida por el banco.

El girador una vez emitido un cheque, y entregado al beneficiario, puede disponer de la provisión retirando los fondos, pero de ahí no se desprende que pueda contraordenarlo.

El error cometido por el artículo 190 de la ley 46 de 1923, que afirma que el cheque no implica provisión de fondos, fue en parte corregido por la ley 8ª de 1925 art. 3º; Decreto Extraordinario 1858 de 1951, art. 2º y Decreto Extraordinario 14 de 1955, art. Nº 27, actualmente Decreto Ley Nº 1699 de 1964. Dichas normas castigan el giro de cheques sin previa provisión de fondos, pero no se pronuncian en el sentido de si el cheque implica cesión de la provisión.

Parece que la tendencia más aceptada en la actualidad, es la de irrevocabilidad del cheque. Veamos lo que al respecto anotan Rocco, Vivante y Bolaffio en la obra ya citada:

“El proyecto de La Haya sobre el cheque (1912), establecía el principio de la irrevocabilidad. Pero el de los expertos, presentado en la conferencia de Ginebra no logró uniformar la divergencia existente entre las legislaciones particulares, recomendando a los Estados adoptar providencias de carácter civil para impedir la revocación del cheque durante el transcurso del término de presentación. La posibilidad de revocación, una vez transcurrido este término, debía quedar reservada a la legislación de cada Estado.

“Propuesta presentada a la conferencia de Ginebra. Fundamento práctico del sistema de la irrevocabilidad, aceptado por la ley uniforme”.

“En la conferencia de Ginebra se presentaron numerosas propuestas que responden a distintas tendencias. La de la delegación italiana, establecía en su primera parte, que el cheque extendido a persona indeterminada o a la orden, enviado directamente al girado, con orden de pagar su monto al beneficiario, podía ser revocado a condición de que la revocación llegara al girado antes de que el cheque se hubiera entregado o pagado al portador. En cualquier otro caso la revocación sólo tenía efecto después de transcurrido el término para la presentación. A falta de revocación, el girado podría pagar después de transcurrido el término”.

“En realidad esta propuesta establecía el sistema de la irrevocabilidad, pues el envío directo del cheque al girador, es muy raro en la práctica y equivalía a contemplar sólo un caso de excepción”.

“Si se examina el problema del punto de vista estrictamente jurídico, debería afirmarse el principio de la revocabilidad, pues entre el girado y librador existe una relación de mandato. Pero consideraciones de orden práctico, encaminadas a proteger al portador del cheque contra las maniobras del girador, hacen preferible el sistema de irrevocabilidad que, después de extensos debates, fue aprobado por la ley uniforme de Ginebra (Art. 32). Además, dadas las diversas tendencias manifestadas, se insertó en el Anexo II (Art. 16), una reserva por la que los Estados particulares están facultados, respecto de los cheques pagaderos en sus territorios: a) a admitir la revocación del cheque aún antes de expirar el término para su presentación; b) a prohibir la revocación del cheque aún después de expirado el término para la presentación y adoptar las providencias necesarias para el caso de pérdida o de robo y determinar sus efectos jurídicos”.

Vimos que no por existir la relación de mandato entre el girador y el girado, se puede revocar el cheque, porque éste es de una ORDEN INCONDICIONAL; por otra parte, si existe mandato entre el girador y girado, será un mandato sui generis, que no es exactamente igual al mandato civil ni al comercial; lo que sí es revocable sin lugar a dudas, o que por lo menos puede terminar por la voluntad de una de las partes, es el contrato de cuenta corriente o de chequera o de depósito bancario, cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar; pero repetimos, de ahí no se puede deducir la revocabilidad del cheque contra un mandato expreso de la ley (Art. 5º ley 46 de 1923. Ord. 2ª).

Para mayor información anotamos que la ley italiana sobre la materia prohíbe la revocación del cheque, antes de transcurridos los términos para su presentación (Art. 35).

Los textos aprobados en la ley uniforme sobre cheques, de Ginebra, son los siguientes:

Art. 32. "La revocación del cheque no tiene efecto sino después de la expiración del término de presentación.

"Si no hay revocación, el girador puede pagar aun después de la expiración del término.

"Cada una de las Altas Partes Contratantes se reserva, por derogación del artículo 32 de la ley uniforme, la facultad para los cheques pagados en su territorio:

- a) de admitir la revocación del cheque aún antes de la expiración del término para la presentación;
- b) de prohibir la revocación del cheque aún después de la expiración del término para la presentación.

Además, cada una de las Altas Partes Contratantes tiene la facultad de regular las medidas a tomar en caso de pérdida o robo del cheque y de determinar sus efectos jurídicos".

La Convención de Ginebra, fue aprobada por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Polonia, La ciudad libre de Dantzig, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Mónaco, Noruega, Los Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Turquía y finalmente Yugoslavia.

Por último consideramos que las siguientes normas de la ley 46 de 1923, impiden la revocación de los cheques:

Art. 5º. Ord. 2º. Para que un instrumento sea negociable es necesario que contenga una promesa o una orden INCONDICIONAL, de pagar una suma determinada de dinero.

Art. 54. El tenedor de un instrumento puede exigir judicialmente el pago de su propio nombre, y el pago que se le tenga en debida forma, descarga el instrumento. Si la ley hubiera querido permitir la revocabilidad le habría agregado la frase "A menos que el girador le haya contraordenado" u otra semejante.

Art. 59. El tenedor en debida forma posee el instrumento libre de todo defecto en título de las partes anteriores a él y libre de las excepciones que las partes puedan proponerse entre sí, y pueden exigir el pago contra todas las partes obligadas.

Art. 63 Enumera las obligaciones del girador por el mero hecho

de tener tal calidad; en tal carácter garantiza la existencia del beneficiario y su capacidad para endosar el instrumento al tiempo de hacer el giro. Por otra parte se obliga a que a la debida presentación el instrumento será pagado o aceptado o ambas cosas, de acuerdo con el tenor literal, y a que si el instrumento es rechazado y se practican las diligencias de rechazo y protesto, PAGARA EL MONTO DE TAL INSTRUMENTO al tenedor o cualquier endosante que pueda ser obligado a pagarlo. Más adelante en el mismo artículo, *permite insertar en el instrumento* cláusulas que limiten la responsabilidad del girador para con el tenedor y aún para desconocerla. Pero si tales cláusulas o estipulaciones no se insertan en el instrumento la responsabilidad del girador es pura y simple en los términos de la ley. En consecuencia no es admisible la revocación de un cheque, a menos que esté autorizada expresamente por un texto legal, QUE NO EXISTE EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

Es más, contra un tenedor en debida forma, NI SIQUIERA EN JUICIO SE PODRIAN HACER VALER LAS EXCEPCIONES QUE LAS PARTES PUDIERON PROPONER ENTRE SI, mucho menos sería admisible una contraorden en este caso, y no olvidemos que "Todo tenedor se presume serlo en debida forma (Art. 61 ley 46 de 1923).

¿Cuáles son las relaciones del banco con el cliente depositante, y cuál es la naturaleza de las mismas?

Por una parte el banco se compromete a recibir los depósitos de sus clientes, y a pagar las órdenes que éstos expidan, siempre que tengan en su poder fondos suficientes para ello. En algunas ocasiones el banco puede atender las órdenes a pesar de que el cliente no tenga fondos suficientes, en este caso se produce un sobregiro o descubierto en la cuenta del cliente.

A pesar de que la ley 46 de 1923, dice que el cheque es una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a la vista, y que, las normas sobre letras de cambio, pagaderas a su presentación, son aplicables al cheque, consideramos que los dos instrumentos son fundamentalmente distintos por varios aspectos: la letra de cambio es un instrumento de crédito que generalmente se hace pagadera a un tiempo futuro, y que esencialmente no requiere ser pagadera a la vista ni girada contra un banco. El cheque es un medio de pago, debe ser por esencia pagadero a la vista y girado contra un banco. El giro de letras de cambio sin previa provisión de fondos no está contemplado como delito en nuestra legislación, lo que sí ocurre con el giro de cheques sin previa provisión de fondos en manos del girado. Aún por el aspecto fiscal son diferentes la letra de cambio y

el cheque: éste causa un impuesto de timbre de \$ 0.10, cualquiera que sea su valor, y la letra causa un impuesto de \$ 0.25 por cada \$ 100.00 o fracción de su valor. También la aceptación en la letra de cambio y en el cheque produce efectos fundamentales distintos; en la letra vincula al girado dejando intactas las obligaciones de las partes secundariamente obligadas (Girador y endosantes), cualquiera que sea la persona que solicita dicha aceptación; en el cheque se llama certificación o visación, cuando es solicitada por el tenedor, libera de sus obligaciones al girador y los endosantes.

¿Son iguales las obligaciones del girado en la letra de cambio y en el cheque?

En la letra de cambio el girado no tiene ninguna obligación cambiaria, por el instrumento mismo, mientras no se vincule a él por medio de la aceptación. El girado no podría ser demandado o mejor condenado, al pago de una letra de cambio que no ha aceptado, aun cuando en su poder se encuentren fondos del girador. Ocorre lo mismo en el caso del cheque? Qué ocurriría en el caso de que un banco se negara a pagar un cheque expedido correctamente, teniendo en su poder fondos del girador?

El parágrafo 1º del artículo 6º de la ley 75 de 1916, dispone que: "aún transcurridos los términos indicados (Términos para la presentación), el girado pagará el cheque, si hubiese provisión de fondos". Con mayor razón tendrá que pagarlo en el caso de que dichos términos no hayan transcurrido, siempre que el girador tenga provisión de fondos en su poder.

¿Entonces qué efectos produce la visación o certificación en el cheque?

La visación o certificación, vincula al banco cambiariamente, aún en el caso de que el girador no tenga provisión de fondos. Por otra parte la visación o certificación o aceptación del cheque, libera de sus obligaciones a las partes secundariamente obligadas (girador y endosantes), cuando es solicitada por el tenedor (Art. 189 ley 46 de 1923), lo que no ocurre con la aceptación de una letra de cambio solicitada por el tenedor de la misma. En consecuencia no son lo mismo, ni tienen los mismos efectos de una letra de cambio pagadera a su presentación y un cheque.

En el reglamento uniforme sobre cuentas corrientes, en el numeral 1º se lee:

"El cliente se obliga a mantener en poder del banco fondos suficientes, para atender al pago de los cheques que libre contra el banco y éste a atender el pago de los cheques que, hayan sido gi-

rados de acuerdo con las disposiciones legales....." (las subrayas son nuestras). El banco, pues, en cierta forma, acepta por anticipado todos los cheques que el cliente gire de acuerdo con las disposiciones legales, si tiene fondos suficientes para ello. Y este acuerdo entre el cliente y el banco, es perfectamente válido y no contraviene ninguna disposición legal, y de acuerdo con los términos del mismo podría ser revocable por cualquiera de las partes. Pero no se debe olvidar que el cheque es un instrumento abstracto, completamente independiente del contrato que le dio origen, mucho más, cuando está en manos de un tenedor en debida forma.

Como ya varias veces hemos anotado, el artículo 5º de la ley 46 de 1923, exige que el cheque contenga UNA ORDEN INCONDICIONAL, sin embargo en el mismo numeral 1º del acuerdo uniforme sobre cuentas corrientes se dice que: "El banco solamente atenderá las órdenes de no pago de cheque que reciba por escrito, provenientes del girador o de autoridad competente" y en el numeral 5º del mismo acuerdo se lee: "Los cheques no podrán contener condición alguna para su pago.....", lo cual está de acuerdo con la ley 46 pero en desacuerdo con el numeral 1º del mismo acuerdo uniforme. La disposición de la ley no puede ser modificada por el banco y su cliente, a menos, que la misma ley lo permitiera lo que no ocurre en este caso.

En ninguna parte la ley colombiana dispone que de los depósitos bancarios se debe disponer por medio de cheques, en consecuencia el banco y su cliente podrían celebrar un acuerdo por medio del cual el banco se compromete a pagar las órdenes de pago, provenientes de su cliente y que no tuvieran las características del cheque, las cuales si podrían ser revocadas, de acuerdo con las cláusulas del contrato celebrado, pero dichas órdenes no estarían sometidas a las disposiciones de la ley 46 de 1923 y no serían por tanto instrumentos negociables, y tendrían que cederse de acuerdo con las normas del Código Civil, sobre cesión de derechos. Si el cliente dispone de sus depósitos por medio de cheques, están sometidos a las normas de la ley 46 que no pueden ser modificadas por acuerdos particulares, que cuando más, surtirían efectos solamente entre las partes que intervinieron en ellos, pero en ningún caso a terceros de buena fe que nada tuvieron que ver en ellos.

El artículo 1518 del Código Civil, al reglamentar el objeto de las obligaciones, nos dice que: "es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público", y

para que una obligación sea válida es necesario que el objeto de la misma sea física y moralmente posible. Hay un principio de derecho, universalmente aceptado, que es el mismo que enuncia el artículo citado y que es el siguiente: A lo imposible nadie se obliga. Luego mal podría el banco obligarse a aceptar la contraorden de un cheque, ya que dicha obligación tendría un objeto moralmente imposible, lo que haría que dicha obligación fuese más que nula, inexistente. Por otra parte, el artículo 16 del Código Civil, dispone que: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

Consideramos innecesario, analizar la naturaleza del contrato de depósito bancario, por considerar que cualquiera que ella sea (cuenta corriente, depósito comercial, mutuo, mandato, etc.), si en su ejecución se emiten instrumentos negociables, con los requisitos del artículo 5º de la ley 46 de 1923, son las normas de esta ley las que regulan dichos instrumentos, y mientras afecten a terceros de buena fe (y aunque no los afecten) no pueden ser modificadas por convenios particulares.

Los autores antes citados, Rocco Vivante y Bolaffio, al anotar las características de la letra de cambio, dicen: 4º. "Es un título de crédito autónomo, en cuanto confiere al poseedor de buena fe un derecho propio inmune al influjo de las relaciones habidas entre los anteriores poseedor y deudor". 5º. "Es un título de crédito abstracto, esto es, desvinculado de la operación que le dio origen a su emisión o transferencia". (op. cit. tomo 8, pág. 29). Estas características son válidas también en el derecho colombiano; cuando la ley reglamenta lo relativo al tenedor en debida forma y sus derechos (recibe el instrumento libre de los vicios en los títulos de las partes anteriores y libre de las excepciones que las partes pudieran proponerse entre sí).

En consecuencia, no importa cual fue el contrato, o las relaciones que le dieron origen (mandato, mutuo, depósito, etc.). El cheque es autónomo y se rige por las normas de la ley 46 de 1923.

Pero es que los mencionados autores, a pesar de su prestigio y de su solvencia científica, parece que tenían el ánimo predispuesto en favor de la revocabilidad del cheque, porque se contradicen. Habíamos visto antes, que afirmaban que en estricto derecho se impone la teoría de la revocabilidad, por la no cesión de la previsión, pero que por razones de orden práctico es necesaria la de la irrevocabilidad. Sin embargo, veamos lo que dicen al hablar de la naturaleza de la letra de cambio:

"En conclusión, consideramos aceptable la llamada teoría de la

emisión, por la cual la obligación del deudor cambiario se hace eficaz no con la redacción y firma del título, sino con la emisión de éste. Así, mientras se rechaza la idea de un contrato para quedar en el campo del acto unilateral, se modifica sin embargo, la teoría de la simple creación. A partir del momento de la emisión, en virtud de su promesa unilateral el deudor se encuentra obligado Y NO PUEDE REVOCAR SU PROMESA.....". (op. cit. vol I, pág. 25). (Las mayúsculas son nuestras). De modo pues, que en estricto derecho no se impone la teoría de la revocabilidad, sino, todo lo contrario.

Más adelante continúan los mismos tratadistas, al hablar de la orden incondicional:

"La orden debe ser incondicionada, esto es, pura y simple (pur et simple), en el texto francés de la ley uniforme), al igual que tratándose de la letra. Esto es, por el carácter abstracto, autónomo y riguroso del título, no se admite que la obligación puede estar sometida a condición suspensiva o resolutoria. NI QUE SE LA REFIERA A ANTERIORES RELACIONES EXISTENTES ENTRE LAS PARTES". (Las mayúsculas no son del texto).

Aún a riesgo de cansar al lector, nos vamos a permitir continuar transcribiendo los mismos autores, en lo relacionado con la cláusula "Avisado", inserta en el título, por considerar la Conferencia de Ginebra que afectaba la incondicionalidad de la orden. Con mayor razón consideramos que la afecta la facultad de contraordenar, no autorizada por la ley y no inserta en el título, con la que puede ser sorprendido en su buena fe, un tenedor en debida forma.

"En el informe del comité de redacción, se dice que las expresiones "Incondicionada" y "Pura y simple" son sinónimas. Pero si ello satisface la propuesta de la delegación italiana (tanto que en el texto italiano, pudo sustituirse la una por la otra), un serio problema se presentó en este punto a la Conferencia. Se preguntó si la fórmula "Mandato puro y simple de pagar" es compatible con la cláusula "avisado" (avisé), escrito en el título por el librador. Frecuentemente, para evitar fraudes, especialmente cuando se trata de cheques expedidos entre países diferentes, se estipula entre librador y girado, que el cheque sólo se pagará cuando el girado reciba un aviso confirmatorio del librador. Algunas delegaciones señalaron que esta cláusula, inserta en el título, podría ser ventajosa al portador y evitar dificultades entre éste y el girado cuando, por llegar el aviso con retardo, el girado rehusase pagar inmediatamente. Como podría surgir la duda de si tal cláusula contradecía el carácter "incondicionado"

de la orden dada por el librador al girado, se propuso, por la delegación belga, establecer una disposición expresa, formulada en estos términos: "El librador que se proponga advertir al girado enviándole un aviso confirmatorio, puede escribir en el cheque la mención "avisado" firmado por él. La inserción de tal mención deja intactos los derechos del portador frente a todos sus obligados. La mención no puede ser testada: la testación se considerará como no realizada".

"Se objetó con razón, que la cuestión se vincula, sustancialmente, con las relaciones entre el librador y girado, tanto más cuanto que la inserción de la cláusula no perjudicaría el derecho del portador al regreso inmediato. Por tanto, la Conferencia resolvió no regular el punto en la ley uniforme e insertar, textualmente en el informe del Comité de Redacción, las siguientes consideraciones:

"La ley uniforme no ha creído deber tratar expresamente la práctica bastante generalizada, de que el librado advierta al girado de la emisión del cheque sobre él, a fin de garantizar más eficazmente la perfecta concordancia entre el cheque y el pago a efectuar. Debe entenderse que ninguna disposición de la ley uniforme prohíbe, formalmente, esta práctica. *Queda entendido que tal convención, aunque se mencione en el título, por ejemplo mediante la inserción de las palabras "después de aviso", no pueda en forma alguna, modificar la disposición del art. 1, n. 2, y deje intactos los derechos del portador*". (op. cit. tomo 8 vol. II, págs. 239 y 240). (Las subrayas no son del texto).

El artículo 1º no. 2, citado, al enumerar los requisitos del cheque, dice:

"2º. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada", y es igual al no. 2º del artículo 5º de la ley 46 de 1923, solamente que ésta agrega "de dinero".

De modo, pues, que la argumentación de que la cuenta corriente bancaria es un mandato, por lo tanto, revocable, y que las partes pueden estipular libremente, las normas que lo han de regir, no afecta, ni puede afectar, la incondicionalidad de la orden, en el cheque. Otra cosa ocurre, si se dispone de los depósitos bancarios por medio de efectos de comercio, diferentes del cheque, lo que podría hacerse en desarrollo del artículo 945 del Código de Comercio, que dice:

"Los depósitos en los bancos públicos debidamente autorizados, serán regidos por sus estatutos".

En el presente estudio, nos limitamos a analizar las razones de orden jurídico, para sostener que en Colombia, no es posible revocar o contraordenar un cheque. Creemos que no es necesario analizar las razones de orden práctico, porque de todos es conocido lo perjudicial de dicha práctica, que sólo sirve de medio tolerado para la comisión de toda clase de estafas. Además impide la segura y rápida movilización de los depósitos bancarios.

ORGANIZACION BANCARIA COLOMBIANA.

Dr. Enrique Trujillo Palacio

(Continuación)

-LOS PRESTAMOS-

Repetidas veces se ha indicado que una de las funciones de los bancos es la de hacer préstamos y descuentos a plazos menores de un año y que es ésta la fuente principal de sus ingresos. Ya se vio cómo el Banco de Colombia obtuvo el 63.3% de sus ingresos de intereses recibidos en 1967, lo mismo puede decirse de los demás bancos.

Los bancos mediante los préstamos, juegan un papel de suma importancia en la circulación monetaria puesto que éstos aumentan los depósitos, los que a su vez hacen parte de los medios de pago. En varias ocasiones se ha hecho notar la íntima relación que existe entre los depósitos y los préstamos. Al efecto atrás se indicó que uno de los modos de realizar los depósitos es por medio del abono del producto de los préstamos y descuentos. Cuando se otorga un préstamo a uno de los clientes del banco, éste firma el pagaré respectivo y la sección de cartera le acredita el valor neto del préstamo en su cuenta corriente, después de deducir los intereses por anticipado, el impuesto de timbre y el valor del papel sellado. De esta manera, se mencionó atrás, aumentan los depósitos de los bancos y éstos aumentarían indefinidamente si no fuera porque existe el encaje que impide que los préstamos puedan continuarse.

Es pues este mecanismo de los préstamos y depósitos que aumenta los medios de pago, es decir, aquellos depósitos que se utilizan como moneda, en pago de deudas, bienes y servicios por medio del cheque junto con los billetes que sí son moneda, dado el poder liberatorio que les ha otorgado la ley. El poder liberatorio consiste en que es obligación recibirlos en pago de deudas, además de que el Estado los acepta en pago de impuestos.

No es necesario ponderar la importancia que tienen los préstamos para fomentar las distintas actividades económicas. Atrás se vio cómo por medio del crédito las personas y las sociedades disponen de un poder de compra que de otra manera no tendrían y así pueden atender a sus necesidades de capital de trabajo, mientras realizan la venta de sus productos. Si no fuera por los préstamos la actividad económica se paralizaría o no progresaría, pues por este medio se facilitan bienes y servicios que de otra manera habría que esperar algún tiempo para adquirirlos.

Los bancos otorgan préstamos a personas naturales o jurídicas que llenen los requisitos exigidos por ellos. Entre esos requisitos el más importante es el de que sea cliente del banco. Ya se vio cómo éste es uno de los privilegios que tiene el que abra una cuenta corriente en un banco. Además se mira a la capacidad de pago, solvencia moral y la reciprocidad que deje al banco en cuanto a su cuenta corriente y otros conceptos. Se tendrán en cuenta las limitaciones impuestas por la ley.

De acuerdo con la ley 45 de 1.923 y las reformas que se le han introducido, todos los establecimientos bancarios, excepto el Banco de la República, estarán sometidos a las siguientes disposiciones:

1º - No podrán prestar, directa ni indirectamente, a ningún individuo, sociedad, compañía colectiva, corporación o entidad política, una cantidad que exceda a la décima parte del capital pagado y reservas de dicho establecimiento bancario, con las siguientes excepciones:

a) Sust. art. 46, D. 329 de 1.938: El aparte a), numeral, del artículo 36 de la Ley 45 de 1923, quedará así:

1) Cuando el total de las obligaciones del individuo o entidad prestataria a favor del establecimiento bancario, iguale y no exceda al veinticinco por ciento (25 por ciento) del capital y reservas de éste: 1º Si tales obligaciones provienen de giros o letras de cambio librados de buena fé sobre valores actualmente existentes, o sobre documentos comerciales o de negocios, poseídos en la actualidad por la persona o entidad que los negocia con el Banco y sean endosados por tal persona o entidad sin limitación alguna; y 2º Cuando tales obligaciones, en cuanto excedan del diez por ciento (10 por 100) del capital y reservas del banco, estén ase-

guradas por garantías reales que tengan un valor comercial conocido, por lo menos del veinticinco por ciento (25 por 100) más que el monto de las obligaciones así garantizadas.

b) Al computarse el total de las obligaciones de cualquier individuo a favor del establecimiento bancario, se incluirán todas las obligaciones a cargo de éste o de cualquier sociedad o compañía colectiva de que aquel sea miembro, y cualesquiera préstamos hechos en favor de él o de la mencionada sociedad o compañía. Al computar las obligaciones de cualquier sociedad o compañía colectiva a favor del establecimiento bancario, se incluirán todas las obligaciones individuales de sus miembros y de todos los préstamos hechos en favor de cualesquiera de ellos o en favor de la sociedad o compañía. Al computar las obligaciones totales de una corporación a favor de un establecimiento bancario, se incluirán todos los préstamos hechos en beneficio de tal corporación.

Estas limitaciones tienen por objeto evitar que una persona o grupo de personas puedan acaparar gran parte del crédito y que además por estar los préstamos de un banco en unas pocas manos se ponga en peligro la liquidez de éste y su misma supervivencia, si llegare a ocurrir un trastorno en los negocios de tales personas.

2º - No harán préstamos a plazo mayores de un año; pero podrán prestar, por períodos que no excedan de dos años, y por un monto que no sea superior a la mitad de sus depósitos a término, con exclusión de los que se hagan en sus secciones de ahorros, siempre que los préstamos estén asegurados con prenda agraria, de acuerdo con lo establecido en la Ley 24 de 1.921.

La ley también prohíbe a los bancos hacer empréstitos, directa o indirectamente garantizados con bienes raíces en los siguientes casos:

a) Si tales bienes raíces están sujetos a una primera hipoteca, embargo o gravamen, y la suma no pagada sobre tal hipoteca, embargo o gravamen, o el conjunto de las sumas no cubiertas sobre todos ellos, pase del diez por ciento (10 por 100) del capital pagado y reservas de dicho establecimiento bancario, o si la cantidad así asegurada, con inclusión de todas las hipotecas, embargos o gravámenes anteriores, pasa de las dos terceras partes del avalúo dado a la finca en concepto de una comisión de miembros de la Junta Directiva del banco prestamista.

b) Si el total del préstamo del banco sobre propiedades raíces excede o excediere en virtud del nuevo préstamo, del treinta por ciento (30 por 100) de su activo total. Esta limitación no es aplicable a préstamos hechos por las secciones de ahorros e hipotecarios.

Las limitaciones y restricciones enunciadas, no se oponen a la acep-

tación de seguridades sobre bienes raíces, para garantizar el pago de una deuda previamente contraída de buena fé.

Otras de las prohibiciones de la ley con respecto a los préstamos de los bancos es que un establecimiento bancario no podrá hacer ningún préstamo o descuento con garantía de sus propias acciones, ni adquirir-las, ni poseerlas, a menos que la garantía o adquisición sea necesaria para prevenir pérdida de deudas previamente contraídas de buena fé. En este caso, las acciones adquiridas deberán venderse en subasta privada o pública, o disponerse de ellas en otra forma, dentro de seis meses contados desde la adquisición. Cualquier establecimiento bancario que viole alguna de las disposiciones de este artículo, pagará una multa al Tesoro Nacional por el monto del préstamo o de la compra.

También les está prohibido a los bancos prestar directa o indirectamente y a sabiendas, cualquier cantidad de dinero u otro valor, con el objeto de poner en capacidad a cualquier persona de pagar o poseer acciones del establecimiento, a menos que el préstamo sea hecho sobre otras seguridades que tengan un valor comercial conocido por lo menos del veinticinco por ciento (25 por 100) más de la cantidad prestada. Cualquiera establecimiento bancario que viole esta disposición pagará una multa al Tesoro Nacional por el monto del préstamo.

Por último no podrá el establecimiento ni ninguno de sus empleados superiores dar en préstamo, directa ni indirectamente, cualquier suma de dinero, mayor que quinientos pesos (500.00), a un empleado, director, oficial o funcionario de dicho establecimiento sin la autorización escrita de la mayoría de la Junta Directiva, anotada en la oficina del establecimiento, por medio de una resolución adoptada por mayoría de votos de la Junta, sin contar el del Director a quien se hace el préstamo. Si tal empleado, director, o funcionario poseyere o tuviere el control de la mayoría de las acciones de cualquier otra corporación, el préstamo a éste será considerado para los efectos de este artículo como préstamo a aquél. Cualquier establecimiento bancario o empleado de éste que viole esta disposición, será castigado por cada vez, con una multa igual al monto del préstamo.

Solicitud de Préstamos - Una persona que desea obtener un préstamo debe acercarse a uno de los funcionarios encargados de estudiar las solicitudes, para darles los datos correspondientes. Generalmente atienden las solicitudes, de préstamos, el Gerente, los Sub-Gerentes, los Asistentes de la Gerencia, si los hay, y el Jefe de Cartera.

El funcionario es quien debe llenar la solicitud con los datos que obtenga del cliente por medio del interrogatorio a que lo somete. El objeto

de este interrogatorio es tratar de obtener la mayor cantidad de información posible a fin de que al estudiar el préstamo pueda tenerse un criterio seguro sobre la bondad de la operación, si el cliente va a obtener un provecho de ella y si tendrá las facilidades necesarias para pagarla en el tiempo convenido.

El formulario de solicitud general contiene los siguientes datos: Nombre del solicitante, lógicamente para conocer la identidad de éste. En primer lugar se le interrogará si es cliente del Banco, cuando es persona desconocida para el funcionario que lo atiende. Se le puede preguntar también el número de la cuenta y si esta es corriente o de ahorros, porque en este último caso las solicitudes de crédito se documentan por el Jefe de esta Sección. Dirección y teléfono del solicitante, muy importante para ver si ésta coincide con la de la apertura de cuenta y ver si son la misma persona y además para si es necesario solicitar algún dato adicional. Cuantía del préstamo, lógicamente es importante saber cuánto es lo que solicita el cliente para de una vez al interrogarlo acerca de los otros datos ver si en verdad necesita dicha suma y está en capacidad de pagarla. Cuando un cliente solicita lo que el banco le pueda prestar, debe concretársele sobre la cuantía porque de lo contrario significará que el cliente no tiene planes definidos acerca de la inversión y no sabe el monto de ella. Plazo inicial y plazo total, es necesario saber a qué plazo solicita el préstamo porque los bancos tienen plazos para sus distintas operaciones y puede ser que los planes del cliente no se acomoden a los plazos que acostumbra el banco o sea necesario recomendarle otra clase de préstamos, diferente a los que el cliente tiene en mente.

La forma de utilización si es por medio de un pagaré o descuento de unas letras. En el caso de las letras, para los plazos con el objeto de estudiar si de acuerdo con disposiciones vigentes el banco puede recibirlas para descuento o en garantía o si en el primer caso de una vez decirle al cliente que se le podría estudiar un pagaré con letras para aplicar. Es decir que las letras se entregan al cobro al banco con instrucciones de aplicar su producido a la amortización del préstamo.

La inversión se va a hacer con el valor del préstamo. Si es préstamo de consumo, para industria, para comercio, para compra de propiedad raíz urbana o rural, etc. Es muy importante saber la destinación del préstamo a fin de ver si los plazos se acomodan a la inversión que se va a hacer y si va a tener el dinero suficiente para hacer el abono correspondiente al cumplimiento del respectivo plazo. Es también importante tener en cuenta que los préstamos de los bancos comerciales, como se ha repetido varias veces no pueden ser mayores de un año en general, lue-

go las inversiones que hagan los clientes con estos préstamos deben realizarse dentro del año a fin de cubrir el valor del préstamo y a la vez obtener una utilidad que haya justificado hacer ese préstamo, en estas condiciones se dice que los préstamos de los bancos deben ser autoliquidables, es decir que deben liquidarse por sí mismo.

Si la inversión que va a hacer el cliente no le permite recuperar el dinero de ella dentro del plazo, debe recomendársele otra clase de operación, es el caso del que solicita un préstamo para comprar ganado de cría, se sabe que en un año es imposible obtener el valor del préstamo del producido de este ganado porque no va a estar listo para ello, pues el ciclo de producción es muy largo. En este caso se le recomienda una operación de Ley 26 que permite plazos más largos. Puede ser que al cliente le sirva el préstamo de un año porque espere vender ganado que tiene listo para la venta, por ejemplo novillos de levante o novillos ya cebados o vacas gordas que no sirven para la cría y que se acostumbra engondarlas y venderlas.

Se le debe interrogar sobre el negocio que explota, para ver si la inversión que va a hacer con el préstamo sí está dentro del giro ordinario de los negocios del solicitante y si no por qué va a hacer esa clase de operación.

Se le exige al solicitante además el balance del último ejercicio y la declaración de Renta, si es posible.

Una vez presentada la solicitud, el banco efectúa un estudio detallado sobre cada una de las partes declaradas por el cliente, ésto lo hace por intermedio de la oficina de información y riesgos quien allega los datos necesarios, solicita las referencias comerciales y bancarias, analiza los promedios de cuenta y los rendimientos que el cliente deja por otros conceptos como remesas, cobranzas, cartas de crédito sobre el exterior, negocios de fiduciaria, etc.

Con la solicitud así documentada el funcionario encargado de resolver sobre ella puede formarse un juicio acerca de la reputación, la capacidad, el capital y la reciprocidad del cliente para con el banco.

La buena reputación es fundamental. Cuando el banco entra a considerar la solicitud de un préstamo hecha por un individuo, pregunta: Es honrado? Ha estado alguna vez comprometido en dudosas transacciones? Tiene buena reputación sobre el cumplimiento en el pago de sus deudas? Goza de la confianza y respeto de sus socios y vecinos? Estas mismas preguntas son aplicables con igual fuerza a una compañía de cualquier tipo.

Una persona puede satisfacer todos los requisitos de reputación pe-

ro debe tener algo más para ser considerada digna de un préstamo bancario. Debe tener capacidad o sea, habilidad para manejar sus negocios eficientemente, para obtener buen éxito en los objetivos perseguidos con el préstamo. Una persona puede gozar de la más excelente reputación, pero si obtiene un préstamo, emplea el dinero y no puede pagarlo por falta de habilidad o experiencia, es un deudor peligroso. La capacidad puede probarse con sus antecedentes. Qué éxito ha obtenido una persona en su propio campo? Ha coronado siempre con éxito sus proyectos que ha emprendido? Si no fuere así, ha sido debido su fracaso, a falta de habilidad, iniciativa, experiencia o criterio: Tiene las cualidades y el respaldo necesarios para emprender las operaciones que se propone con el préstamo? Estas pruebas son aún más importantes en relación con una compañía que con un individuo.

El capital es el tercer factor importante para la concesión de crédito. El capital significa la posesión de un suficiente respaldo para la transacción que se intenta celebrar con los fondos del banco, de manera que se mantenga el interés propio del prestatario. Para un individuo, ésto puede significar que su posición y capacidad productora son suficientemente seguras. Para un comerciante, puede significar que él ha invertido dinero de su propiedad en el negocio para mantener las operaciones normales y que usará los fondos del banco para fines especiales. Para un industrial, puede significar que tiene suficiente capital de trabajo representado en dinero, cuentas por cobrar y productos. En este caso, los fondos del banco pueden ser usados para la compra de materias primas o nueva maquinaria.

Algunas veces los bancos pueden tener en consideración otros factores para conceder un préstamo, como son las prendas y las condiciones.

Las prendas son la seguridad dada por un prestatario como garantía del pago del préstamo. Usualmente consisten en acciones, bonos u otros valores que el banco puede convertir fácilmente en dinero si fuere necesario. Las garantías ofrecidas por un deudor deben tener un valor firme, ya que ellas se requieren frecuentemente cuando uno de los demás factores básicos para el crédito no es suficientemente satisfecho.

Las condiciones reinantes en la época de la solicitud de crédito es un factor muy importante. Por ejemplo: la declaración de una guerra restringe el suministro de materias primas, hace desaparecer mercados y crea otras condiciones que pueden colocar a los deudores en imposibilidad de pagar sus préstamos en debida oportunidad o los incapacita totalmente para su pago, ocasionando pérdidas al banco.

Todas estas consideraciones no son ni académicas ni superficiales.

Son absolutamente reales, y los bancos, en cada préstamo que hacen, aplican todos estos factores en busca de la seguridad de obtener el reembolso.

Partes que intervienen en un crédito. - De lo que se ha dicho se puede deducir que en los préstamos en general intervienen dos partes:

1º - Cliente solicitante.

2º - Banco ordenante.

En algunos casos puede intervenir una tercera parte. Cuando el solicitante no reúne las condiciones de seguridad necesarias el banco puede exigirle la firma de una persona solvente para que sirva de garantía al préstamo. Es lo que se llama *fiador* que, dada la forma como se redacta el pagaré, es un verdadero *codeudor*.

Como según el artículo 73 del Código Civil, las personas son *naturales* o *jurídicas*, es necesario tener en cuenta su capacidad para firmar letras o pagarés. Por regla general, puede decirse que todas las personas naturales habilitadas de edad, o mayores de 21 años, tienen capacidad para obligarse, ya sea firmando letras, pagarés, cheques, etc. (Se exceptúan los dementes, los pródigos, puestos bajo interdicción judicial, lo mismo los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito). Las personas jurídicas como la Nación, los Departamentos, las Sociedades, las Corporaciones y las Fundaciones, se sujetan a las normas que más adelante se detallarán. Los pagarés a cargo de las personas naturales, no requieren indicación. Sólo requiere la verificación de la capacidad para celebrar el contrato de mutuo a interés. Cuando figuran dos (2) o más personas conviene hacerlas solidarias, para mayor garantía.

Si una persona obra a nombre y en representación de otra, debe citarse la escritura, por la cual, se le confirió el poder.

En el caso de préstamos a la Iglesia Católica, debe ser ésta representada por el prelado de la Diócesis (Arzobispo u Obispo) o por las personas o funcionarios que éstos designen (Ley 57 de 1887, art. 25 a 26). Las asociaciones religiosas, serán representadas conforme a sus constituciones o reglas. La misma superioridad eclesiástica (Obispo) determinará la persona a quien, conforme a los estatutos, corresponde representar a determinada asociación religiosa.

En los préstamos a la Nación, es indispensable citar la *Ley* o *Decreto*, que autorice la celebración del préstamo, lo mismo que el carácter en el cual el funcionario público actúa.

En los pagarés a cargo de los *Departamentos*, se requiere que se cite la *Ordenanza* que faculte la celebración del préstamo lo mismo que el carácter de que está investido el funcionario. Lo anterior se aplica tam-

bién en el caso de operaciones con entidades departamentales, como por ejemplo, empresas ferroviarias, Universidades, etc., casos éstos, en los que es necesario por lo general agregar la autorización de la Junta encargada de la dirección de la entidad.

Para los préstamos a los *Municipios* se exige, que se cite el *Acuerdo* que autorice el contrato, así como la investidura del funcionario. Si existen entidades a quienes el Concejo Municipal ha concedido autonomía, debe indicarse el número del Acuerdo junto con el Acta de la Junta encargada del manejo de la entidad.

En las obligaciones que suscriben las sociedades, se debe ante todo estudiar la especie a que pertenecen. La Ley reconoce cinco especies de sociedades: 1ª La Sociedad Colectiva; 2ª Sociedad Anónima; 3ª Sociedad en Comandita; (Artículo 463, Código de Comercio); 4ª Sociedad de Responsabilidad Limitada (Ley 124 de 1937) y 5ª Sociedad Cooperativa (Ley 134 de 1931).

En los pagarés a cargo de *Sociedades Colectivas*, se indicarán el número de la escritura social, fecha y Notaría, por la cual fue constituida. Asimismo el nombre de la persona o personas a quien o a quienes haya conferido la facultad por escritura pública, para administrar y usar la razón social (Artículos 464 a 549 del Código de Comercio).

Cuando se trate de pagarés otorgados por Sociedades *Anónimas*, se requiere que se indique el número de la escritura de constitución, fecha y Notaría, lo mismo que el permiso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas (Ley 58 de 1931 artículos 9 a 10) en que faculta a la Sociedad para funcionar. Se exceptúan las sociedades con fines exclusivamente recreativas como los centros sociales y de deportes, que no REQUIEREN EL PERMISO (Artículo 42, ley 58 de 1931). También se requiere, según ciertos estatutos, autorización de la Junta Directiva para celebrar préstamos, determinando la cuantía (Artículos 550 a 595 del Código de Comercio y Ley 58 de 1931).

Las normas que se dieron respecto a las *Sociedades Colectivas*, sirven de base para las *Sociedades en Comandita*, advirtiendo que el socio gestor es quien debe suscribir las obligaciones a cargo de la sociedad (Artículos 596 a 628 del Código de Comercio).

Cuando se trate de préstamos a *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, debe anotarse el número de la escritura pública, la fecha y la notaría en la cual fue otorgada. La administración de la Sociedad, es decir, la capacidad para contraer obligaciones y ejercer derechos, corresponde de derecho a todos los socios, como en las *Sociedades Colectivas* pudien-

do por escritura pública delegarla en uno o varios socios o en extraños (Ley 124 de 1.937).

NOTA: En los pagarés a cargo de Cooperativas, se indicará el número de la escritura de constitución, fecha y Notaría, lo mismo que la Resolución Ejecutiva para funcionar (Artículo 1º Ley 128 de 1936). También se requiere la autorización del Consejo de Administración para celebrar el préstamo. (Leyes 134 de 1931 y 128 de 1936). En todos los anteriores casos referentes a Sociedades, conviene leerse detenidamente la escritura de constitución y las reformas si las hubiere, para poder definir claramente la capacidad de la persona que va a firmar el pagaré a nombre de una Sociedad.

Préstamos a comunidades. - Las comunidades se rigen por las normas fijadas en los artículos 2322 a 2340 del Código Civil y por los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890. Cuando se vaya a suscribir un pagaré a cargo de una comunidad debe exigirse la firma de todos los comuneros, salvo que hayan designado un administrador, quien podrá firmar el pagaré a nombre de la Comunidad, insertándose en el instrumento el número del Acta y fecha en que conste el nombramiento. Sin embargo se debe exigir la escritura pública tanto para constitución de la comunidad, como para probar la calidad del administrador.

Pagarés con garantía prendaria. - En el contrato de *prenda* o empeño se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama *prenda*. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario. (Artículos 2409 a 2431 del Código de Comercio).

En la actualidad las prendas más comunes consisten en acciones de Compañías Anónimas y en Bonos de las entidades públicas. También suelen otorgarse préstamos, aunque en más reducida escala, con prenda agraria e industrial.

Cuando se hace un préstamo con garantía en acciones, se especificará en el pagaré el nombre de la compañía a que se refieren las acciones, el número del título o de los títulos, el número de acciones, con la indicación del valor nominal y del nombre del dueño. En el caso de prenda con Bonos se indicará claramente el nombre del Empréfito, serie, grupo, valores nominales de los bonos y sus números. Tanto en el caso de la prenda con acciones como con bonos, se debe insertar una cláusula en la que se autorice al Banco, para imputar el valor de la obligación, en el producido de los dividendos si los hubiere o intereses.

El contrato de prenda Agraria o industrial se rige por las leyes 24 de 1921, 68 de 1924, 8 de 1925, 17 de 1929, 16 de 1936, 42 de 1938, Decre-

to Ejecutivo Nacional Ns. 553 y 775 del mismo año. También por las Resoluciones de la Superintendencia Bancaria Nos. 240 de 1932 y 275 de 1933.

Este contrato puede constituirse por instrumento público o privado, pero en ambos casos, sólo producirá efectos con relación a terceros desde el día de su inscripción, la cual se verificará en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito donde se hallen los bienes. El instrumento privado en que se hiciere constar el contrato de prenda agraria se extenderá en *doble* ejemplar, uno para el Banco y otro para el deudor; y en caso de pérdida o extravío de un ejemplar, el Registrador expedirá a petición del respectivo interesado una copia de la inscripción, dejando al pié de ella constancia clara de esta circunstancia y oficiando al deudor y al dueño de la prenda, o a ambos, sobre el particular.

Si los bienes sobre los cuales se constituya la prenda agraria o industrial estuvieren situados en lugares correspondientes a varios Círculos de Registro, la inscripción deberá hacerse en la Oficina de cada uno de esos Círculos.

La prenda *agraria* puede recaer sobre: a) máquinas en general, aperos e instrumentos de labranza; b) animales de cualquier especie y sus productos; c) los frutos de cualquier naturaleza, sean pendientes, sean en pié, o después de separados de la planta, así como maderas, los productos de minería y los de la industria nacional. Puede recaer también sobre los automóviles, camiones, autobuses y tractores destinados a los trabajos agrícolas.

El contrato de prenda *industrial* sólo puede recaer sobre las siguientes especies: *Primera.* - Instalaciones y maquinaria de explotación industrial; *Segunda.* - Máquinas, herramientas, utensilios, animales y elementos de trabajo industrial de cualquier clase instalados o separadamente; *Tercera.* - La materia prima, los productos de cualquiera explotación que hayan sido transformados industrialmente; *Cuarta.* - Los productos extraídos de las mismas, en vía de elaboración o listos para darse a la venta.

El registro o inscripción de un contrato de prenda agraria contendrá: 1º El nombre, apellido y domicilio de los contratantes; 2º La fecha y el valor del préstamo y los intereses estipulados; 3º La fecha de su vencimiento y lugar de ubicación de la prenda; 4º Detalle de las especies dadas en prenda, con indicación si fuere posible, de su cantidad y todas las circunstancias necesarias para su identificación. También debe indicarse la circunstancia de si el dueño de los bienes dados en prenda es

propietario o arrendatario de la empresa, finca o lugar, donde se encuentran. Si se trata de ganados, se expresará la clase y el número de cabezas, la edad, marca, sexo y señales, y en cuanto a los productos de ganadería, su calidad, peso, número y demás condiciones. En todo caso, se expresará el lugar donde permanecerán las cosas, todo de acuerdo con las especificaciones que debe contener el respectivo contrato; 5º Indicación de la fecha y valor de los contratos de seguro y el nombre de la compañía aseguradora, en el caso de que los bienes en prenda estén asegurados.

Según el artículo 2º de la Ley 16 de 1936, la prenda *agraria* prescribe a los dos años y la industrial a los cinco, contados desde la fecha de la inscripción.

Préstamos con garantía hipotecaria. - La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. (Artículo 2432 a 2457 del Código Civil). La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública y además ser inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos, dentro de los 90 días siguientes a su otorgamiento; sin este requisito no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino de la inscripción.

Para constituir una hipoteca a favor del Banco se requiere ante todo, el certificado de la libertad de la propiedad, durante un período de 20 años, expedido por el Registrador de Instrumentos; el concepto del abogado sobre la validez de los títulos que aduce el presunto deudor; la escritura de hipoteca debidamente registrada; el avalúo, hecho por un perito designado por el Banco y en el caso de que sobre el inmueble existan construcciones debe exigirse el correspondiente seguro, teniendo cuidado de renovarlo a su vencimiento durante todo el tiempo de la garantía hipotecaria.

Si se trata de cancelar la hipoteca, el deudor hipotecario debe proceder a cancelar las obligaciones pendientes y luego con el recibo de cancelación el Banco procederá a hacer la cancelación por escritura pública.

Hipoteca Abierta - Esta hipoteca se sujeta en todo a lo dicho sobre la hipoteca, con la observación de que en ella no se estipula plazo, como sí se hace en las hipotecas y créditos hipotecarios comunes y responde por las obligaciones del deudor a favor del beneficiario de ella en determinado momento.

Fianzas. - La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor

principal no la cumple (Artículos 2361, 2408 del Código Civil; 953 a 955 del Código de Comercio; artículos 16 y 17 de la Ley 26 de 1922).

La fianza puede ser personal, prendaria e hipotecaria. Se llama prendaria o hipotecaria cuando el fiador se obliga con prenda o hipoteca. La fianza prendaria más corriente, suele ser con garantía en acciones o bonos.

Clasificación de los Préstamos. - Los préstamos pueden clasificarse de muchas maneras, según la forma - como se les tome:

Por la destinación: Es decir para el fin al cual se dedican desde el punto de vista económico, se pueden considerar préstamos de *consumo* y de *inversión*.

De consumo - Son aquellos que se conceden a los clientes con el fin de solucionar problemas personales urgentes y que están garantizados por los ingresos percibidos por el prestatario. Mejor, se trata de préstamos destinados a adquirir artículos de consumo, para el hogar, o a solucionar necesidades de índole personal.

Préstamos de Inversión - Son los destinados a actividades económicas con el fin de obtener una retribución capaz de cubrir el costo (interés) del respectivo préstamo y dejar un margen de utilidad.

Los préstamos de inversión se pueden clasificar: a) Según los activos a que se destinan, en préstamos para activos corrientes o capital de trabajo y en préstamos para activos fijos.

b) Según la actividad económica en: préstamos agropecuarios, industriales, mineros, de servicios (finanzas, seguros), para la construcción, compra propiedad raíz urbana, propiedad raíz rural, servicios públicos.

En razón de la garantía los préstamos se pueden clasificar en:

Préstamo con sola firma o sea sin ninguna garantía que son aquellos en los cuales basta la firma del que se obliga.

Préstamos con garantía son aquellos en los cuales además de la firma del que se obliga se exige otra seguridad que puede ser: a) *personal*, que consiste en la firma de un tercero, quien tiene el nombre de codeudor. b) *prendaria*, en el cual se exige la constitución de una prenda. Esta es una garantía específica sobre bienes muebles como semovientes, cosechas, maquinaria, papeles bursátiles, etc. La garantía prendaria más acostumbrada es sobre acciones que son de fácil negociabilidad y manejo. Los bancos comerciales generalmente sólo aceptan como prenda papeles bursátiles. También es muy usada la prenda de mercancías o productos que son susceptibles de almacenarse y sobre los cuales se constituyen bonos de prenda por los almacenes generales de depósito, de los

cuales se hablará más adelante. c) *Hipotecaria*, esta garantía consiste en la hipoteca que se constituye sobre bienes inmuebles. En ésta el bien queda respaldando la obligación respectiva. Otras veces sobre el bien inmueble se constituye una hipoteca que queda garantizando cualquiera obligación que pueda contraer el cliente con el banco y por cualquier concepto, es lo que se llama *garantía adicional hipotecaria o hipoteca abierta*.

Por la forma como se hacen los préstamos se pueden clasificar en: a) *Pagarés*, cuando el préstamo se hace constar en esta clase de documentos. b) *Descuentos*, cuando se trata del descuento de una letra o de un bono. A éstos se les llama también *préstamos documentarios*. c) *Sobregiros*, son préstamos que se autorizan o permiten por medio de un giro de un cheque cuando el cliente no tiene fondos en su cuenta. El sobregiro no consta en documento firmado o aceptado por el prestatario u obligado, para hacerlos efectivos es necesario conseguir una certificación de la Superintendencia Bancaria.

En atención a su reglamentación se pueden clasificar los préstamos en: a) *ordinarios* que son los préstamos y descuentos a plazos de un año o inferiores. b) *especiales* son los préstamos reglamentados por disposiciones legales especiales y autorizados sólo para determinadas actividades económicas, también se les llama *operaciones o préstamos de fomento*. Entre estos los más comunes son los de Ley 26 de 1959 para agricultura y ganadería y el Decreto 384 de 1950 para industria.

De acuerdo con el plazo de los préstamos se clasifican: a) *préstamos a corto plazo* que son los que se hacen a un año o menos de un año. b) *a mediano plazo* los que se facilitan a plazos entre uno y cinco años y c) *a largo plazo* de cinco años en adelante.

CARTAS DE CREDITO. - Una carta de crédito es un instrumento expedido por un banco por cuenta de uno de sus clientes autorizando a una persona o a una firma para girar contra el banco o contra uno de sus corresponsales por cuenta del cliente, bajo determinadas condiciones señaladas en el crédito. Otra definición, que considera el instrumento en su sentido más amplio, dice que el banco que expide una carta de crédito ofrece su propio crédito que es al mismo tiempo bueno y bien conocido, en lugar del crédito del comprador, que puede ser bueno, pero no es tan bien conocido.

Las cartas de crédito se utilizan en el comercio internacional y aún en el interior cuando un despachador de mercancía quiere asegurarse de un pago a través de un banco que le entrega el valor de su despacho de mercancía contra la presentación de los documentos que exija el

comprador y que constan en la carta de crédito. Estas cartas se hacen a favor del despachador a través del banco del comprador quien le da orden a su corresponsal en el exterior o a otro banco de entregar determinada cantidad de dinero contra la presentación del conocimiento de embarque, de la factura comercial, etc., o contra simple recibo según el caso. Las cartas de crédito pueden ser refinanciadas por el banco que las expide y esto consiste en que una vez que el banco encargado de pagar al despachador lo hace así, el banco del comprador le concede plazo a éste para que le pague, es decir el plazo empieza a correr desde la utilización de la carta de crédito. Las cartas de los Bancos de los EE. UU. generalmente están sometidas a la reglamentación de un acuerdo al cual voluntariamente adhieren. La reglamentación actual que es la Revisión de 1962 y que empezó a regir en Julio de 1963 fue aprobada por el Décimo Noveno Congreso de la Cámara Internacional de Comercio.

RESEÑA HISTORICA

(Continuación)

Los establecimientos bancarios que funcionaban en el año de 1923 y que al terminar el año de 1934 habían alcanzado un progreso y desarrollo de extraordinaria importancia, son los siguientes:

- Banco de Bogotá, con su oficina principal en Bogotá.
- Banco de Colombia, con su oficina principal en Bogotá.
- Banco Comercial Antioqueño (en 1923 "Banco Alemán Antioqueño) con su oficina principal en Medellín.
- Banco de los Andes (en 1923 "Banco Hipotecario de Colombia"), en Bogotá, hoy fusionado con el Banco de Bogotá.
- Banco Comercial de Barranquilla, en Barranquilla, en liquidación.
- Banco del Estado, en Popayán.
- Banco de Salamina, en Salamina (hoy liquidado).
- Banco de Oriente, en Rionegro, Antioquia (hoy fusionado con el Banco Comercial Antioqueño).
- Caja de Ahorros del Círculo de Obreros, con sus oficinas principales en Bogotá.

Con posterioridad al año de 1923 fueron fundadas nuevas entidades Bancarias nacionales, particulares y oficiales y se establecieron en Colombia algunas sucursales de bancos extranjeros. Tales establecimien-

tos han venido a engrosar la banca colombiana con apreciables beneficios para la industria.

Estas nuevas entidades, en normal funcionamiento casi todas a mediados del año de 1968, son las siguientes:

The Royal Bank of Canada, con oficinas en Bogotá, Barranquilla, Cartagena y Medellín. Establecido en 1925.

The National City Bank of New York, con oficinas en Bogotá, Barranquilla, Cali y Medellín. Establecido en 1929.

Banco de Londres y América del Sur con oficinas en Bogotá, Cali, Barranquilla y Medellín. Establecido en 1924.

Banco Francés e Italiano para la América del Sur, con oficinas en Bogotá, Barranquilla, Cali, Manizales y Medellín. Establecido en 1924.

Banco Central Hipotecario, con su oficina principal en Bogotá. Establecido en 1932 (Semioficial).

Banco Agrícola Hipotecario, con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1925. Posteriormente pasó a ser administrado por la Caja de Crédito Agrario y luego su liquidación e incorporación a la Caja.

Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero (oficial), con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1931.

Banco del Comercio, con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1949.

Banco Industrial Colombiano, con su oficina principal en Medellín, establecido en 1945.

Banco Cafetero, con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1954.

Banque Nationale pour le Commerce et L'Industrie, con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1954.

Banco Popular, con su oficina principal en Bogotá, fundado en 1950.

Banco Hipotecario Popular, (Hoy en liquidación) con su oficina principal en Bogotá, establecido en 1954. Su administración ha sido confiada al Banco Popular.

Caja Colombiana de Ahorros (oficial), con su oficina principal en Bogotá. Fundada en 1931. Hoy incorporada a la Caja de Crédito Agrario.

Banco Ganadero, con su oficina principal en Bogotá y establecido en Mayo de 1956.

Banco Bananero, con su casa principal en Santa Marta. Fundado en 1959, en liquidación.

Banco de la Costa, con su casa principal en Barranquilla y establecido en noviembre de 1960.

Banco Grancolombiano, con su casa principal en Bogotá y establecido en Mayo de 1961.

Banco de Santander con su casa principal en Bucaramanga y establecido en Mayo de 1962.

Banco Panamericano, con su oficina principal en Bogotá.

Banco de la Sabana, oficina principal en Bogotá.

Bank of America con su oficina principal en Bogotá.

Banco de Construcción y Desarrollo, oficina principal en Bogotá.

Banco de Caldas con su oficina principal en Manizales.

Banco de Occidente con su oficina principal en Cali.

APUNTES PARA UNA HISTORIA ECONOMICA DE COLOMBIA

Dr. Alvaro Tirado Mejía

LA COLONIZACION ANTIOQUEÑA

Entre los hechos económicos y sociales más importantes en el desarrollo de la historia de Colombia debe destacarse la colonización antioqueña como uno de los más señalados, por las consecuencias definitivas que tuvo. El occidente, y más particularmente Antioquia, que durante la Colonia llamaba la atención por su aislamiento, atraso y pobreza— hasta el punto de que los viajeros que la visitaban la comparaban con las colonias de Africa— después de la colonización superó lo anterior y llegó a ser la región más desarrollada del país, asiento de una porción elevada de la industria nacional. “Como resultado de este proceso se fundaron casi tantas ciudades nuevas como se habían fundado en el primer siglo de la conquista y colonización españolas. Se aportaron a la economía nacional millares de hectáreas de tierras nuevas cultivadas. El café se transformó en una gran industria de exportación, que brindó una nueva posibilidad de formación de capitales, que luego derivaron hacia el Comercio y la industria. La gran fecundidad y la energía genética del pueblo antioqueño encontró un amplio campo vital que permitió a este grupo pasar de una exigua población de menos de 50.000 habitantes que tenía la provincia de Antioquia a fines del siglo XVIII, a una de varios millones de habitantes, con lo cual la proporción demográfica entre oriente y el occidente colombianos se invirtió a favor de este último

y el potencial humano de una nación despoblada creció más en un siglo que en toda su historia anterior. Además surgió una sociedad más fluida y democrática, formada por numerosos propietarios rurales, donde el latifundio fue la excepción, donde las oportunidades de ascenso fueron mayores y donde las distancias y diferencias sociales fueron menores que en otras zonas del país". (1).

Sólo el estudio de las condiciones económicas, geográficas y sociales de Antioquia en la Colonia nos da la clave de la migración que tuvo su apogeo en el siglo XIX. Acá, y a diferencia de otras regiones, no se creó una clase aristocrática parasitaria que viviera del trabajo de los aborígenes. Por no existir en su suelo grandes civilizaciones indígenas, y sobre todo porque los que fueron sometidos bien pronto se extinguieron con el duro trabajo de las minas, la institución de la Encomienda no se desarrolló, pronto desapareció con la consecuencia de que la agricultura tuvo que ser trabajada directamente por los españoles y sus descendientes, pues los esclavos fueron dedicados preferencialmente a la minería. De todas las regiones colombianas era la más aislada con el exterior y su comercio de exportación, con excepción del oro, era prácticamente nulo, lo cual incidía en la pobreza casi general. Las tierras habitadas eran escarpadas y estériles, y la propiedad estaba concentrada en unos pocos, lo que daba origen a una contradicción entre el creciente número de habitantes que pedían tierras para cultivarlas y subsistir y los detentadores de títulos de propiedad que preferían mantenerlas incultas.

Por último, a finales del siglo XVIII se presentó una baja en la extracción de oro, que era el principal y casi único artículo producido y los campesinos del oriente antioqueño, acosados por la falta de trabajo en la minería y sin posibilidades de dedicarse a la agricultura en tierras tan estériles y concentradas en su propiedad por unos pocos, no tuvieron más que emigrar a regiones más propicias para su subsistencia y expansión.

Después de la primera fase de la colonización siguió un proceso autogenerado, consistente en que la parcela primeramente desmontada servía por un tiempo para albergar y dar trabajo a la familia, pero luego al crecer ésta se tornaba insuficiente y algunos hijos se marchaban cada vez más hacia el sur a constituir su unidad económica y familiar, para volverse a repetir el proceso. La búsqueda de oro, y en especial, de las

(1) Jaime Jaramillo Uribe, y otros. *Historia de Pereira*. (Pereira, Club Rotario, 1963) p. 351.

* Publicamos aquí varios capítulos de la tesis de grado "Apuntes para una historia económica de Colombia" del Dr. Alvaro Tirado Mejía.

guacas fue una causa de la colonización, pero no la determinante como algunos han creído.

En una forma esquemática puede determinarse el rumbo y la cronología de esta expansión en la forma siguiente:

Colonización del sur:

A finales del siglo XVIII, un grupo de aventureros del oriente del departamento iniciaron su migración hacia el sur, en tierras concedidas por la Corona a Felipe Villegas, las cuales comprendían el territorio situado entre el río Aures y la quebrada de Arma. Primero fue fundado Sonsón en 1797, luego Abejorral en 1808 y Aguadas en 1814. Allí los colonizadores se tropezaron con el inconveniente de otra vasta concesión, la de Aranzazu que incluía todas las tierras al oriente del río Cauca, entre la quebrada de Arma y la de Chinchiná y se entabló una feroz lucha en la que hubo incendios y asesinatos entre los emigrantes y la compañía de González y Salazar, que era la sucesora de los títulos de Aranzazu. "Las tierras comprometidas incluían todo lo perteneciente a los municipios caldenses de Salamina, Neira, Aranzazu, Filadelfia y Manizales, con una zona de topografía excepcionalmente escarpada, aproximadamente de 60 kilómetros de longitud por 40 de ancho". (2).

En 1825 fue fundada Salamina, en 1843 Neira, en 1844 Santa Rosa de Cabal y en 1848 Manizales. Pereira fue fundada en 1863 por algunas familias de Cartago, pero fueron inmigrantes antioqueños quienes le infundieron vitalidad desde un comienzo.

Colonización del Quindío.

"El prolongado fervor de las gentes montañeras del norte, deseosas de colonizar estas tierras, parece haberse intensificado aquí por cuatro atractivos a lo menos, a saber: caucho, oro, alto precio de los cerdos, y las ventajas de la región como refugio para librarse de las guerras civiles que desolaban a la República". (3).

Filandia fue fundada en 1878, Armenia en 1889, Circasia en 1889, Montenegro en 1892, Sevilla en 1903 y Tebaida y Caicedonia en 1905.

A diferencia de la colonización anterior, producto de campesinos pobres y en la que se consolidó la pequeña propiedad, en la del Quindío se lucraron, en la mayoría de los casos, ricos propietarios que burlaban

(2) James J. Parsons. *La colonización antioqueña en el occidente colombiano*. (2ª ed. Bogotá, Archivo de la Economía Nacional, Banco de la República, 1961, p. p. 111. Es la obra más seria y erudita que sobre el tema se ha escrito en el país).

(3) Parsons, op. cit., p. 119.

a través de terceras personas las leyes sobre límite a las adjudicaciones, y la propiedad en aquella región fue de superior extensión y mayor concentración.

Los colonos del Quindío tuvieron que enfrentarse también con una compañía terrateniente, la de Burilla, que reivindicaba derechos sobre el territorio en forma de paralelograma, que comprendía desde Bugalagrande en el Valle hasta la cresta de la Cordillera Central detrás de Calarcá, y que incluía todo o parte de los actuales municipios de Calarcá, Armenia, Génova, Pijao, Sevilla, Caicedonia y Zarzal.

Colonización del suroeste.

No ya campesinos de oriente, sino familias de Envigado y Medellín, iniciaron a finales del siglo XVIII la migración hacia el suroeste del Departamento. En 1788 se habían instalado algunas familias en Amagá, y con el descubrimiento de las minas de Titiribí en 1800, se consolidó la población del mismo nombre. En 1829 ya existía Fredonia. Concordia se estableció en 1848, y sus pobladores fueron alentados por las adjudicaciones de tierras hechas con base en la legislatura de Antioquia en 1834, para promover la colonización. En 1852 se distribuyeron las tierras para la población de Andes. En 1865 fueron fundadas Valparaíso, Támesis, Andes, Bolívar, Jericó y Jardín por colonos venidos de Sonsón, Abejorral, Pácora, Fredonia y Medellín. Quinchía fue establecida en 1886 y Mocatán en 1890. Pueblo Rico lo fue en 1884 y ya en este siglo fue fundado Balboa como municipio, en 1907.

Colonización del Tolima.

Algunos de los grupos que habían colonizado regiones de Caldas continuaron, a partir de 1850, su avance hacia el oriente en el Departamento del Tolima. Fueron fundados el Fresno (1856), Soledad (1860), Santo Domingo (1866), El Líbano (1860), Murillo (1860), Manzanares (1860). En 1866 familias de Sonsón y Aguadas fundaron a Pensilvania. Ya en este siglo fue fundada Cajamarca en 1916.

Por último, hay que anotar que hacia el occidente y el norte de Antioquia, así como hacia el río Magdalena, siguiendo la ruta del ferrocarril de Antioquia, hubo también migración, pero no de tanta significación como las relatadas.

Consecuencias

Para el desarrollo del país las consecuencias de la colonización antioqueña fueron trascendentales. Sintéticamente las podemos enumerar así:

1 - Creación de la pequeña propiedad campesina en la etapa de colonización. Los colonos, que no contaban con más brazos de trabajo que los de su familia, tenían que adecuar la dimensión del territorio que pretendían colonizar, a la limitación que esta circunstancia les imponía. Si no había mano de obra asalariada, de nada valía pretender el dominio sobre una vasta extensión que no se podía laborar. Además, la legislación limitaba la cabida de los predios adjudicables. De este hecho se derivaron consecuencias importantes en el orden económico y social.

A - No se formaron grandes haciendas ni grandes masas de campesinos asalariados y sin tierra, como en otras regiones del país, y en consecuencia la sociedad fue más igualitaria, lo cual se tradujo en la actitud liberal y progresista de sus habitantes.

B - El núcleo familiar se acentuó, lo cual tuvo como consecuencia el rígido patriarcalismo antioqueño. Para una sociedad en la que la mano de obra la suministraban los hijos, eran un imperativo la proliferación. De allí, lo numeroso de las familias antioqueñas. Luego, cuando la parcela no era suficiente, los hijos emigraban y se iniciaba de nuevo el proceso anterior.

C - En el orden económico la consecuencia más importante fue el aumento de capacidad adquisitiva. Una sociedad en la que todos trabajaban, en la que el beneficio se distribuía, no para unos pocos sino para todos, y en la que no se presentaban las vastas masas de asalariados con una capacidad de compra limitada por un salario —que por lo regular era escaso—, tenía en conjunto mayor capacidad de compra. Ya veremos cómo el cultivo elegido —el café—, por sus peculiaridades, llegó a ampliar aún más esa capacidad adquisitiva y cómo precisamente en el occidente, epicentro de la migración, fue donde se desarrolló la industria, porque había allí la acumulación del capital obtenida a través del comercio del oro, del tabaco y del café, y porque allí las masas tenían más dinero para comprar sus productos que los asalariados o semiservos de las otras regiones del país.

2 - Unificación geográfica del occidente colombiano, no sólo porque se unieron económicamente las altiplanicies habitadas desde los tiempos de la Colonia con las llanuras cálidas, sino porque a través de ella Antioquia y la región del Valle del Cauca quedaron integradas en la economía al descuartarse la selva que los separaba.

3 - Ampliación de las vías de comunicación, para conectar los nuevos centros poblados, entre sí, y a la región con el mar y el Magdalena, por medio de caminos y ferrocarriles. A esto contribuyó también el café que fue el principal producto de la zona puesto que para su exporta-

ción no bastaban las trochas que sí eran suficientes para transportar el oro, sino que requería buenos caminos y ferrocarriles. En la exposición hecha por Francisco Javier Cisneros sobre las ventajas de la construcción del Ferrocarril de Antioquia, se ve muy clara la vinculación existente entre la obra y el aumento en la producción cafetera (4).

4 - Preponderancia económica y política del occidente colombiano. En 1835 el grupo antioqueño representaba el 10% de los habitantes del país; para 1938 era el 26%. Además, la industria surgió y se desarrolló principalmente en el occidente colombiano y a partir del siglo XX fueron hombres del occidente los que capitalizaron la dirección política del país, así como en el siglo XIX lo habían sido los originarios de Popayán y Santander. (5).

EL CAFE

Ningún producto agrícola ha tenido tanta importancia para la economía nacional como el café (en la actualidad el 70% de nuestras divisas provienen de él), y es el único cuya exportación significativa se ha mantenido por casi un siglo. Además, las características mismas de su siembra y cultivo, así como su vinculación con la colonización en el occidente del país, contribuyeron en forma definitiva al surgimiento de la industria liviana nacional.

Es evidente que las laderas colombianas por razones climáticas y de suelos son sumamente propicias para su siembra, y que tal vez ningún otro cultivo es tan adecuado para ello. Mas en su difusión, con ser éste un factor importante, hubo otros de carácter socio-económico más esenciales y definitivos. La ampliación del mercado mundial del café fue causa importantísima y sobre todo el hecho de que los Estados Unidos, el principal comprador del grano, no podía producirlo en su suelo, y al no poseer colonias directamente, vino a desarrollarse la producción lati-

(4) "En el resumen que precede, el café apenas ocupa el 9º lugar en el orden de producción y en el de valores el 10º - La proporción en que se cultiva no llega ni a 0.08% de la producción general y su avalúo no pasa de 0.33% del valor total. Sin embargo, es uno de los frutos destinados a cambiar la faz del suelo antioqueño, porque hay abundancia de terrenos inmejorables para su cultivo, sobre todo en los que debe atravesar el ferrocarril, regados por numerosas caídas de agua que pueden convertirse en motores de pequeñas máquinas de reducido precio, para limpiar el grano, despojándolo de su orujo. La acogida que hace algunos años obtuvieron en Europa varias muestras de café antioqueño, le aseguran un lugar preferente en todos los mercados del mundo". Francisco Javier Cisneros. (Memoria sobre la construcción de un ferrocarril de Puerto Berrío a Barbosa, (Estado de Antioquia) Nueva York, Imprenta y Librería de N. Ponce de León, 1.880. p. 41.

(5) Ver sobre esto último: Luis Eduardo Nieto Arteta. *El café en la sociedad Colombiana*. Breviarios de Orientación Colombiana, Bogotá, N° 1, 1958.

noamericana. En la primera mitad del siglo XIX Cuba, Puerto Rico, Las Antillas o Venezuela, eran grandes productores de café, pero al dedicarse los primeros al cultivo de la caña de azúcar y la última al petróleo, en este siglo, dejaron el campo libre a los cafés brasileño, colombiano, centroamericano, etc., motivando su expansión.

El café en Colombia se produjo primero en la faja oriental, principalmente en los valles cercanos a Cúcuta; luego fue desarrollándose su cultivo hacia el sur, y de 1850 en adelante en las haciendas de Cundinamarca, en donde originó el establecimiento de nuevas haciendas hacia el río Magdalena; pero mientras en esta región su producción se dió en grandes extensiones, en el occidente se produjo en pequeños predios, como se verá. Hasta 1913 Santander y Cundinamarca fueron los principales productores. Con la colonización en el occidente y con el cultivo del café se dió una conjunción de circunstancias determinantes para el rumbo posterior de la economía nacional. El café no se plantó inmediatamente después de la colonización, primero fueron el maíz y los pastos. Las características de su cultivo así lo determinaban. Los colonos que no poseían ningún capital, tenían que sembrar primero productos de rápida cosecha como el maíz, y sólo después, cuando ya conocían la tierra y tenían otros productos asegurados sembraron el café que sólo a los 4 o 5 años venía a dar su fruto (1). Con el café y la colonización, se combinaron la pequeña propiedad familiar y la producción para el mercado mundial. La extensión del área colonizada y sobre todo el gran número de personas vinculadas a la agricultura, hacían imposible que ésta fuera comercializada con base en cultivos internos. Para el desarrollo era necesaria una demanda exterior, la cual se presentó con el café. Se dió entonces un hecho desconocido hasta el momento en el país: el surgimiento de un gran número de pequeños propietarios, trabajadores ellos mismos de sus parcelas y productores para el mercado mundial. Antes los otros productos agrícolas de exportación habían beneficiado a unos pocos solamente. El tabaco, el algodón o el añil, por ejemplo, se habían explotado en beneficio de un reducido número de terratenientes, y al pasar su auge sólo quedaron grandes dehesas para ganado y una vasta masa de asalariados que habían consumido lo ganado en jornales. Con la producción cafetera en las condiciones del occidente se aumentaron la capacidad adquisitiva y el mercado, pues no sólo creció la ocupación, sino que la distribución del excedente producido fue más democrática.

(1) Parsons, op. cit., p. 208.

Datos sobre su exportación.

De la obra "Colombia Cafetera" (2) tomamos la siguiente relación de cifras sobre exportación cafetera entre 1835 y 1926:

Años	Sacos	Kilogramos	Valor según manifiesto
1835	2.326	155.500	\$ 18.013
1836	29	1.855	450
1837	3.755	234.700	35.640
1838	5.249	329.100	35.550
1839	7.455	465.300	54.534
1841	29	1.800	465
1842	10.566	660.412	67.334
1843	18.264	1.142.500	86.910
1844	19.670	1.229.450	98.543
1845	22.958	1.434.886	105.643
1855	33.016	2.063.558	287.574
1856	34.103	2.131.458	325.619
1857	38.137	2.483.594	434.100
1858	45.774	2.860.921	430.048
1859	52.564	3.285.275	469.066
1860	62.149	3.884.342	488.500
1865	6.519	407.691	99.099
1866	74.677	4.667.350	769.160
1867	65.591	4.099.391	609.989
1868	99.205	6.208.126	693.623
1869	60.840	3.802.560	607.721
1870	63.855	3.990.994	813.668
1871	104.071	6.404.475	974.015
1872	126.546	8.009.181	1.264.122
1873	116.228	7.364.353	1.930.730
1874	165.776	10.359.052	1.957.357
1875	72.810	4.560.636	732.295
1876	54.862	3.428.832	1.168.824
1877	35.511	2.219.966	752.873
1878	72.134	4.608.399	1.504.074
1879	74.547	4.659.247	1.529.285

(2) Diego Monsalve, Colombia Cafetera, *Información histórica, política, civil...* de la República de Colombia ps. 628 - 629.

Años	Sacos	Kilogramos	Valor según manifiesto
1880	103.280	6.455.350	1.896.825
1887	106.431	6.651.980	2.303.200
1894	324.217	20.263.587	7.857.750
1895	344.006	21.500.433	8.503.212
1896	456.342	28.251.410	10.474.372
1897	441.041	27.564.103	8.799.129
1898	510.179	31.886.212	8.579.358
1899	371.495	23.232.448	5.230.760
1905	487.794	30.485.715	5.036.240
1906	610.742	38.160.293	6.131.760
1907	545.642	34.102.670	5.338.278
1908	582.470	36.404.939	5.549.064
1909	678.739	42.421.218	6.346.952
1910	548.000	34.200.661	5.517.408
1911	606.391	37.899.968	9.475.448
1912	895.893	55.993.293	16.770.908
1913	979.721	61.232.559	18.369.768
1914	990.657	61.916.097	16.247.672
1915	1.083.178	67.778.034	16.247.672
1916	1.162.471	72.654.457	19.336.646
1917	1.005.300	62.831.248	15.707.812
1918	1.102.667	68.916.745	20.675.023
1919	1.616.423	101.026.495	54.291.638
1920	1.375.916	86.619.774	56.328.333
1921	2.251.327	140.707.992	41.945.052
1922	1.711.913	105.668.763	36.291.812
1923	1.978.230	123.639.678	43.387.760
1924	2.127.361	132.949.612	68.793.353
1925	1.948.366	116.901.944	66.579.916
1926	2.454.251	147.255.065	84.517.256

Consecuencias del cultivo del Café.

Pueden resumirse así:

1) Ampliación de la capacidad adquisitiva de las masas. Para ello se unieron varias circunstancias: la producción en pequeñas parcelas y la gran cantidad de mano de obra requerida en su cultivo y beneficio. En la actualidad aproximadamente el 75% de los productores de café son

propietarios de la parcela, y la producción está concentrada en predios de menos de cinco hectáreas. (3).

En relación a lo segundo hay que considerar que desde la siembra en el almácigo hasta el transporte a la ciudad contribuyen una gran cantidad de personas y que prácticamente toda la familia tiene una función que cumplir en el beneficio del grano, desherbando, podando o transportándolo los hombres mayores, recolectándolo las mujeres adultas, "chapoleras", separando los granos buenos de los malos en la "secada" los niños, etc. "Por otra parte, la técnica del cultivo en Colombia exige almácigos, transplante, poda, deshierba, sombrero, selección de la cereza en la recolección lo que determina la aplicación del trabajo familiar. (4).

Tamaño de las explotaciones (Hectáreas)	Total explotaciones informantes	Superficie conjunta de las plantaciones (Hectáreas)
Menores de media hectárea	28.509	5.660
De media a menos de 1	38.045	17.128
De 1 a menos de 2	62.676	48.325
De 2 a menos de 3	41.181	45.131
De 3 a menos de 4	36.695	53.187
De 4 a menos de 5	23.902	40.000
De 5 a menos de 10	76.991	178.689
De 10 a menos de 20	54.626	190.271
De 20 a menos de 30	19.173	89.516
De 30 a menos de 40	10.692	62.076
De 40 a menos de 50	5.940	36.923
De 50 a menos de 100	12.202	92.501
De 100 a menos de 200	5.102	52.993
De 200 a menos de 500	2.359	35.124
De 500 a menos de 1000	565	13.934
De 1000 a menos de 2500	185	6.008
De 2550 a más	52	853
	<u>417.867</u>	<u>968.318</u>

(3) Cuadro sobre número y extensión de los predios cafeteros en Colombia:

Tomado de: Ateneo Quimbaya. *El problema de la tierra en Colombia*, Bogotá, Ediciones Suramérica Ltda. 1967, p. 122.

Se debe advertir que los predios de extensión mayor, sólo ocupan una porción reducida en el cultivo del café, y el resto en otros productos agrícolas o en ganadería.

(4) Diego Montaña Cuéllar. *Colombia, país formal y país real*. - Buenos Aires, Editorial Platina, 1963, p. 79.

Al considerar la ampliación de la capacidad adquisitiva de las masas vinculadas a la producción cafetera debe tenerse en cuenta la ubicación de ésta en el occidente colombiano, en las condiciones de colonización ya descritas, por dos razones: la primera, porque acá la distribución del excedente obtenido era más homogénea, pues a diferencia de la producción cafetera de Cundinamarca en Colombia, o de la de Brasil, los productores por lo general eran los mismos propietarios, mientras que en otros casos la producción se desarrolló en grandes haciendas trabajadas por asalariados. Y la segunda, consecuencia de lo anterior, porque si son los propietarios los mismos productores, es el conglomerado el que eleva su capacidad de compra y no unos pocos. Cuando la producción se da en tierras de pocos dueños y a través de peonaje asalariado, la capacidad adquisitiva general no aumenta porque los peones apenas obtienen lo necesario para supervivir y los propietarios parasitarios son más dados al derroche y al lujo suntuario, que a la compra de productos nacionales. En el occidente, donde a partir de las primeras décadas del siglo XX se ubicó la producción cafetera en pequeñas parcelas, fue donde primero se desarrolló la industria nacional, porque la producción industrial creciente tuvo un mercado geográfico suficiente para sus productos.

2) Creación de una burguesía nacional, como premisa para el apaciguamiento de la industria. A través del comercio del café se formó una burguesía que obtuvo o acrecentó el excedente apropiado, el cual invirtió más tarde en la industria nacional. En esto también hubo una particularidad en Colombia, que hizo posible el surgimiento de ese excedente y su ulterior inversión en la industria liviana, lo que no ocurrió en otros países—ejemplo Venezuela—en los que el principal producto de exportación no estaba en manos de nacionales. El café colombiano se produce, se procesa y se exporta por nacionales, mientras que el petróleo venezolano, por ejemplo, se beneficia por extranjeros. En esta circunstancia se hizo posible el afianzamiento de nuestra burguesía la cual, ante la crisis mundial del capitalismo, invirtió en la industria el excedente obtenido. En Venezuela el mismo acontecimiento externo—la crisis—no hizo posible la aparición de esa industria porque no existía burguesía nacional que dispusiera de capital para hacer la inversión.

3) Desarrollo de las vías de comunicación. Ya observamos cómo la producción cafetera exige mejores vías de comunicación por su volumen. Una cantidad valiosa de oro podía transportarse por una trocha sin requerir más. El tabaco se dio principalmente a la orilla del Magdalena y con esta vía se bastó, y la quina, el algodón o el añil, por lo fugaz de su

auge no contribuyeron a la creación de vías de importancia. Pero para trasladar el café desde las montañas a los centros poblados y de allí hacia el exterior, se hicieron necesarias vías permanentes y con especificaciones adecuadas. Los ferrocarriles de Antioquia, el de Caldas hacia la Dorada, o el del Pacífico, tuvieron mucho que ver con las necesidades de exportación del grano.

4) Unificación económica del país.

Con el café y la ampliación del mercado de él derivada, el país dio un paso hacia la unificación económica. Las mercancías producidas en Colombia tenían mayor demanda, y las más numerosas y mejores vías de comunicación facilitaban el mercado.

5) Desarrollo del occidente colombiano.

Con la colonización antioqueña y su cultivo principal, el café, el occidente del país cobró la preponderancia que no había tenido en otras épocas. La industria nació y creció al occidente, y Antioquia, Caldas y Valle llegaron a ser la tierra de los dirigentes políticos nacionales y de los financistas rectores de la economía del país (5).

LOS FERROCARRILES

En el siglo XIX nuestro país tuvo una preferencia marcada por los ferrocarriles, con primacía sobre las otras vías de comunicación. El fenómeno no era típicamente nacional puesto que en toda América, y en general en todos los países dependientes se vivió el mismo proceso. Para ello había un interés imperialista y de allí el auge de los ferrocarriles.

A través de los ferrocarriles en Colombia —al igual que en muchas regiones atrasadas del mundo— Inglaterra derivó muchísimas ventajas. En primer lugar volvieron a afluir los empréstitos con este fin. En segundo, el pedido de hierro y en general de material férreo contribuyó poderosamente al desarrollo de la industria pesada de los países avanzados. Mas el interés general lo revelaba el mismo trazado de las vías. En esta forma se abarataban las comunicaciones entre el país imperialista y los dependientes, y en consecuencia las mercancías del primero podían competir más ventajosamente con las de los segundos y así también se facilitaba la exportación de materias primas hacia la Metrópoli, con el consiguiente abaratamiento de los costos de producción industrial en ella. “Por ejemplo, los ferrocarriles construídos con ayuda de capitalistas extranjeros en América Latina al término del siglo pasado te-

(5) Luis Eduardo Nieto Arteta. *El Café en la sociedad colombiana*. Bogotá, Breviarios de Orientación Colombiana, N° 1, 1.958.

nían como objetivo principal conectar con los puertos las regiones en donde estaban establecidas las industrias de exportación. En consecuencia, dieron lugar a un poderoso crecimiento de las exportaciones y de las actividades externas, pero no contribuyeron directamente a la expansión del mercado interno ni al crecimiento de industrias engranadas a ese mercado”. (1).

Al observar los ferrocarriles trazados en Colombia, claramente se nota que cumplían esta función y que en ellos no había el propósito de integrar el mercado nacional. Todos estaban trazados hacia el mar o hacia el Magdalena, pero no entre ciudades importantes del interior para unir al país económicamente.

No es del caso relatar acá en detalle la serie de incidentes y estafas que se presentaron en la construcción de los ferrocarriles nacionales, contratados casi en su totalidad con casas extranjeras. Basta para señalar la penetración del capital foráneo en este renglón, transcribir el cuadro que nos trae Francisco Posada:

Nombre de la Empresa	Capital Social (En Libras esterlinas)	Bonos Emitidos	Interés
The Barranquilla Railway & Pier Company Ltd.	200.000	100.000	5%
The Colombian Railway & Navigation Company Ltd.	15500.000	—————	—————
The Dorada Railway Extension Company Ltd.	350.000	350.000	6%
En Depósito	350.000	—————	—————
The Colombian National Railway Company Ltd.	900.000	1.500.000	6%
The Colombian Northern Railway Company Ltd.	150.000	180.000	5%
The Colombian Central Railway Company Ltd.	—————	80.000	5%
The Great Northern Central Railway Ltd.	—————	192.000	6%
The Santa Martha Railway Company Ltd.	600.000	200.000	6%
Emitidas	359.160	—————	—————
The Manizales Rope Way Ltd.	200.000	—————	—————

(1) Naciones Unidas. *El financiamiento externo de América Latina*. Nueva York,

(2)

El siglo XIX fue escenario de la inversión inglesa en los ferrocarriles, en el siglo XX se presentó el proceso de nacionalización y en la etapa 1922 - 1926 se dio un salto grandísimo en la construcción de vías férreas.

En 1886 la red ferroviaria del país era como sigue:

<i>Ferrocarril</i>	<i>Longitud - Kilómetros</i>
Panamá a través del Istmo	80
Bolívar, Puerto Salgar a Barranquilla	27
Santa Marta, en construcción	12
Cúcuta al río Zulia, en obra	54
Girardot, en obra	39
Medellín a Puerto Berrío	37½
Cauca, Cali a Buenaventura, en obra	25½
La Dorada	15
Puerto Wilches, a Bucaramanga	4
	—
	294

(3)

Según Diego Monsalve (4) el desenvolvimiento de los ferrocarriles entre 1885 y el 7 de agosto de 1927, fue el siguiente:

GRAFICA DEL DESARROLLO FERROVIARIO DE COLOMBIA DE
1885 a 1927

En: 1885:	236 kilómetros
1898:	513 "
1910:	875 "
1915:	1.114 "
1920:	1.318 "
1927: (7/ag)	2.281 "

En 1930 las líneas férreas en explotación medían un poco más de 2.700 kilómetros. En cuanto a las carreteras, las nacionales medían 2.642 kilómetros y las departamentales 3.101, o sea un total de 5.743 kilómetros de carreteras (5).

Naciones Unidas, 1964.

- (2) Francisco Posada Díaz - La tentativa de revolución burguesa en Colombia y sus resultados. Revista Ideas y Valores. Nos. 27, 28, 29 (En. Feb. Mar./67, p. 128). Véase Luis Ospina Vásquez. op. cit. 352.
- (3) Ibid. p. 127.
- (4) Op. cit. p. 831
- (5) Véase: Luis Ospina Vásquez op. cit., p. 352.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PROCESAL

Hernando Devis Echandía
Profesor de la Universidad Libre
de Bogotá, Colombia.

(TRABAJO PARA EL IV CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL)
1969)

1 - Las dos funciones de toda Universidad y su aplicación a la enseñanza del Derecho.

Para que una Universidad merezca el nombre de tal, debe cumplir una doble función: preparar o capacitar adecuadamente los nuevos profesionales en las distintas actividades científicas y técnicas, que la compleja vida moderna requiere; estimular, promover y realizar investigaciones para el perfeccionamiento de la ciencia, en sus diversas ramas, y su aplicación práctica para resolver los problemas que presenta el desarrollo de los respectivos países y las necesidades, siempre renovadas, de la humanidad.

Estas dos funciones básicas de la Universidad se complementan, armónicamente. Entre mayor sea el nivel de preparación profesional, más posibilidades habrá de disponer del personal indispensable para mantener en ritmo ascendente la investigación científica, y, por otra parte, en-

tre más actividad investigativa exista en ella, mayor será el nivel científico de su profesorado y mejor la capacitación de sus alumnos. Si falta esa segunda actividad, podrá hablarse de un conjunto de escuelas profesionales, pero no existirá una verdadera enseñanza superior, ni una verdadera Universidad.

Desgraciadamente, las Universidades latinoamericanas no cumplen, o lo hacen apenas rudimentariamente, la segunda de las funciones mencionadas, por lo cual no es exagerado afirmar que casi todo está por hacerse.

El anterior concepto de la Universidad tiene cabal aplicación en cuanto al derecho se refiere. Por su esencia, su naturaleza y sus fines, el derecho es elástico y está sujeto a permanente evolución. También en esta rama de la ciencia se deben cumplir esas dos funciones, de enseñanza profesional superior e investigación teórica-práctica de las instituciones jurídicas y de su regulación positiva en las leyes vigentes, para determinar no sólo su naturaleza, sus fuentes, sus principios generales, su correcta interpretación, sino también sus deficiencias, sus errores y las soluciones que pueden existir, con el fin de mantener la indispensable adecuación entre la realidad social, con sus diversos factores económicos, étnicos, geográficos y políticos, en evolución constante, y las normas jurídicas que la regulen.

La Universidad debe procurar la formación de verdaderos juristas y no de simples abogados para el ejercicio profesional o el desempeño de la judicatura; debe dar una sólida enseñanza teórica-práctica, que estimule en los alumnos y más tarde en los abogados y jueces, el espíritu de investigación y de crítica necesario para disponer, en todo momento, de la minoría selecta indispensable para el cumplimiento de la segunda de sus funciones y para el perfeccionamiento y la renovación de las instituciones jurídicas de su propio país, en primer término, e indirectamente de los demás, en virtud de la identidad o la analogía que pueda haber entre sus respectivos medios sociales o entre los problemas que en ellos se presentan y que requieren solución jurídica.

Es indispensable la enseñanza de la legislación y la jurisprudencia vigentes en el propio país y su aplicación práctica, porque son el material que tanto los abogados como los jueces deberán utilizar en el desempeño de sus actividades; pero no lo es menos el estudio de sus fuentes, sus fines, su naturaleza, su estructura, sus principios rectores, sus deficiencias y errores, las reformas que necesitan, las soluciones que en otros países se han dado a los mismos problemas o a otros análogos y su adaptación al medio nacional. Sin aquello, la enseñanza sería exageradamen-

te abstracta y teórica, por lo cual se dejaría de cumplir la primera función de toda Universidad; sin lo último, se olvidaría la segunda y no menos importante función, con lo cual se haría imposible la formación científica de los futuros abogados y jueces, se los convertiría en simples prácticos de su profesión y se pondría en serio peligro el futuro de las instituciones que constituyen el orden jurídico del país y que permitan considerarlo como un Estado de derecho.

Esa adecuada formación científica de los profesionales del derecho, se traduce en mejores leyes, mejor justicia, más prevención de los delitos, menos insatisfacciones jurídicas en materias civiles, comerciales, laborales, administrativas, etc., y, por consiguiente, en menos litigios judiciales, más progreso, mejor armonía social, más paz y mayor prosperidad para la sociedad en general.

2 - Aplicación de las anteriores conclusiones, a la enseñanza del derecho procesal.

Las anteriores conclusiones se aplican rigurosamente a la enseñanza del derecho procesal.

Es indispensable la enseñanza de la legislación y la jurisprudencia procesales, vigentes en el respectivo país, porque representan la organización de la función jurisdiccional del Estado y la forma como se ejercita en sus distintos niveles o jerarquías y para las diversas insatisfacciones jurídicas (1) que exigen su intervención mediante un proceso (penal, civil, laboral, contencioso administrativo, fiscal, etc.). Sin el conocimiento de esta realidad jurídica-positiva y de su utilización práctica, es imposible el ejercicio de la profesión de abogado y el desempeño de cargos en la administración de justicia. Pero sin el estudio de las fuentes, la naturaleza, los fines, los principios generales, los conceptos y las instituciones fundamentales del derecho procesal y su aplicación, correcta e incorrecta, en la legislación nacional y en otras que pueden servir de modelos o de bases de comparación, solo se formarían abogados prácticos y jueces exégetas, de inevitable mediocridad, incapaces de resolver correctamente los problemas que la realidad del proceso plantea en constante renovación y cuya solución no aparezca expresamente contemplada en un texto legal.

(1) Utilizamos los conceptos de *insatisfacción jurídica*, como objeto del proceso y de *satisfacción jurídica*, como su fin, esbozada por Dante Barrios De Angelis, en su ponencia para la "IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal", ocurrida en Caracas, del 27 de marzo al 3 de abril de 1967, con el título de: "Teoría general del proceso. Enseñanza de la misma", y, desarrollados admirablemente por Victor Fairen Guillen, en su monografía "El proceso como satisfacción jurídica", presentada al "V Congreso Argentino de Derecho Procesal", realizado en Salta, en julio de 1968.

Por otra parte, sin esa preparación científica de los alumnos, en derecho procesal, no se podrá disponer posteriormente de investigadores y cultores de esta importantísima rama del derecho, necesarios no solamente para la renovación y la ampliación del equipo de profesores competentes, sino para la preparación de las reformas legislativas que actualicen, sucesivamente, en engranaje de la justicia, cuyos métodos y principios rectores deben evolucionar, a medida que lo hacen los problemas sociales que debe resolver.

3 - Demasiados abogados y escasos juristas.

La poca atención que todavía se presta en muchas Universidades al segundo aspecto de la enseñanza del derecho y en particular del derecho procesal, ha traído la manifiesta consecuencia de que existen demasiados abogados y su número sigue aumentando desproporcionadamente (salvo en algunos de los países que recientemente han pasado de la situación colonial a la independencia política y jurisdiccional), al paso que, inclusive en donde el desarrollo de los estudios del derecho ha tenido mayor impulso, escasean los verdaderos juristas.

En muchos países de Europa y de América, existe una verdadera producción en serie de abogados, caracterizada por una creciente cantidad, que supera varias veces las necesidades nacionales, acompañada de una lamentable baja de su calidad. Existe la tendencia a generalizar la libre asistencia de los alumnos a las clases y seminarios, pareja a su aceptación en número ilimitado, que pasa en algunas Universidades de diez mil y hasta de quince mil, cuando los profesores, las aulas y los demás elementos para su enseñanza apenas alcanzan para un pequeño porcentaje de semejante multitud.

Estas exageradas facilidades para la carrera de abogado o de licenciado en derecho o jurisprudencia (según la denominación que en cada país se adopte), está desnaturalizando la enseñanza del derecho y obstaculizando la formación de buenos profesores, de jueces aptos y de profesionales competentes. Ciertamente es que los cursos posteriores de doctorado o de especialización, corrigen en parte este tremendo defecto de los estudios universitarios, pero también lo es que la gran mayoría de los abogados o licenciados no alcanzan este nivel superior de preparación y se conforman con sobreaguar en el común pantano de la mediocridad, sin que esto les impida asumir, en el ejercicio de su profesión, las máximas responsabilidades, para las cuales no han adquirido suficiente preparación.

De esta manera, la sociedad en general y quienes en particular con-

fían en esos profesionales inexpertos, sufren las dolorosas consecuencias (económicas, familiares, morales, de impunidad aberrante o de pérdida injusta de la libertad) de los defectos y las deficiencias en la enseñanza universitaria. Y se produce otro efecto más perjudicial todavía: el difundir en el pueblo el sentimiento explosivo de la falta de justicia y el descrédito de la organización jurisdiccional del Estado, de los procedimientos vigentes en sus distintas ramas y de las personas encargadas de su aplicación.

Ni siquiera en los países que, por excepción, carecen todavía de un número suficiente de abogados o de licenciados en derecho, se justifica que, con el pretexto de aumentar su número, se sacrifique la calidad de la enseñanza universitaria. En los demás resulta completamente absurdo ese sistema constitutivo de enseñanza del derecho, pues, por el contrario, se hace imperativo aumentar la calidad e intensidad en los estudios, para que la abrumadora cantidad de alumnos no las asfixie o destruya y se produzca una adecuada selección.

Indudablemente, el estudio del derecho es útil para cualquier país, inclusive en forma fragmentaria o a un nivel bajo, como factor de cultura general. Se puede estudiar derecho para mejorar las aptitudes y las posibilidades de éxito en muchas actividades, ajenas al ejercicio de la profesión de abogado y al desempeño de la judicatura, como en la política, en los negocios, en la administración de empresas, en el periodismo, en muchos cargos administrativos, en las relaciones sociales. Pero esto no justifica que se mantenga un nivel mediocre en la enseñanza universitaria, porque necesariamente repercute en la preparación de los abogados, jueces, profesores e investigadores del derecho, que el país necesita.

Podrían organizarse cursos separados, para quienes deseen adquirir alguna cultura jurídica con cualquiera de esas finalidades, en los cuales podrían darse las mayores facilidades para su ingreso y dejarse enteramente libre la asistencia a las clases, pero cuyo título nada tuviera que ver con la profesión de abogado o de licenciado en derecho o jurisprudencia.

4 - Los tres aspectos de la enseñanza del derecho procesal: la teoría general, los diversos sistemas procesales y la práctica judicial.

De lo dicho en los párrafos anteriores se deduce este triple aspecto de la enseñanza universitaria del derecho procesal. El primero permite adquirir el conocimiento de lo que es el derecho procesal, sus orígenes, sus fuentes, su evolución, sus principios generales básicos, sus institu-

ciones; el segundo comprende el estudio de los aspectos particulares de las distintas ramas del derecho procesal (civil, que generalmente comprende la comercial e industrial, laboral, penal ordinaria y militar, contencioso administrativa, fiscal, de aduanas) en su triple aspecto: doctrina que las estructura y orienta, legislación y jurisprudencia; el tercero se refiere a la utilización práctica de aquellas nociones y doctrinas, de los conocimientos de la legislación y la jurisprudencia locales, en el desempeño de la profesión de abogado o procurador y de la judicatura.

Una buena enseñanza del derecho procesal debe contemplar, con igual empeño, estos tres aspectos. No se trata de etapas rigurosamente sucesivas. Por el contrario, la teoría y la práctica deben mantenerse en estrecha vinculación, de manera que la enseñanza de las nociones generales incluya la de su aplicación en la ley y la jurisprudencia nacionales, de tal modo que el alumno capte las incidencias prácticas que pueden tener en el ejercicio de la profesión de abogado y en la solución de los litigios o pedimentos de jurisdicción voluntaria que como jueces deban conocer.

Naturalmente, hay un orden lógico en la programación de la materia, que aconseja iniciarla con la teoría general del proceso (sin descuidar el aspecto de sus incidencias prácticas), para posteriormente entrar al estudio de las distintas ramas y de los sistemas procesales vigentes y luego al ejercicio práctico, en mayor escala, de las anteriores enseñanzas.

5 - Conveniencia de un curso de teoría general o de nociones generales de derecho procesal.

Este curso impide que los alumnos incurran en el grave error, que en algunas universidades se inculca, de considerar a las distintas ramas del derecho procesal (especialmente la civil y la penal) como compartimientos estancos, independientes e inclusive en parte antagónicos, debido a la enseñanza desvertebrada y a la exagerada especialización de ciertos profesores, motivada por una especie de celo profesional.

Así como un curso de "teoría general del derecho" sirve para darles a los estudiantes una visión global y armónica de las distintas disciplinas jurídicas y para poner en evidencia los principios, los conceptos y las instituciones comunes a ellas, con lo cual se les facilita la adquisición de un criterio jurídico y el conocimiento de lo que es la ciencia que ha de ser materia de sus estudios universitarios, también un curso de teoría general o de nociones generales de derecho procesal es de gran utilidad para ofrecerles a los estudiantes una visión global de lo que es esta rama del derecho, cuyo desarrollo en el presente siglo ha sido tan

extraordinario en Europa occidental y en la América Latina, de manera que puedan informarse de su historia o evolución, de sus fuentes, de su naturaleza y su estructura, de sus diversas ramas y de sus aspectos comunes e interdependientes, de su léxico, sus conceptos e instituciones fundamentales y sus principios generales, comunes a las diversas ramas en que se divide, de acuerdo con la organización jurisdiccional de los diversos Estados (principalmente las ramas civil, laboral, penal y contencioso administrativo).

Los dos cursos (teoría general del derecho y teoría general del proceso o nociones generales del derecho procesal), cumplen una función similar, de extraordinaria importancia en la formación jurídica de los estudiantes y de los futuros abogados y jueces. El segundo es, sin la menor duda, el mejor camino para familiarizar a los estudiantes con la doctrina del derecho procesal, cuya enseñanza es indispensable, como lo expusimos en los párrafos anteriores.

Cierto es que puede enseñarse la doctrina científica y moderna del derecho procesal, como una especie de introducción a cada uno de los cursos especiales en que se divide, tal como se ha venido haciendo en Colombia y en otros países; pero es evidente que con aquel curso general previo se obtienen mejores resultados, una preparación más sólida de los alumnos, un concepto más completo y firme del derecho procesal, se adquiere un léxico más correcto, se crea inquietud científica, se facilita la interpretación correcta del derecho positivo, se da un mejor criterio para la comprensión y solución de los problemas prácticos, y, al mismo tiempo, se evitan inútiles e inclusive perjudiciales repeticiones, que pueden desorientar a los estudiantes por las posibles opiniones encontradas de los distintos profesores. Por otra parte, los profesores de los cursos especiales de derecho procesal civil, penal, etc., dispondrán de mayor tiempo para profundizar en el estudio de los problemas teóricos y prácticos que cada rama presenta, al entrar de lleno en ellos, desde un comienzo, sin verse obligados a consagrar muchas horas a la exposición de los temas de la teoría general del proceso.

Al final de este trabajo presentamos un programa para el curso de teoría general del proceso. Una vez acordado éste, los demás no presentan dificultad.

Son tan manifiestas las ventajas de este curso, que no vale la pena insistir en ellas. En la "Cuarta Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal", realizada en Caracas, del 27 de marzo al 3 de abril de 1967, se estudió este tema y se presentaron importantes trabajos de los profesores NICETO ALCALA-ZAMORA y CASTILLO (de la delegación de Mé-

xico), JAIME W. TEITELBAUM, LUIS ALBERTO VIERA RUIZ, DANTE BARRIOS DE ANGELIS (de la delegación de Uruguay), PABLO N. BELCASTRO y ADOLFO S. VERAJA (de la delegación de Argentina), MARIO AGUIRRE GODOY (de la delegación de Guatemala) y GUILLERMO MANUEL UNGO (de la delegación de El Salvador).

Apóstol de la campaña por la introducción de este moderno sistema de enseñanza del derecho procesal, ha sido el ilustre jurista NICETO ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, cuyos trabajos y conferencias en varios países de nuestro continente, han sido el factor primordial para su divulgación y aceptación en varias universidades, como las de El Salvador, San Carlos de Guatemala y algunas mexicanas. En Colombia se aprobó, en 1968, por los decanos de las distintas Facultades de Derecho que funcionan en el país, por iniciativa del Dr. Hernando Morales y del suscrito, la recomendación para que se adopte este curso, como obligatorio, en el nuevo pensum de materias básicas que debe promulgar el Ministerio de Educación Nacional.

Diversas objeciones se han formulado a este curso de teoría general del proceso, pero se basan en la equivocada creencia de que exige una total identidad de los procesos civil y penal, en el temor de que se subordina el segundo al primero, y en la concepción privatística, totalmente obsoleta, del proceso civil. Basta leer la monografía presentada por el profesor ALCALA-ZAMORA y CASTILLO a la "IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal", para despejar cualquier duda al respecto (2). En el mismo sentido se pronuncian VICTOR FAIREN GUILLEN y CARLOS DE MIGUEL y ALONSO. (3).

Se habla de que el objeto del proceso civil es privado (desatar un conflicto entre particulares) y el del proceso penal público (ejercicio de la jurisdicción punitiva, en defensa de la sociedad); pero desde CHIOVENDA para acá se modificó sustancialmente el concepto clásico del proceso civil y hoy nadie discute que tiene una función de interés público: conservar la paz y la armonía sociales, mediante la realización del derecho sin medios violentos y la eliminación de la justicia privada. (4).

(2) *Alcalá-Zamora y Castillo*. Monografía citada, p. 9 - 17.

(3) *Fairen*, Ideas sobre una teoría general del derecho procesal, Revista de derecho procesal, Madrid, 1966 y hacia una parte general del derecho procesal en *Rev. diritto processuale civile*. San Paulo, 1962, Vol. 5, p. 19, y ss.; *De Miguel y Alonso*. Notas sobre la unificación de la legislación procesal, *Rev. de derecho procesal*, Madrid, abril-junio 1968, p. 17-34.

(4) *Carnelutti*, Sistema, Buenos Aires, t. I, núm. 883; *Instituciones*, ed. Buenos Aires, 1959, t. I, p. 22-27; *Rocco*, Tratado, 1ª ed. t. I, p. 110; *Devis Echandía*, Nocio-

De manera que ambos procesos persiguen idéntica finalidad.

Se alega que el proceso penal es necesario y el civil facultativo, pero esto implica olvidar que aquél depende, en ocasiones, de la querrela de parte, y que éste representa una necesidad jurídica en muchos casos (cuando no es posible darle certeza al derecho subjetivo u obtener ciertos efectos constitutivos de una situación jurídica material, sin la sentencia, mediante un proceso, como en los casos de estado civil, de divorcio, de nulidad de matrimonio, etc.).

Se argumenta, que en el proceso civil existen amplios poderes dispositivos, que en el penal no aparecen, pero éste puede terminarse, en algunos casos, por desistimiento del querellante ofendido, y aquél exige, en ocasiones, la autorización del juez para el desistimiento de la demanda (por ejemplo, cuando se trata de disponer de derechos inmobiliarios de menores o de su estado civil y cuando se inicia por el Ministerio Público en defensa de incapaces).

Se observa que el concepto de parte es formal en el proceso penal y material en el proceso civil, pero esto implica confundir las nociones de parte del litigio o de la relación jurídica sustancial, y de parte del proceso civil; ésta es también formal, puesto que mientras no se concurre al proceso, inicialmente o por intervención o citación, no se tiene la calidad de parte aunque se tenga la de sujeto de la relación jurídica material y del litigio. (5).

Se dice que en el proceso civil rige el principio de la igualdad de las partes y nó en el proceso penal, pero lo segundo se basa en la situación que ofrece la etapa del sumario, antes de que el sindicado rinda indagatoria y adquiere la condición de parte, la cual, como observa atinadamente ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, es similar a la del demandado por la vía ejecutiva, cuando se practican embargos y secuestros preventivos; además, no se trata de una verdadera desigualdad de las partes, en la etapa del sumario penal o de las medidas cautelares civiles, sino del aplazamiento de su intervención como parte en el proceso y una vez que el sindicado o el demandado ejecutivamente ingresan a este,

nes generales de derecho procesal civil, Ed. Aguilar, 1966, núm. 132 y Tratado de derecho procesal civil, Edit. Temis, Bogotá, 1961, núm. 44.

(5) *Chiovenda*, Principios de derecho procesal civil, ed. Madrid, 1922, t. II, p. 6; *Goldschmidt*, Derecho procesal civil, ed. Madrid, T. I, p. 149-150 y 211; *Rósemberg*, Tratado de derecho procesal civil, ed. Buenos Aires, t. I, p. 211; *Couture*, Estudios de derecho procesal civil, ed. Buenos Aires, t. III, p. 425; *Jaime Guasp*, Derecho procesal civil, ed. Madrid, 1962, p. 177-178; *Redenti*, Derecho procesal civil, ed. Buenos Aires, t. I, p. 151; *Devis Echandía*, Nociones generales de derecho procesal civil. Edit. Aguilar, Madrid, 1966, núms. 167-168 y Tratado de derecho procesal civil, Edit. Temis, Bogotá, 1962, t. II, núms. 320-321.

ejercitan con toda plenitud su derecho de defensa, amparado aquél, además, en la presunción de inocencia.

Se observa que en el proceso penal juegan intereses éticos, sociales, antropológicos y psicológicos, al paso que en el civil únicamente los jurídicos, pero esto significa olvidar que, en el segundo se resuelven numerosos problemas de orden familiar, de estado civil, de interdicción de incapaces, de nulidad de actos jurídicos por demencia o incapacidad producida por otras causas, y que cuando se valora la confesión o el testimonio de terceros es indispensable considerar las condiciones antropológicas, sociales, éticas y psicológicas del autor de tal declaración.

Se recalca acerca de la etapa instructora del proceso penal, pero, como también lo aclara ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, ha habido procesos penales sin esa previa etapa y civiles con ella (6); además, las medidas preventivas cautelares de algunos procesos civiles, tienen similitud con esa etapa instructora del proceso penal, lo mismo que las diligencias probatorias previas al juicio que se autoriza en algunos países, como Colombia, por ejemplo, las inspecciones judiciales y los testimonios para futura memoria.

Se aduce la distinta iniciativa probatoria, pero bien sabido es que en los procesos civiles modernos, de Europa occidental y oriental, lo mismo que de algunos países de América Latina (como Brasil, Argentina y algunos Estados de México), se otorga al juez civil amplia libertad para ordenar la práctica o recepción oficiosa de pruebas, de manera que el argumento se basa en una concepción del proceso civil, totalmente revaluada (7).

Se recuerda que el juez penal goza de libertad para apreciar el material probatorio, al paso que el civil está sujeto a la tarifa legal, pero se trata del mismo error que anotamos en el punto anterior, porque son pocos los países que no han introducido en el proceso civil aquella libertad del juez para valorar la prueba. (8).

Se argumenta que hay ciertas diferencias en el valor probatorio de la confesión y las presunciones, pero si bien esto es cierto, se trata de cuestiones accesorias, que en nada perjudican la unidad natural del derecho procesal; además, las presunciones no son medios de prueba, sino normas sobre su carga (cuando son legales) o simples argumentos lógi-

(6) *Alcalá-Zamora y Castillo*, monografía citada, p. 17.

(7) Véanse las varias monografías que sobre este tema se presentaron a la "IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal", en Caracas, publicadas en la "Revista Hispano-Americana de Derecho Procesal", Madrid, 1967; también nuestro Tratado de Derecho procesal civil, t. V, Bogotá, 1987, núms. 641-651, y nuestras Nociones generales de Derecho procesal civil, Madrid, 1966, núm. 19).

(8) Véanse las citas anteriores.

cos para la apreciación de los hechos (si son judiciales), y en el derecho contemporáneo existe la firme tendencia a someter la confesión, en el proceso civil, a la libre crítica del juez, con lo cual la diferencia anotada se elimina casi totalmente.

Se dice que existen muchas diferencias de procedimiento, pero estas dependen de la regulación positiva que se dé a los dos procesos y existen también entre los varios civiles o entre los diversos penales, sin que los principios generales que los regulen, su naturaleza, su finalidad y sus instituciones, sean distintas.

Lo mismo cabe decir respecto a la diferencia en la ejecución de las sentencias y en la ejecutabilidad de ciertos títulos de naturaleza civil o comercial; además de que en el proceso penal se incluye la condena del sindicado a pagar los perjuicios recibidos por la víctima del ilícito, cuyo pago puede lograrse mediante la ejecución por la vía civil.

Como puede verse en este breve repaso de las objeciones al concepto unitario del derecho procesal, no hay un solo argumento válido y apenas sirven para poner de presente que existen algunas diferencias entre los procesos civiles y penales, como también entre éstos y los laborales o contencioso administrativos, que exigen explicaciones oportunas de los profesores, sin que esto constituya ninguna dificultad para la enseñanza de la "teoría general del proceso". No se trata de reclamar una identidad total que no puede existir, ni de someter al derecho procesal penal a las pautas del civil, limitándolo a la aplicación servil de los conceptos elaborados para el último sino de reconocer la natural unidad de principios rectores, que emana de la indiscutible unidad de la jurisdicción como derecho y deber del Estado. (9).

Por otra parte, creemos que el derecho procesal penal gana mucho con este curso de "teoría general del proceso", porque sirve para ponerlo a tono con el movimiento científico moderno del derecho procesal, para desligarlo de la tendencia exegética que domina a muchos de sus profesores y para su más adecuada comprensión. La correcta interpretación del procedimiento penal y la solución de muchos de sus problemas, depende, precisamente, del conocimiento que se tenga de las nociones generales de derecho procesal, que en dicho curso se podrán adquirir mejor y más fácilmente. Existe, además, la recomendable tendencia a la adopción de códigos únicos de procedimiento, con una parte general común, como lo explican FAIREN GUILLEN y DE MIGUEL y ALONSO en los trabajos citados.

(9) *Hugo Rocco*, Trattato di diritto processuale civile, 1ª ed. t. I, p. 232 - 233; *Devís Echandía*, Nociones generales de derecho procesal civil, ed. cit., núm. 21 y Tratado de derecho procesal civil, ed. cit., t. I, núm. 62).

6 - La denominación de este curso.

No obstante las varias denominaciones que pueden darse a este curso, cuya escogencia es cuestión accesoria, tales como "Introducción al derecho procesal", adoptada por EDUARDO B. CARLOS (10), "parte general del derecho procesal", utilizada por VICTOR FAIREN GUILLEN (11), y "nociones de derecho procesal", que a nosotros nos parece bastante aceptable, nos inclinamos por la aconsejada por ALCALA-ZAMORA y CASTILLO (12), que tiene su antecedente en el libro que con ese título publicó hace cerca de medio siglo JAMES G. GOLDSCHIDT.

7 - La ubicación del curso de "teoría general del proceso".

En algunas universidades se ha introducido esta materia en los cursos de especialización o de doctorado, pero esto debe aceptarse como una manera de complementar la deficiente enseñanza del derecho procesal durante la licenciatura o la carrera de abogado.

Puesto que se trata de darle al estudiante la base doctrinaria indispensable para el adecuado estudio de las diversas ramas del derecho procesal, consideramos que no es posible dudar de la conveniencia de incluir este curso en el pensum mínimo obligatorio de la carrera, en su segundo o tercer año, después de haberse estudiado la "teoría general del derecho", que le debe servir de forzoso antecedente, como aconsejan ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, TEITELBAUM, VIERA y UNGO (13). Solamente así se obtienen a cabalidad los beneficios de este curso, que dejamos explicados.

Por otra parte, este curso debe ser previo a los varios especiales de derecho procesal civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc, y, con mayor razón, a los seminarios prácticos o cursos de práctica forense y a los llamados consultorios jurídicos populares gratuitos. La razón es obvia, porque la teoría general del proceso suministra las bases para el mejor estudio de aquellas materias y una mejor capacidad para practicarlas.

(10) Carlos, *Introducción al estudio del derecho procesal*, Buenos Aires, 1959.

(11) Fairen Guillen, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en *Revista de Derecho Procesal español*, 1949, p. 247 - 285.

(12) Alcalá-Zamora y Castillo, *Trabajo para la IV Jornada Latinoamericana de derecho procesal*, citado y otros anteriores que allí se mencionan.

(13) Trabajos presentados a la IV Jornada Latinoamericana de derecho procesal, en Caracas, citados.

8 - Intensidad que deben tener los cursos de "teoría general del proceso" y de las diferentes ramas del derecho procesal.

Dada la considerable extensión de la materia que constituye el curso de teoría general del proceso y la conveniencia de dejarles a los estudiantes un concepto claro y completo de los distintos temas, consideramos que se le debe consagrar un año o dos semestres, con una intensidad mínima de tres horas semanales. Así lo aconsejan ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, AGUIRRE, BARRIOS, UNGO, TEITELBAUM (14).

La misma intensidad mínima deben tener los cursos de derecho procesal civil y penal. Los de laboral y contencioso administrativo, pueden darse en un semestre, cada uno.

9 - Conveniencia de un curso separado de "pruebas judiciales".

Los mencionados profesores incluyen la materia de la "prueba judicial", como parte de la "teoría general del proceso". Nosotros consideramos que debe ser objeto de un curso anual separado, tal como se ha venido practicando en Colombia, desde hace cerca de un siglo.

Sin una adecuada preparación en pruebas judiciales, no puede haber jueces buenos ni abogados competentes. La suerte de los procesos, de toda naturaleza, se define, generalmente, por el material probatorio allegado y su correcta apreciación. Saber probar y valorar los medios aportados al proceso, es tan importante como saber demandar o excepcionar. De nada sirve la demanda o la excepción, por hábil y correcta que sea, si no aparece su prueba en el momento de la decisión judicial que debe resolverla. La impunidad de los delitos es, generalmente, el resultado de la mala instrucción probatoria de los sumarios.

Es esta una materia extensa y complicada, que se divide en dos partes: las nociones generales o parte general (noción de prueba judicial, naturaleza, historia, principios generales, objeto, tema, fin, resultado, carga de la prueba, requisitos intrínsecos y extrínsecos, vicios, vigencia de las leyes sobre prueba judicial, valor de los pactos que con ella se relacionen) y el examen de los distintos medios de prueba (declaración de parte, testimonio de terceros, juramento, peritación, inspección judicial, documentos, informes, indicios y, como un complemento, los efectos de las diversas presunciones, que no son un medio de prueba).

La enseñanza de esta materia fundamental, se viene impartiendo

(14) Trabajos citados.

en unas pocas horas y, por consiguiente, de muy deficiente manera, dentro de los cursos de derecho procesal civil y penal, o como parte de la teoría general del proceso. Resultado de esto es una grave impreparación de los abogados y los jueces, que se traduce en impunidad en materias penales y en la pérdida de causas justas en asuntos civiles, laborales, contencioso administrativos y fiscales.

Este curso debe ser posterior al de "teoría general del proceso", pero puede ser simultáneo o posterior a los cursos especiales de derecho procesal. En Colombia se da en el último año de la carrera y con posterioridad a los cursos de derecho procesal.

10 - *Unidad o diversidad de profesores para los varios cursos de derecho procesal.*

Se ha discutido bastante sobre este punto. Algunos profesores, como NICETO ALCALA-ZAMORA y CASTILLO (15), son partidarios de que el mismo profesor enseñe la teoría general y las distintas ramas del derecho procesal y así se ha enseñado en España, desde hace más de un siglo (16), y en México por ALCALA ZAMORA y CASTILLO. Otros se deciden por la diversidad de profesores.

La primera opinión se basa en argumentos poderosos, como la mayor armonía o coordinación en la enseñanza, la menor posibilidad de que queden brechas o vacíos perjudiciales, la eliminación del desconcierto que las opiniones encontradas pueden producirles a los alumnos y, por consiguiente, el darles un criterio más firme y claro y para la interpretación y solución de los múltiples problemas que las distintas clases de procesos presentan.

Creemos que estas ventajas son evidentes y que lo ideal es la unidad en la regencia de las distintas cátedras de derecho procesal, para cada grupo de alumnos, de manera que el mismo profesor les enseñe la teoría general del proceso y el derecho procesal civil, penal, laboral y contencioso administrativo (separando los dos últimos de las materias sustanciales afines; aquéllos en cursos anuales y éstos en cursos semestrales posteriores al de derecho procesal civil). Las pruebas judiciales pueden dictarse por un profesor diferente, si se hace en curso separado.

Sin embargo, la enseñanza del derecho procesal debe comprender simultáneamente, en cuanto sea posible, la teoría y sus aplicaciones prácticas en el ejercicio de la profesión o de la judicatura, y, por lo tanto,

(15) Alcalá-Zamora y Castillo, Trabajo citado.

(16) Carlos de Miguel y Alonso. Notas sobre la unificación de la legislación procesal, cit., ps. 17 - 18.

es conveniente que el profesor haya adquirido una amplia experiencia en la materia que enseña, bien sea como abogado o como juez y que conozca el derecho sustancial a que corresponda.

Lo anterior hace que sea muy difícil encontrar profesores que cumplan este requisito respecto a todas las ramas procesales. Con el agravante de que serán indispensables varios profesores en cada Facultad, si las materias se distribuyen en tres años sucesivos y el número de alumnos lo requiere. Por esta razón práctica, que crece cuando no se dispone de profesores de tiempo completo, creemos que generalmente habrá que recurrir al sistema de los diversos profesores. Ningún problema presentará el destinar el profesor de la "teoría general del proceso", a uno de los cursos especiales de derecho procesal e inclusive al de pruebas judiciales, y diferentes profesores para los demás. Pero es indispensable que se elaboren, con carácter obligatorio, previos programas de todas las materias, y que los varios profesores trabajen en equipo, para tratar de unificar los conceptos en cuanto sea posible y para evitar las repeticiones.

No consideramos importante el posible desacuerdo de opiniones entre los diversos profesores sobre los puntos comunes que necesariamente deben explicar, siempre que se mencionen las varias que existan y se den las razones para adoptar la que personalmente se prefiere. Estos desacuerdos se presentan en la enseñanza de todas las ciencias y la exposición crítica de las varias teorías, sobre cada tema, forma parte de una buena metodología y despierta el criterio crítico de los estudiantes. Pero es muy importante que los profesores expongan su concepto personal, sin pretender imponerlo a los estudiantes, pues, de lo contrario, darían la impresión de una insuficiente preparación y dejarían de prestarles a éstos la colaboración que necesitan.

11 - *Método aconsejable para la enseñanza, en los diversos cursos de derecho procesal.*

Para que la enseñanza del derecho procesal sea eficiente, debe cumplir dos condiciones principales: ser teórica-práctica y ser formativa y no simplemente informativa.

Para que la enseñanza sea teórica y práctica, al mismo tiempo, es indispensable que, cuando se dicte el curso de teoría general del proceso, se siga el criterio expuesto, de explicar las aplicaciones prácticas que los principios y los conceptos generales pueden tener en la legislación y la jurisprudencia nacionales y que cuando se dicten los cursos

especiales posteriores, las indispensables explicaciones sobre los distintos procedimientos y su manejo práctico, los problemas que presenten y las soluciones dadas por la jurisprudencia y la doctrina, se ciñan a un plan de desarrollo lógico del proceso y no al orden numérico de los textos legales, e igualmente que se expongan su contenido jurídico y los conceptos básicos que orientan y fundamentan la respectiva rama procesal (que no hayan sido materia del curso de la teoría general del proceso), es decir, la teoría especial de cada rama, las características de cada tipo de proceso y su teoría particular, las finalidades que se persiguen en sus diferentes etapas y con sus diversas formalidades. Ni el primer curso debe ser exclusivamente teórico, ni los especiales de derecho procesal civil, penal, etc., deben ser únicamente prácticos y muchos menos exégetas. Puede decirse que existe unanimidad de opiniones sobre este doble aspecto (teórico-práctico) de la enseñanza del derecho procesal, como puede verse en los trabajos presentados a la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, que mencionamos antes.

Pero no es suficiente ese carácter teórico-práctico de la enseñanza del derecho procesal. Como ocurre con todas las ciencias, su enseñanza puede ser simplemente informativa, es decir, limitarse a dar a conocer lo que se ha escrito o dicho sobre ellas, o, por el contrario, puede tener un alcance mayor, de verdadera formación del criterio de los estudiantes y de estímulo para su iniciativa de investigación personal. Es indispensable que la enseñanza del derecho procesal cumpla las dos funciones, para que la universidad prepare el camino a los futuros juristas que asuman con éxito sus puestos en la enseñanza, la judicatura, la legislativa y el ejercicio de la profesión de abogados o procuradores.

Este segundo aspecto de la enseñanza de esta materia y de cualquiera otra, se relaciona íntimamente con la segunda función que le corresponde a la Universidad y que examinamos en el primer número de este trabajo. Para que pueda obtenerse tal resultado, es necesario que los profesores expongan, critiquen y enseñen a criticar las diversas opiniones sobre cada punto, que exijan de sus alumnos la lectura de autores y de jurisprudencia, su crítica personal, sus opiniones, bien sea en exposiciones orales durante las clases o en trabajos escritos, no solamente en los llamados seminarios sobre la materia, sino en los mismos cursos ordinarios. El trabajo personal de los alumnos es importantísimo y el contacto intelectual del profesor con ellos debe ser real y recíproco. La llamada "cátedra magistral", de conferencias más o menos brillantes a un auditorio pasivo o simplemente receptivo, está siendo sustituido, con gran éxito, en las universidades y para todas las carreras, por

el de una verdadera cooperación entre profesor y alumnos, basada en la mayor dedicación de aquél a sus funciones y la mayor consagración de éstos al estudio, a la lectura y a la práctica. El monólogo debe ser sustituido por el diálogo permanente.

Es muy importante, como ya lo observamos, que los profesores de las distintas ramas del derecho procesal y de la teoría general del proceso, utilicen siempre un vocabulario jurídico apropiado y que se consiga su unificación, mediante previos acuerdos entre ellos, para no desorientar a los alumnos en su empleo y para que su formación jurídica sea más posible y mejor.

No menos importante es que el profesor adopte siempre una posición definida en las cuestiones que se prestan a discusión, previa la exposición y la crítica de las diversas opiniones, pero sin coartar el criterio de los alumnos, sin imponerles sus puntos de vista para el éxito de los exámenes y las prácticas, sino permitiéndoles que opinen de diversa manera, con la única exigencia de exponer las razones que para ello tengan.

Las conferencias escritas con anticipación o el libro de texto, son útiles y aconsejables, porque permiten al alumno prepararse para la clase y escoger las preguntas o los problemas que debe plantearle al profesor, para despejar sus dudas y completar su ilustración. Pero deben aconsejarse otros textos, para que los estudiantes conozcan una bibliografía mínima, lo mismo que la lectura de las decisiones jurisprudenciales sobre los temas importantes.

12 - *Conveniencia de los seminarios o cursos de práctica forense.*

El aspecto práctico de esta enseñanza debe ser complementado con seminarios o cursos especiales de práctica forense, en los cuales se intensifique el contacto de los estudiantes con la realidad procesal, desde el doble punto de vista del litigante y del juez. Estos seminarios o cursos de práctica procesal deben ser obligatorios para todos los estudiantes y deben comprender, por separado, las distintas ramas, especialmente la civil y la penal.

Un buen método para estos seminarios y cursos prácticos, consiste en formar procesos, dejando que los alumnos desempeñen los cargos de juez y de apoderados del demandante o parte civil, del demandado o sindicado, lo mismo que de fiscales o representantes del ministerio público, de jueces superiores para el conocimiento de las apelaciones e inclusive de los recursos de casación. Es mejor que los casos se seleccio-

nen entre los que hayan cursado o cursen en los juzgados y tribunales, pero pueden ser imaginados por el profesor, siempre que respondan a las características propias de los que ocurren en la realidad.

Estos seminarios deben tener una intensidad mínima de un año o dos semestres, con tres o más horas a la semana, para cada rama (civil y penal) y de un semestre para lo laboral y contencioso administrativo.

También es muy útil poner a los estudiantes en contacto con verdaderos procesos, mediante la visita a los despachos judiciales y la asistencia a las audiencias. La organización de bufetes populares gratuitos, atendidos por los alumnos del último año de la carrera, que hayan aprobado los cursos generales de derecho procesal y sustancial, bajo la dirección de profesores, es otra buena manera de prepararlos para el ejercicio profesional.

PROGRAMA PARA UN CURSO DE "TEORIA GENERAL DEL PROCESO".

- 1) Noción, naturaleza y características del derecho procesal.
- 2) Importancia y razón de ser del derecho procesal.
- 3) Objeto y fin del derecho procesal.
- 4) Definición del derecho procesal.
- 5) Diferencias entre derecho procesal y procedimientos judiciales.
- 6) Unidad del derecho procesal y sus diversas ramas.
- 7) Historia del derecho procesal.
- 8) Principios fundamentales del derecho procesal y de los procedimientos judiciales.
- 9) Fuentes del derecho procesal.
- 10) Naturaleza de las leyes procesales (teoría e importancia práctica de la tesis que se adopte).
- 11) Vigencia de la ley procesal en el tiempo y en el espacio.
- 12) La función judicial (características, importancia, interpretación de la ley procesal).
- 13) La jurisdicción (noción, fin, poderes, clases y unidad).
- 14) La jurisdicción voluntaria (noción y regulación en la ley nacional).
- 15) Diferencias entre función jurisdiccional, función administrativa y función legislativa.
- 16) Organización judicial (principios, estructura, despachos judiciales, funcionarios judiciales y ministerio público, deberes, facultades, funciones no jurisdiccionales, selección y nombramiento,

la carrera judicial, incompatibilidades, garantías contra sus abusos, control o vigilancia, sanciones, ética del juez, responsabilidad penal y civil de los funcionarios judiciales.

- 17) Distribución de la jurisdicción entre los diversos despachos judiciales. La competencia, su noción e importancia práctica, clases, factores, adquisición, suspensión y pérdida, como opera en las distintas jurisdicciones (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.).
- 18) Del proceso (noción, naturaleza o estructura, objeto, fin, funciones, diversas clases en las varias jurisdicciones, situaciones procesales y relación jurídica procesal).
- 19) Los presupuestos procesales y los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y de la sentencia condenatoria o absolutoria (noción, cuáles son, teorías y su importancia práctica).
- 20) Otros medios de composición de los litigios (transacción, arbitramento, conciliación).
- 21) De la acción (concepto, teoría, definición, elementos, la acción en el proceso penal y en el contencioso administrativo, clasificación en las diversas jurisdicciones, importancia práctica de esta noción: su ejercicio por varias personas, la acumulación de acciones y su diferencia con la acumulación de pretensiones, su extinción, su caducidad, sus accidentes, su renuncia, su cesión y su transferencia por causa de muerte).
- 22) El derecho de contradicción (naturaleza, objeto, importancia práctica de esta noción y diversas maneras de ejercitarlo en las distintas jurisdicciones: civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.).
- 23) De la pretensión (noción, naturaleza, elementos, efectos, sujetos, importancia práctica de esta noción, la pretensión en el proceso penal, clases de pretensión en las diversas jurisdicciones).
- 24) La oposición a la pretensión, las defensas del demandado y del sindicado, la objeción y la excepción en el proceso civil, penal, laboral y contencioso administrativo, la importancia práctica de estas nociones, diversas clases de excepciones.
- 25) El interés para obrar o interés en la pretensión o en la causa penal y en la sentencia de fondo (importancia de esta noción, sus aplicaciones prácticas, la sentencia inhibitoria y el rechazo de la demanda en caso de faltar, como se determina en cada clase de proceso y de acción, en las varias jurisdicciones).
- 26) La *legitimatío ad causam* o legitimación en la causa (importan-

cia de la noción o indecisión de la doctrina, diversas teorías, su diferencia con la titularidad del derecho pretendido y con el interés para obrar, efectos de su falta o de aparecer incompleta en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo: rechazo de la demanda y sentencia inhibitoria, su aplicación en el proceso penal, al ministerio público y en las acciones públicas civiles, la sustitución procesal o legitimación extraordinaria, la llamada personería sustantiva de las partes).

- 27) Sujetos de la relación jurídico-procesal (concepto, clases).
- 28) Las partes (noción procesal, teorías, diferencia con partes del litigio y de la relación jurídica-material, distintas clases en los procesos civiles, laborales, contencioso administrativos y penales, los principios de la igualdad en el proceso, de la contradicción o la audiencia bilateral o de "*auditur et altera pars*", su diversa posición en los procesos, sus varias maneras de actuar, modificaciones de las partes durante el proceso y la sucesión procesal, la noción de terceristas, la noción de litisconsorcio y sus distintas clases, efectos procesales del litisconsorcio).
- 29) Los terceros y su intervención en el proceso (noción, sentido procesal y material de tercero, clasificación, fundamento constitucional y doctrinario de su intervención, clases de intervención y sus efectos procesales, en lo civil, laboral, contencioso administrativo y penal, el llamamiento en garantía y la demanda del pleito, *laudatio o nominatio auctoris*, llamamiento del tercero pretendiente, diferencia entre intervención y sucesión de partes, diferencia entre sucesión de partes y sustitución personal).
- 30) Capacidad, representación y postulación para los actos procesales.
- 31) Facultades y deberes de las partes, actividad e inactividad procesal de las partes y noción de carga procesal.
- 32) Teoría de los actos procesales (noción general, el problema de la voluntad en los actos procesales, su interpretación, sus vicios, sus requisitos, la clasificación, importancia y efectos de las formas procesales, el negocio jurídico-procesal, las nociones de acuerdo y de contrato procesales).
- 33) Actos de introducción procesal; la demanda, noción, requisitos, su contestación y sus resultados o efectos, admisión o rechazo, en debida forma y debidamente fundada, demanda de reconvencción; la demanda o querrela en el proceso penal, la iniciativa del ministerio público, la iniciación oficiosa por el juez, la demanda de parte civil.

- 34) De las alegaciones (noción, clases, efectos procesales).
- 35) Actos procesales del juez (providencias de sustanciación, interlocutorias y sentencias, naturaleza de la sentencia, sus vicios, ejecutoria de las providencias y sus efectos en lo civil, penal, laboral y contencioso administrativo, efectos de las sentencias ejecutoriadas, ejecución de las providencias judiciales, cumplimiento de sentencias extranjeras o *execuatur*, la sentencia extranjera como prueba).
- 36) De la congruencia en las providencias del juez.
- 37) De la cosa juzgada (importancia de la medida, doctrinas, su naturaleza y su definición, sus efectos, cosa juzgada material y formal, excepciones y su inmutabilidad, límites objetivo y subjetivo y excepciones a éste, eficacia ante terceros, eficacia en el tiempo y en el espacio, sentencias que no producen cosa juzgada, cómo se interpreta la cosa juzgada, qué providencias contienen cosa juzgada, medios para hacerla efectiva, modificaciones a la cosa juzgada por acuerdo entre las partes, cosa juzgada en sentencias extranjeras, la cosa juzgada en materia penal).
- 38) De la prejudicialidad: influencias recíprocas de los procesos penal y civil, laboral y contencioso administrativo (noción, diversas clases, penal en el proceso civil y viceversa, en otros procesos, suspensión del proceso por existir una prejudicialidad, efectos de la cosa juzgada penal en el proceso civil o de otra naturaleza y viceversa).
- 39) Modos excepcionales de poner término al proceso (arbitramento, transacción, desistimiento, su aplicación al proceso penal, renuncia de derechos procesales antes del juicio, la caducidad, la terminación del proceso civil o laboral por pago).
- 40) Recursos contra las providencias del juez (el derecho de recurrir, quién puede recurrir e interés para ello, oportunidad y preclusión del derecho a recurrir, otros requisitos para recurrir, qué ley regula los recursos, naturaleza de la providencia del juez sujeta a recursos, diversas clases de recursos —sin entrar a detalles de procedimiento que corresponden a los diversos cursos de derecho procesal civil, laboral, penal, etc.).
- 41) De los vicios de los actos procesales y sus remedios (inexistencia, nulidad, anulabilidad y revocación, diferencia entre defectos y vicios de los actos procesales, causas generales de nulidad consagradas en los diversos códigos de procedimiento, nulidades no consagradas en la ley procesal, la nulidad por violación de ga-

rantías constitucionales, por pretermisión de las formas propias del juicio, por seguirse un procedimiento equivocado y por falta de motivaciones en la sentencia, la teoría del antiprocesalismo, hasta cuándo puede alegarse la nulidad, en el mismo proceso, cuándo puede ser alegado en un proceso posterior, efectos o extensión de las nulidades, las sentencias inexistentes y nulas, ratificación o allanamiento de las nulidades y revalidación de lo anulado.

- 42) De las notificaciones y de los actos de comunicación procesal.
- 43) De los términos procesales (noción, efectos sobre la preclusión de oportunidades procesales, días hábiles e inhábiles en los procesos civiles, laborales, contencioso administrativos y penales, la hora en materia procesal).
- 44) (En las facultades que no tengan un curso especial de pruebas judiciales, será necesario incluir en él la teoría general del proceso, la teoría general de la prueba y el estudio de los diversos medios probatorios y de las presunciones; pero consideramos indispensable este curso especial, de un año de duración y tres clases semanales, como afortunadamente se dicta en Colombia, desde hace cerca de un siglo).

EL LITISCONSORCIO +

DRA. BEATRIZ H. QUINTERO

II. - CONCEPTO.

Después de haber intentado la separación del concepto "litisconsorcio", de otros conceptos tangenciales, se hace necesario precisarlo, definirlo. Se formulará una definición con auxilio del género próximo y la diferencia específica, atribuyendo al concepto "litisconsorcio" las determinaciones genéricas de la idea de mayor extensión dentro de la cual se acomoda y agregando a esas determinaciones el elemento diferencial que lo peculiariza y distingue de los demás de su género.

Sabido es que la diferencia específica puede referirse al plano de los géneros, caracterizándolos dentro de otro mayor a cuya extensión pertenece, o puede referirse al plano de las especies, singularizando clases que sólo tienen bajo sí individuos.

Se analizarán entonces los conceptos genéricos y específicos, determinativos del que se quiere definir. Una vez hecho lo cual y aprovechando la doctrina existente se compararán algunas definiciones adoptando de ellas los elementos que se consideren más acertados. Con ayuda de ambos sistemas, se ensayará entonces una definición del concepto, materia de este trabajo.

* Publicamos aquí los numerales II y III de la tesis de grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Dra. Beatriz H. Quintero A., titulada "Monografía de litisconsorcio"

1. - CONCEPTOS GENERICOS.

a. - RELACION JURIDICO PROCESAL.

Una relación jurídico procesal es precisamente el contenido de todo proceso civil. "La relación es el vínculo general que surge al iniciarse el proceso como resultado del ejercicio de la acción y el cumplimiento de los presupuestos procesales, que ata a las partes y al juez mientras el proceso subsista, y de ella emanan derechos, obligaciones, potestados y cargas para aquellas y éste". (1).

Con la doctrina moderna se enfoca el proceso como una relación jurídica, vínculo adjetivo del cual emanan derechos y obligaciones, diversas de las que nacen de las relaciones jurídicas materiales que se discuten en él. La relación jurídica como vínculo que se liga al Juez con las partes y a éstas entre sí. "La relación jurídico procesal es compleja porque de ella emanan múltiples relaciones entre las partes y entre éstas y el Juez, en forma progresiva y no simultánea. Y es una relación de derecho público, unitaria y singular en cuanto existe separadamente en cada proceso de carácter sui generis y de interés público". (2).

b. - SUJETOS DE LA RELACION JURIDICO PROCESAL.

Algunos sostienen que la calidad de tales, corresponde sólo a las partes en el proceso. Según Chiovenda son tres: órgano jurisdiccional de nua parte y cada una de las partes (actor y demandado que pueden constar de varias personas) por la otra. Cuando un tercero interviene en el juicio entra también a ser sujeto de la relación. El Juez es el sujeto principal, como representante del órgano jurisdiccional.

Ugo Rocco, en un título que denomina "partes singulares y pluralidad de partes", dice: "normalmente la relación jurídico procesal consta de un sujeto pasivo (estado) y dos sujetos activos: el actor y el demandado frente a los cuales debe rendirse la prestación jurisdiccional" (1).

c. - LAS PARTES.

Parte de una relación jurídico procesal es quien interviene en el proceso, "sin que importe la situación en que se encuentre, no sólo

(1) Hernando Devis Echandía. "Compendio...". p. 42.

(2) Ibidem.

(3) Ugo Rocco. "Teoría General del Proceso Civil". Edit. Porrúa 1959, p. 374.

respecto del derecho material discutido o por satisfacerse, sino del litigio que sobre ese derecho se haya presentado". (2).

Las partes en el proceso no tienen que coincidir con los términos de la relación jurídico material que se debate en el mismo. Para tener la calidad de parte adjetiva basta demandar aún sin legitimación de causa e interés para obrar, o aparecer como demandado. Ya si se trata de una intervención en proceso que se adelanta, sí se exige a quien pretenda constituirse en parte, que acredite su legitimación en la causa, acorde con la relación sustancial. "Creemos con Chiovenda", dice Devis Echandía, "que es parte en el proceso quien demanda en nombre propio o en cuyo nombres se demanda, sea en interés personal o de otro". (3).

Puede alguien ser parte en una relación procesal, sin siquiera hacerse presente al juicio, porque otro lo haga por él, o haya sido citado legalmente, o llegue a ser cesionario o causahabiente de una parte y quede entonces vinculado por la actuación de la misma.

d. - PARTES PLURALES.

Una clasificación doctrinaria de las partes puede ser la siguiente:
partes originales e intervinientes;
principales y secundarias;
permanentes y transitorias o incidentales;
necesarias y voluntarias;
forzadas y espontáneas;
simples y múltiples o plurales;
con interés propio o sin él.

La modalidad de la relación jurídico procesal que exhibe en su aspecto subjetivo, una pluralidad de partes, con el carácter de parte principal, es el concepto genérico (género próximo) para la definición que habrá de adoptarse en este estudio.

2. - CONCEPTO ESPECIFICO.

El concepto específico que se agrega como diferencia al género próximo "pluralidad de partes" para definir el litisconsorcio, es precisamente el consorcio.

Asociación, unión de suertes comunes, es el significado usual de

(2) Hernando Devis Echandía. "Compendio...". p. 241.

(3) Hernando Devis Echndía. "Compendio...". p. 242.

la palabra consorcio. Viene de sors: suertes, comunidad de suertes y por lo mismo de comportamiento procesal de varias partes.

El consorcio es pues un acuerdo de voluntades que emana naturalmente del interés común existente entre los varios sujetos que revisten la calidad de parte. Y es la comunidad de pretensiones la que precisamente da origen a la igualdad procesal.

Este elemento es esencial a la modalidad del litisconsorcio. Algunos autores prescinden de él, como ya se anotó, en su definición: Hernando Morales, Alvaro Leal Morales, José Chioventa y Eduardo Pallares, entre otros.

"Si en un juicio con pluralidad de partes cada una asume una línea de conducta autónoma no habrá litisconsorcio: siendo así que puede ocurrir que en un juicio con pluralidad de partes cada una de ellas asuma una propia línea de conducta autónoma como ocurrirá por ejemplo en los juicios divisionales y como quiera que sea, mientras que la necesidad se refiere a la participación de todas ellas, el consociarse algunos contra otras puede ser un accidente variable" (1).

Devis Echandía expresa con claridad que es preciso distinguir la noción de litisconsorcio de la simple pluralidad de partes en el proceso: en el litisconsorcio existe pluralidad de sujetos integrantes de una parte, partes plurales, pero no siempre que existan varios sujetos pretendientes y opositores se está frente a un litisconsorcio.

Casos de partes plurales en las cuales no hay litisconsorcio, son los procesos contenciosos o voluntarios, cuando intervienen terceros principales autónomos o terceros accesorios cuya posición de parte secundaria tampoco permite el litisconsorcio.

Calcándola de Devis Echandía, se trae una clasificación gradual de la relación existente entre los sujetos del proceso, en las distintas modalidades del mismo, cuando exhibe partes plurales, o una parte plural, frente al proceso simple:

1. - Entre demandante y demandado, existe una relación de oposición y contradicción.

2. - Relación de absoluta independencia existe entre varias personas con situación jurídica propia, como ocurre entre las partes y el interviniente principal autónomo, que alega pretensión oponible a la de ambas partes.

3. - Relación de subordinación o desigualdad procesal existe entre la parte demandante o demandada y el tercero accesorio, coadyuvante.

4. - Relación de igualdad procesal y coordinación de pretensio-

(1) Enrico Redenti. P. cit. p. 235, 236.

nes e intereses entre los varios demandados o demandantes, existe entre los litisconsortes iniciales y entre el demandante y el demandado y el interviniente principal con pretensión propia pero común con la de alguna de las partes. (1).

En el único caso en el cual puede hablarse propiamente de litisconsorcio es en el caso cuarto.

3. - ANALISIS COMPARATIVO DE ALGUNAS DEFINICIONES DE LA DOCTRINA.

Se cita de nuevo la definición de Eduardo Pallares con el fin de formularle algunas críticas: "Litisconsorcio en general es una de las modalidades del proceso que consiste en la pluralidad de actores o demandados...". (2).

Como puede verse, Pallares prescinde del elemento "consorcio" en su definición y se limita a definir por el solo género, dando lugar a las confusiones específicas.

Alvaro Leal Morales: "El litisconsorcio radica en el hecho de que cualquiera de las partes o ambas están constituídas por dos o más sujetos de derecho... sólo se trata de enunciar las circunstancias de que dos o más sujetos concurren a la formación de la misma parte, sin que entre ellos exista propiamente, como lo previene Chioventa, un consorcio". (1).

Aparte de la crítica ya formulada a la definición de Eduardo Pallares, cabe hacer otra: con el sentido que se dio al término "parte" formal, los litisconsortes en realidad integran una parte, sólo por el elemento diferencial que el autor excluye expresamente, pero son del todo autónomos, y cada uno tiene la calidad de parte principal.

Antonio J. Pardo: "Se llama litisconsorcio la presencia de varias personas en el juicio en la misma posición de actores, de demandados, o de demandantes y demandados". (2).

Tampoco es exacta esta definición por cuanto daría cabida a otras modalidades genéricas que no son litisconsorciales, como lo es la intervención accesorio.

Goldschmidt: "En la posición de partes demandantes o deman-

(1) Hernando Devis Echandía. "D. P. C.". T. II, p. 410.

(2) Eduardo Pallares. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Cuarta edición. 1963. p. 502.

(1) Alvaro Leal Morales. "Teoría del Proceso Civil". 1959. T. I. p. 151.

(2) Antonio J. Pardo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Segunda edición. 1967. T. I. p. 259.

dadas puede haber varias personas. Se dice entonces que son litisconsortes". (3).

Acorde su definición con su posición general frente al proceso, al cual niega el carácter de relación jurídica expresando que éste sólo configura una situación jurídica. No es que el acto procesal realizado por el litisconsorte se considere como relación jurídica, no. Es sólo que el acto procesal realizado por el litisconsorte se desenvuelve dentro de un proceso que es él mismo, una relación jurídica con características específicas, y que por lo mismo engendra derechos y obligaciones peculiares. No es pues una mera situación, un mero estado, pero es también eso.

Manuel De la Plaza: "La pluralidad de partes en el proceso, origen de los problemas denominados litisconsorciales, puede provenir de que varios demandantes litiguen con un solo demandado (litisconsorcio activo) o de que un solo demandante dirija su acción contra varios demandados (litisconsorcio pasivo) o que sean más de una las personas que en una misma litis sean demandantes y demandadas". (1).

Más que una definición, ésta es una descripción de la modalidad litisconsorcial. Por lo demás, agota su definición en el aspecto genérico prescindiendo de un elemento esencial, que por lo mismo que es esencial, debe enunciarse al definir la figura.

Hugo Rocco: "...normalmente la relación jurídico-procesal consta de un sujeto pasivo (estado) y dos sujetos activos: el actor y el demandado frente a los cuales debe rendirse la prestación jurisdiccional. Pero a veces la relación jurídico-procesal se presenta desde el punto de vista activo, o sea del actor o del demandado, con varios sujetos. Se habla entonces de una relación procesal con pluralidad de partes, y cuando este fenómeno ocurre, se origina una institución procesal especial que llama litisconsorcio". (2).

Este autor también prescinde del elemento específico en su definición.

Hugo Alsina: "En el caso de que varias personas actúen en la posición de actores o que el actor litigue frente a consortes demandados, los que ocupan una misma posición en el proceso se encuentran en estado de litisconsorcio".

La definición deja entrever la influencia de la teoría de Goldschmidt sobre el proceso-situación y no relación jurídica. Por lo

(3) James Goldschmidt. "Derecho Procesal Civil". Editorial Labor 1963. p. 437.

(1) Manuel De la Plaza. "Derecho Procesal Civil Español". Vol. I. p. 293.

(2) Ugo Rocco. Ob. cit. p. 374.

demás incluye todos los elementos de la definición: la posición de los varios actores o demandados, debe ser parte principal y debe ser la misma, la cual sólo es posible si el interés es concordante.

4. - DEFINICION QUE SE FORMULA.

Indudablemente el problema litisconsorcial debe ubicarse en la parte de la teoría del proceso que trata de los sujetos de la relación jurídico-procesal. Y dentro de los sujetos, compete específicamente a las partes, en su modalidad, no de partes singulares sino de partes plurales. Partes plurales, con situación autónoma y concordante dada la naturaleza del interés que legitima para la actuación procesal.

De lo expuesto se deduce entonces que el litisconsorcio es una modalidad de la relación jurídico procesal que se presenta cuando en ella, los sujetos, y concretamente las partes, son plurales, pero en forma tal que todas se encuentren en igual plano o condición de principales, por cuanto persiguen un derecho del cual tienen titularidad independiente; partes que además concuerdan en la voluntad y en la pretensión y por lo mismo en la suerte y en el comportamiento procesal.

III. - CLASIFICACION.

Según los criterios: tiempo de formación del litisconsorcio, posición de las partes litisconsortes en la relación jurídico-procesal, conexión entre las pretensiones, posibilidad o necesidad de su constitución, mayor o menor comunidad de intereses, el litisconsorcio puede clasificarse de la siguiente manera:

1. Litisconsorcio originario o sucesivo.
2. Unilateral o bilateral.
3. Necesario o facultativo.
4. Propio o impropio.
5. Simple o recíproco.

1. - TIEMPO DE FORMACION DEL LITISCONSORCIO.

Dice relación al momento de su formación en el proceso. Al momento en el cual se verifica el fenómeno de la existencia de pluralidad de sujetos en uno de los términos de la relación formal. Según ese momento el litisconsorcio puede ser originario o sucesivo.

Carnelutti predica esta clasificación del instituto global, "proceso acumulativo": "La acumulación es originaria si desde el princi-

pio se propone al Juez la composición de varias litis. Es en cambio, sucesiva, si el proceso sólo se convierte en acumulativo más tarde.

“La acumulación sucesiva puede ser por inserción o por reunión. Por inserción si una litis es introducida *ex novo* al proceso pendiente, para la composición de otra.

“Por reunión, si los procesos ya pendientes para la composición de cada litis se funden en uno solo (1).

El litisconsorcio originario se llama también litisconsorcio inicial. Se tiene cuando varias partes instauran simultáneamente proceso o cuando entre varias partes se instaura la litis en el momento mismo en el cual se constituye la relación procesal mediante la notificación de la demanda. (1).

Sucesivo es el litisconsorcio que se forma con posterioridad a la instauración del proceso y a la notificación de la demanda judicial: en el curso del proceso se agregan otros sujetos a los originarios en el juicio. La agregación puede ocurrir por la unión de varios juicios que tengan elementos comunes, o a través de la intervención principal.

Es más frecuente el litisconsorcio inicial que el sucesivo. A veces la ley exige para la válida tramitación del juicio, la citación de otra person que tenga intereses comunes con alguna de las partes y se establece entonces un litisconsorcio. También a veces varias personas concurren como intervinientes principales, luego de iniciado el juicio, integrando un litisconsorcio.

Pardo anota que el litisconsorcio sucesivo puede presentarse en los siguientes casos: 1 - cuando hay litis denunciación, es decir, cuando el demandante denuncia a un tercero el pleito que ha iniciado o dicha denuncia se verifica por el demandado en la acción que contra éste se promovió. 2. en la intervención adhesiva de un tercero (ya se vio cuan contradictoria es esta afirmación). 3. - en la acumulación de autos 4. - cuando la ley dispone la citación de terceros al pleito. 5. - cuando fallece alguna de las partes y entran sus causahabientes a título universal a representar al litigante muerto. 6. - cuando el demandante cede el derecho a varias personas, quienes sustituyen al cedente en el litigio. (2).

Puede decirse en síntesis que la formación del litisconsorcio durante el proceso puede ocurrir:

1. Por la intervención principal voluntaria o forzada de terceros.
2. Por la unión de varios pleitos pendientes.

(1) Francesco Carnelutti. Ob. cit. p. 338.

(1) Ugo Rocco. Ob. cit. 37.

(2) Pardo Antonio J. Ob. cit. T. I. p. 259.

3. Por la sucesión de una parte plural a otra singular.

4. Por la denuncia del pleito.

Es de anotar además que tanto el litisconsorcio originario como el sucesivo pueden presentarse, ora en el proceso de conocimiento, ora en el proceso ejecutivo.

2. - LITISCONSORCIO BILATERAL Y UNILATERAL.

Según la posición que asuman los sujetos litisconsortes en la relación jurídico-procesal, el litisconsorcio se divide en bilateral o unilateral. Es una clasificación que se hace atendiendo a la parte que aparezca como litisconsorcional en el proceso individual. Si la litisconsorcionalidad se refiere tanto a la parte actora como demandada, el litisconsorcio es bilateral y se denomina también mixto. En caso contrario es unilateral, activo o pasivo, según que sean litisconsortes los actores o los demandados.

Ugo Rocco manifiesta que la expresión “litisconsorcio pasivo”, no es rigurosamente exacta, porque también los demandados, son titulares del derecho de contradicción en juicio y por lo mismo pueden pretender la prestación jurisdiccional, como sujetos activos ellos mismos, de la relación jurídico-procesal, frente al Estado, quien tiene la obligación de desplegar la actividad jurisdiccional. Los demandados tienen pues pretensión para obtener la prestación de esa actividad. (1).

3. - FACTOR CONEXION.

Según que la conexión existente entre las posibles pretensiones principales de cada litisconsorte, sea verdaderamente tal, o no, se distingue el litisconsorcio propio del impropio. En el propio se tiene un litisconsorcio determinado por una relación de verdadera conexión. En el segundo se tiene un litisconsorcio determinado por un vínculo de conexión impropia o de mera afinidad.

4. - LITISCONSORCIO NECESARIO Y VOLUNTARIO.

“En relación con el modo como el litisconsorcio se verifica podrá decirse que puede surgir de la voluntad de las partes o bien de una razón de imprescindible necesidad, determinada por la esencia y naturaleza de la relación material que se discute. Desde este pun-

(1) Ugo Rocco. Ob. cit. p. 376.

to de vista el litisconsorcio se distingue en facultativo, necesario y obligatorio. (1).

Carnelutti expresa que el proceso acumulativo necesario se tiene cuando una litis no puede ser decidida ella sola en el proceso. Y que el proceso acumulativo facultativo existe cuando las varias litis pueden ser resueltas tanto en un proceso único como en procesos separados. En la acumulación facultativa distingue la acumulación facultativa por acuerdo, que depende del acuerdo de las partes; y la acumulación facultativa con instancia de parte que depende de la voluntad de una de las partes. (2).

Las clasificaciones que se han agrupado en los números 3 y 4, y que Ugo Rocco presenta como independientes, son presentadas por otros autores como una clasificación única. Es que en atención a la obligatoriedad de la constitución del litisconsorcio, o a su simple facultatividad se habla de litisconsorcio necesario u obligatorio, y de litisconsorcio voluntario, facultativo o útil, que a su vez se subdivide, pero sólo el voluntario, en razón del elemento conexión, en propio e impropio.

Incurriendo en confusión, por cuanto el litisconsorcio propio no siempre implica unidad o comunidad de relación jurídica sustancial, ni en ello consiste el elemento conexión, Antonio J. Pardo manifiesta: "El litisconsorcio puede ser: propio o simple, impropio, y necesario. Se presenta el primero cuando la relación jurídica sustancial deducida en el juicio es común a varias personas, ya en derecho, ora en la obligación, o en otros términos, cuando existe conexidad jurídica en las acciones ejercitadas en la demanda o el factor de un interés común de parte de los titulares del derecho". (1).

La conexión jurídica existente entre la litis, existe en tal forma en el litisconsorcio voluntario que cada una de ellas podría seguirse en proceso separado, sin que el fallo que se pronunciara en un juicio generara la excepción de cosa juzgada en el otro.

En el litisconsorcio voluntario impropio no existe conexión entre las litis, sino sólo cierta afinidad: un elemento de analogía viene a dar unidad formal a las cuestiones de hecho o de derecho que las fundamenta.

(1) Ugo Rocco. Ob. cit. p. 376.

(2) Francesco Carnelutti. "Instituciones..." p. 338.

(1) Antonio J. Pardo. Ob. cit. T. I. p. 257.

En el litisconsorcio necesario, la conexión es tal que la acción tiene que ejercitarse por varios actores o frente a varios demandados: no podría ser acogida en sentencia sin tal requisito, por cuanto faltaría el elemento denominado legitimación en la causa y sólo habría lugar a fallo inhibitorio.

5. - LITISCONSORCIO RECIPROCO.

En él existen tantos litigios como quejas de partes: todos los sujetos del proceso se encuentran entre sí en litigio. Devis Echandía cita como ejemplo de esta especie de litisconsorcio el caso en el cual, el acreedor demandaría al fiador. El fiador llamaría en garantía al deudor valiéndose del beneficio de excusión. También se presentaría este litisconsorcio, cuando reivindicándose una finca el demandado denuncia el pleito a su vendedor. En ambos casos los intereses de todos los sujetos son distintos y opuestos y por lo tanto existen litigios recíprocos entre ellos, pero existe también litisconsorcio en la parte plural, en cuanto tienen el interés común del ataque o de la defensa frente a la contraparte. El demandado y el denunciado, frente al demandante tienen un interés común que consiste en oponerse a sus pretensiones. El fiador y el deudor en cuanto tengan excepciones contra la validez, existencia o condiciones del crédito pretendido por el demandante. (1).

La importancia de la clasificación del litisconsorcio en necesario o voluntario y de éste en propio o impropio, hace que se dedique al punto, en este trabajo, un capítulo especial.

El siguiente es un sinóptico que proporciona una visión de conjunto:

El litisconsorcio según

1. El tiempo de formación puede ser:
 - a. originario o inicial.
 - b. sucesivo: A. por inserción. B. por reunión.
2. Posición de los sujetos:
 - a. Bilateral o mixto.
 - b. Unilateral: A. Activo. B. Pasivo.
3. Obligatoriedad:
 - a. Necesario.
 - b. Voluntario, que según conexión: A. Propio. B. Impropio.
4. Concordancia del interés:
 - a. simple, recíproco.

(1) Hernando Devis Echandía. "D. P. C. T. II. p. 432.

Se puede afirmar que la modalidad de la relación jurídica-procesal que se denomina "Litisconsorcio necesario" debe darse cuando se decide en el proceso sobre una relación jurídica sustancial no susceptible de fraccionarse o calificarse sólo con respecto a alguno de sus sujetos, porque la decisión comprendería y obligaría a todos, y por eso es necesaria en el proceso, la presencia de todos los sujetos vinculados a esa relación para completar también la relación jurídico procesal y hacer así posible la recisión en la sentencia, sobre el fondo de la pretensión.

Según Manuel De la Plaza, hay litisconsorcio necesario siempre que la naturaleza de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa, exija que los litigantes estén unidos de tal modo que a todos afecte la resolución que en él pueda dictarse. (2).

Dice Ugo Rocco que los casos de litisconsorcio necesario normalmente los establece la ley en forma expresa, pero que eventualmente puede haber casos en que no habiéndose establecido por la ley la necesidad del litisconsorcio, tal necesidad aparezca evidente. Como ejemplos típicos de litisconsorcio necesario, cita Ugo Rocco, los mismos, en esencia, que ya se reportaron como citados por Redenti: acciones tendientes a la disolución de la comunidad, acciones de desconocimiento de la paternidad.... (1).

En cambio algunos autores como James Goldschmidt niegan la remisión lógica de la ley procesal a la ley sustancial en el aspecto del litisconsorcio necesario, sosteniendo que el litisconsorcio sólo es necesario cuando la norma procesal así lo establezca. Que cuando ella nada diga sobre el particular, no puede hablarse de una supuesta necesidad del litisconsorcio con el solo fundamento de una relación material.

Que la actuación conjunta de los sujetos si ella es inicial, siempre depende de la voluntad del demandante ya que él es quien dirige su demanda contra una pluralidad de demandados. "El demandado y el Tribunal carecen en absoluto de medios para obtener en un proceso la unión de varios acreedores o deudores, como regla general, salvo excepciones expresas. Tampoco puede el demandante obligar a otros acreedores a que se constituyan partes en unión con él. La excepción parece ser la institución de la adcitación". (2).

Explica el mismo autor que lo que ocurre es que cuando existen situaciones procesales iguales de los litisconsortes, "como consecuen-

cia del llamado por una inexacta *denominatio a potiori*, litisconsorcio necesario", se aplican principios diferentes a los generales.

Y analiza esa igualdad de situaciones procesales como meramente consistente en que los diferentes litisconsortes, dada la relación jurídica en que se interesan, han de obtener, por precepto legal de naturaleza adjetiva, una misma sentencia.

Pero es solamente el precepto legal adjetivo que obliga a una misma sentencia, el que crea, por así decirlo, la igualdad de situaciones, sin que ante un silencio de la ley adjetiva, pueda hablarse de situaciones procesales idénticas con base en norma sustantiva.

Tal vez influenciada por Goldschmidt, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, sentó la siguiente doctrina "existe litisconsorcio necesario cuando hay imposibilidad jurídica de sentenciar por separado, respecto de varias personas, sobre una relación jurídica en la que están interesadas todas ellas. En este caso, la sentencia pronunciada, respecto de una sola persona, no tiene por sí misma ningún valor, ni puede resolver legalmente la litis. Según la expresión clásica es inutiliter datur". (1).

Se habló de una posible influencia sobre la Corte por cuanto en realidad, no es que exista litisconsorcio necesario porque no pueda dictarse sentencia sin la presencia de todos los litisconsortes, sino que ocurre precisamente todo lo contrario: no procede sentencia de fondo en tal circunstancia porque existe un litisconsorcio necesario.

Manuel De la Plaza indica dos requisitos para la existencia del litisconsorcio necesario: "La relación litisconsorcio puede ser obra de una determinación de voluntad guiada exclusivamente por razones de economía procesal (litisconsorcio voluntario) o venir impuesta de la índole de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa y por la necesidad de que la resolución deducida afecte a todos los interesados en la cuestión. (litisconsorcio necesario)". (2).

Los requisitos son entonces dos:

1. - La índole de la relación jurídico-material que se pretende actualizar en el proceso, es tal, que impone la unión procesal.

2. - Sin dicha unión es imposible dictar sentencia.

Pero en realidad, el segundo presupuesto se deriva y se reduce al primero, por cuanto la imposibilidad de dictar sentencia emana de la naturaleza de la relación sustancial, que es materia del proceso.

(1) Gaceta Judicial. T. LXXIX. p. 157.

(2) Manuel de La Plaza. Ob. cit. p. 293.

(2) Manuel De la Plaza. Ob. cit. p. 295.

(1) Ugo Rocco. Ob. cit. p. 377.

(2) James Goldschmidt. Ob. cit. p. 437.

Casi puede decirse que es acorde la doctrina en otorgar preponderancia a la naturaleza de la norma sustantiva como criterio determinativo de la necesidad liticonsorcial, sobre la misma ley procedimental. La ley procesal, como ley que es, puede crear una relación de liticonsorcio necesario aún sin base en una relación material de índole única e indivisible; pero ante su silencio, la relación jurídico-material de tal naturaleza impone la relación procesal en su modalidad de liticonsorcio.

Es política legislativa sobre la materia, la de no enumerar taxativamente en la norma procesal, al menos en la parte genérica del código los casos de liticonsorcio necesario, sino la de limitarse a establecer en forma general, la incidencia de la naturaleza sui generis, de la cuestión de derecho sustancial que se ventila. Ya en la parte especial, si la naturaleza sustantiva de la norma así lo exige, se señalará como requisito el liticonsorcio, para la procedencia de la acción.

Así ocurre por ejemplo en el código de Procedimiento Civil Italiano, el cual en su artículo 102 regula el liticonsorcio necesario en los siguientes términos:

Art. 102. - "Si la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes, éstas deben accionar o ser demandadas en el mismo proceso.

"Si éste es promovido por algunas o contra algunas de ellas solamente, el Juez ordenará la integración del contradictorio en un término perentorio establecido por él".

Y es precisamente cuando la naturaleza de la relación jurídico-sustancial es única e indivisible, cuando los varios sujetos que son titulares de ella, no pueden demandar ni ser demandados separadamente sino que es necesaria su unión también en la relación procesal para que todas las relaciones jurídicas generadas en la misma relación individual sean ventiladas en un mismo proceso y solucionadas en una misma sentencia.

B. - LITISCONSORCIO CUASINECESARIO.

Es Enrico Redenti quien habla expresamente de un liticonsorcio que denomina cuasinecesario: "varios administradores, síndicos o socios (ausentes o en desacuerdo) piden la anulación de una deliberación asamblearia que dicen contraria a la ley o al acto constitutivo. Aquí la providencia constitutiva que todos piden, es una, única, siempre la misma, sean cuantos fueren los que la piden. Aquí serían hasta prácticamente incompatibles dos pronunciamientos de los cua-

les el uno anúlase y el otro proclamara válida la deliberación. Esto determina un régimen procesal particular, distinto de los casos anteriores y que llamaremos de liticonsorcio cuasinecesario. No es propiamente necesario, porque cada uno de los administradores, síndicos o socios, ausentes o en desacuerdo, es libre para accionar o no accionar. No son en este sentido, necesarios contradictorios en la acción de acumulación. Pero si accionan varios la ley toma particulares cautelas para que las acciones sean reunidas en el mismo proceso. Y desde ese momento el régimen del proceso es íntimamente análogo al del proceso único con pluralidad de partes". (1).

Carnelutti distingue dos casos de necesidad en el proceso acumulativo. De la manera como él los enuncia puede decirse que entre ambos existe una gradación de intensidad.

En el primer caso, la relación existente entre las litis es tal que la una no puede existir sin la otra. Por ello, su decisión conjunta se impone. Esta figura se encuentra en estrecha relación con la del "status", de tal manera que cuando en una litis se deduce una relación jurídica comprendida en un status, se verifica el liticonsorcio necesario. (1).

Pero puede también suceder, expresa el mismo autor, que aún sin una relación de dependencia necesaria entre las varias litis o los varios negocios, en virtud de la cual el uno no puede existir sin el otro, haya entre ellos tal conexión que sea oportuna su acumulación en el proceso. También en tal caso debe hablarse de acumulación necesaria.

Con un criterio un tanto amplio, puede considerarse que el art. 107 del código de Procedimiento Civil Italiano, consagra el cuasinecesario liticonsorcio: "El Juez cuando considere oportuno que el proceso se desarrolle frente a un tercero al cual es común la causa, ordena su intervención".

Esa idea de comunidad de la litis a un tercero sugiere la idea de la conexión de la litis del tercero, con la litis que se deduce en el proceso. Esa conexión es ante todo subjetiva: el adversario del tercero en su litis debe ser uno de los de la otra litis. Debe existir además una comunidad, algo que sirva al mismo tiempo para la composición de las litis conexas. Es preciso además que de la circunstancias como se presenta la doble conexión se deduzca la oportunidad de que las litis no sean decididas separadamente, por el peligro de que la

(1) Enrico Redenti. Ob. cit. p. 313-314.

(1) Francesco Carnelutti. Ob. cit. T. I. I. p. 393.

no participación del tercero en el juicio ocasione un defecto de información del Juez. (1).

José Chiovenda establece dentro del litisconsorcio necesario una distinción temporal. Según él, el litisconsorcio necesario puede serlo en dos momentos diferentes:

1. - La necesidad se refiere a la proposición misma de la demanda.

2. - La necesidad se refiere a la decisión y tramitación del proceso.

1. - En este primer caso el litisconsorcio es necesario desde el origen mismo del proceso: hay demandas que sólo pueden proponerse al mismo tiempo por varios o contra varios, so pena de que la sentencia deba declararla inoponible.

Ejemplos citados por Chiovenda son los siguientes: la acción dirigida a impugnar la paternidad será propuesta contra el hijo y la madre. La acción para la división judicial se propone en contradictorio de los coherederos.

Nótese como estos ejemplos coinciden con los citados por Carnelutti como del primer caso de necesidad del litisconsorcio. Y con los citados por Redenti, como de verdadero litisconsorcio necesario, frente al cuasinecesario.

2. - La necesidad del litisconsorcio se refiere en este caso a la tramitación y a la decisión. Hay demandas que pueden ser propuestas por uno solo de los varios que tendrían derecho a proponerla. Pero si de hecho los demás las proponen, las diversas demandas deben sufrir el mismo trámite y recibir decisión uniforme.

Chiovenda cita los siguientes casos de litisconsorcio necesario en este segundo momento: cuando un derecho de impugnación corresponde a varias personas, cada una puede obrar por cuenta propia, por ejemplo, cada socio puede reclamar contra el balance de la sociedad; pero si obran varios, el juicio es necesariamente único. Esto ocurre más generalmente cuando varios tienen interés en pedir al mismo tiempo al Juez una resolución que no puede ser sino única, como si varios acreedores obran ejecutivamente sobre los mismos bienes del deudor.

(1) Francesco Carnelutti. Ob. cit. T. I. p. 393.

Se presenta este caso de litisconsorcio necesario sólo en el segundo momento, también cuando varios tienen interés en pedir una misma sentencia constitutiva modificadora de acto o del estado jurídico de uno solo. No es necesario que todos los interesados obran, pero si obran, el proceso debe ser único y única la sentencia.

Para Chiovenda, el caso más frecuente es el de los derechos de impugnación que puedan corresponder a varios contra un solo acto (varios ciudadanos integrados en impugnar un acto administrativo. Varios socios para la deliberación de la asamblea. Varios electores impugnando la inscripción de Ticio en las listas electorales. (1).

Entre los autores nacionales no se menciona expresamente el litisconsorcio cuasinecesario. Alguna alusión tácita se descubre en la obra del profesor Antonio J. Pardo, quien también habla de que el litisconsorcio necesario pueda presentarse en el mismo momento de la proposición de la demanda, o en el curso del juicio. Y como ejemplos de uno y otro trae los mismos, que reportan los autores ya citados.

C. - RAZON DE SER DE LA NECESIDAD DEL LITISCONSORCIO

Se trata de responder a un interrogante ya planteado en los dos capítulos anteriores: por qué y en cuál grado es necesario el litisconsorcio.

Cuando la ley procesal establece como necesario un litisconsorcio, no cabe disquisición alguna: el litisconsorcio es entonces necesario porque la ley lo hace tal, y lo es, en el grado en el cual lo establezca. Podría inclusive la ley consagrar como necesario un litisconsorcio que por naturaleza fuese voluntario y el litisconsorcio sería entonces necesario.

Pero ante el silencio de la ley procesal, ¿cuál es la naturaleza específica de la relación sustancial, que exige para su solución, cuando a conflicto dá lugar, una relación procesal de índole litisconsorcial?

El capítulo anterior se consagró íntegro a cuatro doctrinantes, cuyas opiniones sobre el particular fueron expuestas fielmente. A estos conceptos se añade en éste, el de Eduardo Pallares y se entra luego a hacer un análisis en busca de mayor claridad.

(1) José Chiovenda. Ob. cit. p. 681.

Dice Eduardo Pallares que el litisconsorcio es necesario siempre "cuando se ejercitan acciones constitutivas que tengan por objeto constituir un nuevo *estado de derecho*, (la subraya no es del texto), que sólo puede existir legalmente con relación a diversas personas; en las acciones *comuni dividundo, finium regundorum* y *familiae erciscundas*; cuando se demanda la liquidación de una sociedad, la rectificación de un acta del estado civil, la nulidad de los acuerdos tomados por varias personas y en general. cuando se ejercita el *derecho potestativo* de producir un efecto único respecto de varias personas". (1).

Como se ve, Pallares involucra la idea que los autores mencionados en el capítulo anterior, habían escindido. Idea que puede a su vez descomponerse así:

1. - El ejercicio de acciones constitutivas que tengan por objeto constituir un nuevo *estado de derecho* que sólo puede existir legalmente con relación a diversas personas. En este concepto caben las citadas acciones de *comuni dividundo, finium regundorum* y *familiae erciscundae*.

2. - En general el ejercicio de un *derecho potestativo* de producir un efecto único respecto de varias personas: se demanda la liquidación de una sociedad, la nulidad de los acuerdos tomados por varias personas.

(1) Eduardo Pallarés. Ob. cit. p. 340.

LA SOCIEDAD ALEMANA CONTEMPORANEA

DR. LITTO RIOS BUITRAGO

Sumario:

- I Existe un Problema Alemán?
 - 1.1 Versiones del Problema Alemán
(Die deutsche Frage).
- II Hacia la Revolución Nacional-socialista.
- III Análisis sistemático del contexto pre-revolucionario.
- IV La Revolución Nacional-socialista.
- V La Superación del Pasado
Die Bewältigung der Vergangenheit.
 - V.1 El sendero político-social de la República Democrática Alemana.
(Die so gennante DDR).
 - V.2 El sendero Político-social de la República Federal Alemana.

I. EXISTE UN PROBLEMA ALEMAN?

Dass es eine "deutsche" Frage gibt, wissen Menschen in aller Welt; nur in Deutschland selbst meinen viele, die einzige deutsche Frage von Belang sei die, wie man möglichst rasch das "dreigeteilte" Land wieder zusammenflicken könne. So wird die "deutsche Frage" beinahe unvermerkt zu einer Frage der Deutschen an die anderen, und manches gerät in möglicherweise willkommene Vergessenheit:

dass es zum Beispiel eine Frage der anderen an die Deutschen gibt, vor allem aber, dass es einem Volk nicht übel ansteht, auch Fragen an sich selbst zu richten. (Dahrendorf) (1).

Versiones del problema alemán

Existe una serie de versiones del problema alemán formuladas muy precisamente desde 1886, cuando Constantin Frantz escribía, por ejemplo: "Die Deutsche Frage ist das dunkelste, verwickelteste, umfassendste Problem der ganzen neueren Geschichte" (2).

Wilhelm Röpke en su ensayo "Die deutsche Frage" en 1945 sostuvo que: "Das Spektrum deutscher Erörterungen der deutschen Fragen, liesse sich leicht erweitern; diese Erörterungen gehen über nationale Forderungen weit hinaus in die Tiefen und Untiefen von Politik, Charakter und Gesellschaft". Röpke habla aquí de la necesidad de: "Europa gegen Deutschland wie Deutschland gegen selbst zu schützen".

El inglés J. P. Taylor en su ensayo "The course of German History", 1945, sostiene: "Das "deutsche Problem" hat zwei verschiedene Seiten. Wie können die Völker Europas gegen wiederholte anfälle deutscher Aggression gesichert werden? Und wie kann das deutsche Volk, eine ruhige, friedliche Form der politischen Existenz finden?"

1) Dahrendorf, Ralf; Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, Piper München, 1965, p. 15.

"Que existe un *Problema Alemán* lo saben los hombres en todo el mundo; tan sólo en Alemania piensan muchos que el único problema alemán de trascendencia consiste en poder volver a unificar al país de una manera rápida, dividido en tres partes. Así, el *Problema Alemán* pasa desapercibido a causa de las preguntas de los alemanes a los demás, y algunas veces se llega a caer en completo olvido: por ejemplo, que existe una pregunta de los demás a los alemanes, pero sobre todo, que no le es nocivo a un pueblo hacerse él mismo preguntas".

2) Op. cit. p. 16.

"El *problema alemán* es el más oscuro, complicado y el problema más incomprensible de toda la nueva historia".

"El espectro de las discusiones alemanas en torno al *problema alemán* se puede ampliar fácilmente, esas discusiones van más allá de las exigencias nacionales hacia lo más profundo de la política, carácter y sociedad".

"Proteger a Europa de Alemania y a Alemania de ella misma".

Finalmente, Helmuth Plessner en sus escritos publicados bajo un título de "Die verspätete Nation", (1935), encuentra que Alemania se ha rezagado después de la primera guerra mundial, de manera considerable al dudar sistemáticamente del sistema de valores de los vencedores, pero cuya deuda no pudo ser anunciada ni política ni militarmente.

El problema alemán es el distanciamiento del pensamiento alemán, del pensamiento occidental, del cual habla Hans Kohn (3). Esta versión fue tomada luego, por Gerhard Ritter, quien habla de Europa Occidental, entendiéndolo por ello:

La racionalidad cartesiana, la ilustración francesa, y la racionalidad económica de la teoría británica (4).

Ralf Dahrendorf en su obra, "Demokratie und Gesellschaft in Deutschland" —1965— ofrece a la discusión una versión nueva del problema alemán.

El problema alemán es un problema eminentemente político, anclado en un problema nacional. Los problemas nacionales son más problemas que los problemas sociales. La escisión de una sociedad, causada por problemas nacionales es una escisión más profunda que la causada por problemas sociales. La discrepancia en torno a los problemas sociales estimula la discusión, orienta hacia una reforma, posibilita y exige una revolución. El hiatus en torno a problemas sociales se hace fructífero políticamente. La escisión de una sociedad en torno a problemas nacionales crea un clima atosigante para la discusión y para las decisiones políticas, en lo interno y externo de la cultura política de una sociedad.

A. Objeto de la obra:

1. Dahrendorf intenta describir la estructura compleja de una sociedad moderna.
2. Intenta además desarrollar programáticamente una teoría política de la democracia liberal. Con esta teoría procura estimular la realización del principio liberal en la sociedad que investiga.

"El *problema alemán* tiene dos facetas diferentes: cómo pueden los pueblos de Europa garantizarse una seguridad ante los ataques repetidos de la agresión alemana? Y cómo puede encontrar el pueblo alemán una forma pacífica, tranquila de su existencia política?".

3) H. Kohn; Wege und Irrwege, Vom Geist des deutschen Bürgertums, Düsseldorf, 1962.

4) G. Ritter; Das Deutsche Problem, München, 1962.

B. Motivación de la obra:

1. Motivación explícita: Dahrendorf quiere contribuir a llenar un "vacío" en la Sociología Alemana, "vacío" constatado por H. Schelsky en su obra "Ortsbestimmung der deutschen Soziologie": "Los Alemanes han perdido su autoseguridad histórica y Alemania se ha convertido en un tema social completamente desconocido". (5). No existe en la literatura sociológica alemana una sola obra que comprenda y analice la "totalidad" de la sociedad alemana, escribe Schelsky en la misma obra.
2. Motivación implícita: De acuerdo a la teoría de los papeles sociales, e' intelectual y especialmente el sociólogo debe tomar una actitud crítica frente a la sociedad en que actúa. Esa actitud crítica es llamada por Dahrendorf compromiso moral, el cual consiste en unir en primer lugar los presupuestos de la teoría sistemática, con los resultados confrontados en la realidad en el plano de la sociedad. El vínculo se da en el papel del sociólogo. Esta es la posición que Dahrendorf intenta también realizar personalmente. De ahí que Dahrendorf puede ser considerado como un sociólogo social y políticamente comprometido. (6).

En su obra "Demokratie und Gesellschaft in Deutschland", Dahrendorf toma esta dimensión característica de su sociología, y es lo que él ha llamado: "fuerza moral de la sociología".

C. Visión concreta del método.

Dahrendorf sostiene que al tratar de describir la estructura compleja de una sociedad moderna, es necesario un hilo conductor. (Leitfaden).

El hilo conductor puede consistir en un plan de categorías, en un catálogo de la sociedad: población, economía, educación, etc. También puede ser un sistema teórico lleno de pretensiones.

Sin embargo, Dahrendorf no toma un plan de categorías así como tampoco un sistema teórico porque ve en ambos una intrascendencia, porque estos análisis se basan en "funciones integradas o adaptativas", perdiendo así interés en la investigación, y porque existe el peligro de realizar un catálogo sólido pero no un buen análisis.

5) H. Schelsky; Ortsbestimmung der deutschen Soziologie, Düsseldorf-Köln, 1959.
6) Ríos-Buitrago, Litto; Sociología contemporánea, Sociología subversiva vs. Sociología avalorativa, en *Dyna*, Universidad Nacional, No. 85, Medellín, p. 53.

Un hilo conductor de esta clase puede llegar a ser útil cuando la investigación busca ofrecer una visión etnográfica de una realidad social, pero no necesariamente cuando se trata de observar y medir una sociedad moderna entendiéndola como una realidad total.

Por esta razón Dahrendorf supone que un buen análisis social exhaustivo exige un hilo conductor diferente. Un análisis social total debe estar orientado hacia un problema fundamental. Así, el autor se apoya en el estudio hecho por Tocqueville en la sociedad norteamericana en el siglo XIX. El hilo conductor empleado por Tocqueville fue el de la "democracia". Aquí todos los análisis, pronósticos, observaciones y vivencias están referidos a dicho problema. (7).

Dahrendorf elige también el tema de la democracia como hilo conductor, pero lo diferencia del de Tocqueville. El principio de libertad sobre el cual se basa la democracia, tiene en Dahrendorf una jerarquía superior al principio de igualdad descrito por Tocqueville. La realización de un estado demócrata liberal es lo que le preocupa, y no la transformación de una sociedad en una sociedad igualitaria.

En efecto, Dahrendorf intenta referir las estructuras de diversos ámbitos sociales a un problema político para poder responder a todas las preguntas que cada individuo puede plantearse en una sociedad determinada.

La elección de un problema político como hilo conductor es justificada por el autor en una hipótesis de trabajo: el problema alemán es un problema eminentemente político.

Esta primera hipótesis está ligada a una teoría y un sistema de valores sociales públicos, y no meramente basada en el desarrollo histórico de fenómenos relevantes. De hecho existe una actitud política fundamental a lo largo de la investigación reconocible en cada análisis particular. Esta actitud política se caracteriza por medio de aspectos que él llama fundamentales:

1. Todos los hombres están de acuerdo en que ninguno de ellos sabe exactamente en qué consiste lo bueno para sí mismo y en qué consiste lo bueno para los demás. Lo justo es incierto.
2. Existen convicciones. Existe además la posibilidad de transmitir a los demás tales convicciones, por medio de argumentos y por medio de la demagogia. Pero nadie está en condiciones de fundar la validez de su convicción por me-

7) Alexis de Tocqueville; La democracia en América, México, 1957.

dios diferentes al de la violencia. Existe una pluralidad de planes posibles de realizar a largo y corto plazo para la solución de problemas políticos y problemas sociales.

3. Allí en donde la pluralidad no está reprimida violentamente, se establece la competencia. Es muy posible que los proyectos de problemas políticos y sociales tiendan a realizarse por sí mismos, los que cumplen sus funciones al regular la competencia en las instituciones políticas y sociales, y éstas a su vez, controlan los medios de aquellos que detentan el poder en una sociedad.

De estas actitudes políticas fundamentales se derivan tres puntos de partida en la obra de Dahrendorf:

1. La primera es de naturaleza antropológica.
2. La segunda se fundamenta en la realidad social misma, entendida aquí como "hechos sociales". Esta describe las relaciones "pluralistas".
3. A la tercera le atribuye Dahrendorf una función más importante que a las dos primeras, porque ella corresponde a la teoría política, la cual ha sido conocida en la Historia con el nombre de teoría de la democracia liberal.

"Democracia liberal" como concepto y como teoría sociológica procede del mismo concepto empleado E. J. Hayeckt en su obra: *The Constitution of Liberty*, y el que implica una igualdad ciudadana, una regulación racional de los conflictos, una élite liberal y un predominio de las virtudes públicas en una sociedad, que Dahrendorf llama "moderna". (8).

Dahrendorf introduce de acuerdo a lo anterior, una ideología política en el tema de investigación. De este modo, formula como punto de partida en esta cuarta fase (1. Hilo conductor, 2. Problema político, 3. Problema político liberal); dos preguntas fundamentales en su investigación:

1. Por qué la realización del principio de la democracia liberal ha encontrado tantos obstáculos para su realización en la sociedad puesta en cuestión?
2. Por qué Alemania se ha cerrado a la realización de la democracia liberal en su sentido liberal?

8) Ver, Lipset; *The First New Nation*, New York, 1963.

Con estas preguntas intenta Dahrendorf medir la historia y la sociedad alemanas. Ellas le sirven de "cánon", "l'ave" generales para indagar por lo desconocido en ella.

Dahrendorf elige el principio de la democracia liberal como hilo conductor para el análisis de una sociedad moderna, por tres razones:

- a. Porque la experiencia histórica en sus aspectos social, económico y político demuestra el éxito del sistema basado en él en las sociedades que se han basado en esa "Constitución de la Libertad". (*Verfassung der Freiheit*).
- b. Porque metodológicamente hablando le es muy útil. El sirve a manera de una "óptica" para captar lo que no aparece claro, definido.
- c. Porque Dahrendorf busca cargar así a la sociedad puesta en cuestión, de potencialidad para un cambio social, hacia la democracia liberal.

Al procedimiento metodológico del autor, subyace una teoría que él ha llamado "rudimentaria" (9) de la democracia y al cual está orientado el análisis total de la sociedad. De acuerdo a esta teoría, existe la necesidad de investigar la presencia o la ausencia del principio de la democracia liberal (hilo conductor) en un número limitado de ámbitos sociales en las estructuras respectivas.

Dahrendorf de acuerdo a la teoría sociológica de la democracia liberal define que el número de los ámbitos sociales son cuatro, los cuales forman la estructura completa de una sociedad; y los compara con la estructuración de un edificio:

1. Cimientos. El primer ámbito social está referido a la clase de participación que los miembros de una sociedad tienen de ella. La participación en los papeles sociales que juegan en la sociedad.
2. Los muros. La igualdad ciudadana constituye la base de la estructura social de la Constitución de la Libertad. Pero aquí entran en juego el conflicto social, como agente del cambio porque mantiene la competencia siempre activa en la sociedad. El conflicto social tiene aquí un papel esencialmente de coacción.
3. Tejado. El tercer ámbito está constituido por las élites. Las

9) Ríos-Buitrago, Litto: Entrevista con Ralf Dahrendorf, Universidad Nacional de Colombia, *Dyna*, No. 85, Medellín, p. 75.

élites deben estar establecidas socialmente, deben ser multi-formes o pluralistas políticamente hab'ando, en el sentido de que deben representar la totalidad de intereses sociales de los grupos o agrupaciones.

4. Atmósfera. La existencia de un grado alto de vida pública acentúa los valores predominantes de una sociedad.

La formulación así esbozada vale como formulación general y fluctuante para lograr de este modo la explicitación y fundamentación de una teoría política. La formulación y fundamentación de la teoría cumple varias funciones: orienta los análisis, los determina, los define. Define y sistematiza las hipótesis en cada uno de los ámbitos sociales. Analiza en particular:

- a. Cuándo se han establecido los derechos ciudadanos.
- b. Cuándo los conflictos sociales son reconocidos y cuándo son regulados racionalmente.
- c. Cuándo las élites reflejan la pluralidad de los intereses sociales.
- d. Cuándo la virtud pública representa y orienta los valores predominantes de una sociedad.
4. Sistematiza la teoría sociológica de la democracia liberal en:
 - a. Teoría de los papeles sociales.
 - b. Teoría del Conflicto social.
 - c. Teoría de las Elites.
 - d. Teoría de los valores como valores públicos.
5. Articula el material ilimitado que ofrece una sociedad al sociólogo. Mantiene interés principal centrado en la investigación, evita hacer análisis aislado fuera del contexto de la estructura social y política. El núcleo de todos los análisis constituye el armazón de la investigación.

Paralelamente a la definición, formulación de la teoría sistemática de la democracia liberal, desarrolla Dahrendorf también dos presupuestos metodológicos:

1. El primero tiene características de axioma. Sostiene que la realización de la democracia liberal en una sociedad es un estadio posterior al proceso de industrialización. Durante el proceso de industrialización una sociedad tiene que decidir qué camino político y qué camino social debe

mar. La industrialización es una especie de gran filtro por el cual tiene que pasar la historia de una sociedad.

2. Dahrendorf emplea en su análisis total el concepto de "dislocación social", el cual a modo de un instrumento le sirve para detectar en los fenómenos actuales que estudia, raíces latentes de problemas que se manifiestan en un momento dado como virulentos, sin aparecer en algunos casos su relación lógica.

Toda la sociedad conoce el fenómeno de las "dislocaciones sociales". La diferenciación de ellas radica en las formas mismas con que aparecen. El concepto dislocación es tomado de la simetría geológica cuando se observa un corte de las diferentes capas integrantes. En la sociología es utilizado para tratar de determinar los factores constantes o discontinuos en un problema total analizado. Los elementos que intervienen en un cambio social se transponen frecuentemente, de tal modo que lo que parece antiguo y superado, se presente una vez más como nuevo y virulento, lo económico se transmuta con lo social, lo social con lo político y viceversa, etc., trayendo como consecuencia una dificultad notoria al tratar de identificar cada elemento.

Las capas del desarrollo económico y los elementos de estructuración en una sociedad causan conmociones internas y externas o ambas a la vez. Las normas y sanciones de una sociedad pueden llegar a ser confrontadas, negadas, rechazadas o aceptadas por el fenómeno de la industrialización, por ejemplo. La mezcla de tradición social y de producción industrial pueden ofrecer fenómenos de "dislocación social". Por ejemplo, la sociedad alemana fue al mismo tiempo industrial y feudal, militar e industrial. Dahrendorf considera que las "dislocaciones sociales" son un fenómeno muy caracterizado de la sociedad alemana.

El concepto de "dislocación social" es utilizado por el autor como cortes "instantáneos" los que a manera de un filme proyectado contra la pantalla sin movimiento ni espacialidad, ofrezcan y permitan un análisis histórico completo de un fenómeno que aparece como constante, significado o caracterizante.

Dahrendorf intenta de este modo sistematizar histórica y teóricamente el problema que metodológicamente aquí me importaba explicar.

D. Aplicación del método.

La elaboración programática de la teoría sociológica de la democracia liberal es una sistematización de un orden social posible basada en que el fenómeno social es un fenómeno incierto. Nosotros no conocemos el orden social ideal. A pesar de que la teoría sociológica de la democracia liberal no ha sido realizada tiempo-espacialmente de un modo puro y definitivo. Dahrendorf lo utiliza porque ha buscado su aproximación en la historia. De este modo, los principios fundamentales en que se articula la teoría sociológica se presentan al sociólogo más inmediatos en las sociedades inglesa, norteamericana y quizá la francesa aún más que en la alemana, por ejemplo.

La sistematización y la aplicación de ella como instrumento de trabajo es legítima ya que por medio de ella se puede analizar y describir una sociedad considerada como una totalidad. El desarrollo programático de la teoría de la democracia liberal también busca ofrecer de manera concreta solucionar y regular los problemas más concretos de la sociedad propia del sociólogo Dahrendorf.

1. Dahrendorf aplica entonces la teoría a la sociedad alemana moderna. El concepto "sociedad alemana" moderna tiene en Dahrendorf dos dimensiones imprescindibles para la teoría sociológica.
 - a. Dimensión temporal. El método así expuesto es aplicado a los últimos 100 años, los que a modo de *continuum* han constituido la historicidad de la sociedad alemana.
 - b. Dimensión espacial. Los análisis recaen y comprenden aquellos territorios que durante el lapso de 100 años han pertenecido geográficamente a la sociedad como escenario del proceso social.

La investigación observa, indaga, confronta, recoge material, lo elabora y sistematiza con las categorías arriba citadas (tiempo-espacio) en la Alemania del tiempo del Kaiser, en la Alemania del tiempo de la República de Weimar, en la Alemania del Tercer Reich, en la Alemania de la República Democrática y en la Alemania de la República Federal. La investigación diferencia fenómenos característicos para cada uno de estos elementos tiempo-espaciales, buscando su validez particular, y en donde es posible, su universalización o validez general.

Dentro de las dimensiones tiempo-espaciales, el método es aplicado a cuatro ámbitos de la estructura social de la "realidad alemana". Los cuatro ámbitos son llamados por el tutor del modo siguiente:

1. Igualdad o el camino largo hacia la modernidad.
2. Conflicto o la nostalgia hacia la síntesis.
3. Pluralidad o las élites entre monopolio y cartel.
4. Vida pública o la necesidad de las bellas virtudes.

Una vez que Dahrendorf abarca con una red de hipótesis la estructura de la sociedad, explica, prueba e ilustra con investigaciones directas e indirectas el "todo" de la "realidad social", (y cuando la fuerza de la explicación y de la descripción no es suficiente, ataca y acusa polémicamente al hombre de esa sociedad), hace una interpretación a la luz del análisis precedente. La interpretación tiene como objeto la respuesta que la sociedad alemana "ha dado de hecho" a la democracia liberal en el tiempo y en el espacio.

La interpretación recae:

- a. En el camino hacia la dictadura.
- b. La Alemania nacionalsocialista y la revolución social.
- c. Ambas Alemanias: La República Democrática Alemana.
- d. Ambas Alemanias: La República Federal Alemana.

Finalmente aparece como importante metodológicamente hablando, señalar las diferencias en el procedimiento empleado por Dahrendorf en relación al procedimiento empleado por Tocqueville frente a un problema metodológico similar:

- a. Tocqueville describe a los Estados Unidos como un país en donde la democracia existía, de modo sorprendente.
- b. Quiso explicar qué era lo que en la sociedad norteamericana estimulaba el orden democrático.
- c. Tocqueville pretendió contribuir a la discusión del problema francés de aquella época analizando y elaborando una imagen de la sociedad norteamericana.

En cambio Dahrendorf procede de esta manera:

- a. Describe a Alemania como un país en donde la democracia liberal no existe, de modo sorprendente.
- b. Explica lo que en la sociedad alemana obstaculiza el orden democrático.
- c. Intenta examinar la sociedad alemana con un instrumento del conocimiento, el cual puede estimular al mismo tiempo

un cambio: qué tiene que llegar a ocurrir para que también Alemania pueda llegar a ser un país en donde se establezca el principio de la democracia liberal?

II. HACIA LA REVOLUCION NACIONAL-SOCIALISTA

Al analizar el fenómeno y proceso de la sociedad alemana en el camino hacia la dictadura, es posible tomar dos parámetros: a) parámetro general, comprendido históricamente entre 1918 y 1945. A partir de 1918, la élite o "clase del poder" (Gaetano Mosca), perdió el ligerazgo político, no así el liderazgo económico; así como también, de esta fecha en adelante, como consecuencia de la Guerra Mundial I, incide la onerosidad del Contrato de Versalles.

b) Parámetro estricto, articulado entre 1928 y 1934. Este parámetro circunscribe dos fenómenos relevantes: la crisis económica mundial, y el poder y su control caen en manos de Adolfo Hitler.

No intentaremos realizar acá un estudio cronológico de la Revolución Nacional Socialista, tal como ha sido hecho ya por los profesores Karl Dietrich Bracher, Rudolf Morse, Ernst Nolte, Schulz, etc., sino que dinámicamente tomaremos un punto de partida, desde el cual sea posible formular la pregunta siguiente:

¿Cómo es posible explicar, por qué el sistema político "Democracia" no encontró receptibilidad en la sociedad alemana dentro del parámetro estricto?

Al tratar de responder a esta pregunta, explicaremos la incidencia del Nacional-Socialismo en la sociedad alemana.

El Nacional-Socialismo como fenómeno político, económico, social, total, es entendido en primera línea y por lo pronto, como una utopía (Mannheim).

Principiemos formulando que el núcleo del problema "Nacional-Socialismo" nos arroja hasta el problema mismo de la Democracia.

1. ¿Cómo fue posible Auschwitz?

Cómo fue posible el asesinato planificado de millones de personas en el siglo XX; especialmente en el país de Goethe, de Kant, de Schiller, de Herder, de Max Weber, precisamente en una sociedad que tanta ocupación y preocupación ha tenido por el Humanismo?

¿Cómo fue posible Auschwitz?... con la participación de miles de alemanes cultos, sin una protesta decidida por ningún grupo social alemán?

De modo igual, pudiéramos preguntar a cada colombiano, ¿cómo fue posible la "violencia" y es aún en la sociedad colombiana. sociedad que presume de católica, de culta y democrática?

Qué significado tiene el siguiente hecho siguiente: 400 mil hombres han sido asesinados entre 1948 y 1968. Sumados los soldados muertos norte-americanos de la Guerra Mundial I, de la Guerra Mundial II y la Guerra de Corea, no alcanza la cifra a superar los asesinados nuestros colombianos. (10).

Auschwitz y la "violencia" son problemas brutales, aparecen más brutales aún cuando se intentan atrapar por medio de un sistema de categorías científicas.

2. El problema central de la Sociología política, mejor de la Politología, consiste en preguntar por la legitimidad del sistema político del Nacional-Socialismo: ¿Cómo fue posible la ausencia de resistencia social frente a todas y a cada una de las decisiones políticas del Nacional-Socialismo?

3. Cómo fue posible el 30 de enero de 1933 en Alemania?

Adolfo Hitler escala el poder, sin una protesta, precisamente cuando en los años subsiguientes al experimento de la así llamada República de Weimer, el Nacional-Socialismo fue siempre una minoría; participó en las elecciones con votos escasos.

Estas preguntas no pueden ser absueltas, diciendo que existe una relación causal de cada una de ellas y el Contrato de Versalles, la inflación económica y la crisis económica mundial.

Por ejemplo: existe una razón lógica o existe un condicionamiento estructural social para que en un momento histórico a la imposición de un Contrato de Paz; a la imputación territorial; a la onerosidad de las reparaciones de guerra; una sociedad responda creando, estimulando y definiendo un partido político radical?

Las respuestas a cada una de las preguntas formuladas deben ser extraídas de la estructura social alemana. Con esto, no se trata de negar la incidencia de los factores enunciados inmediatamente atrás, como factores exógenos de influjo.

En consecuencia, se buscará responder a cada uno de los problemas planteados desde el sistema de la base estructural socio-económica y política global alemana. Esta posición nos exige un análisis. Y todo buen análisis nos exige un hilo conductor. Por lo tanto, se intentará fijar a continuación los cortes seguidos por Dahrendorf, orientados al marco de referencia conceptual de su teoría rudimen-

10) Aaron Lipman and Eugene Havens; The Colombian Violencia: An Ex-post-Facto Experiment, in: Social Forces, 1966.

taria de la democracia. Los cortes analíticos se referirán solamente a los cuatro ámbitos ya formulados previamente.

III. ANALISIS SISTEMATICO DEL CONTEXTO PRE-REVOLUCIONARIO

Los roles sociales son entendidos en este contexto como el aspecto dinámico de status del individuo en el grupo, la institución y la sociedad. (Linton). (11). A cada posición social corresponde una función, esa función es identificable con el rol (Dahrendorf). (12). Aplicada la teoría de los roles a una sociedad que ha elegido la democracia como camino político, se puede sostener que los derechos y deberes ciudadanos son oportunidades de participación, con un resultado de un proceso y no como forma de él. Los derechos de los ciudadanos posibilitan la diferenciación social (estratificación) siempre y cuando no ataque los fundamentos vitales del individuo.

Los roles sociales son estructuras de instituciones sociales en el aspecto individual, son formas mediante las cuales se expresan los individuos inmediatamente, y pudiera decirse que los roles constituirían los "átomos" sociales de una estructura social. Nos preocupa aquí saber qué es lo que el hombre tiene o hace en una sociedad democrática. Los roles sociales son, en efecto, un haz de expectativas, pretensiones y deseos de una sociedad. Finalmente, son categorías: a) Los roles sociales son posiciones iguales cuasi-objetivas del individuo. b) La sociedad es quien dá contenido a los roles sociales; el contenido no es cambiabile por el individuo, sino por la sociedad, quien los determina en última instancia. c) El rol social está adscrito a la expectativa del comportamiento del individuo, de tal suerte que el individuo no puede sustraerse de él sin daño o sanción social, a no ser que el individuo busque sustraerse de él virulentamente (conflicto social).

El Rol de un ciudadano puede ser definido en una democracia como el articulamiento tridimensional de la igualdad de oportunidades vitales en el aspecto civil, aspecto político y aspecto social. (Marshall) (13). Los roles sociales como igualdad de chances vitales condicionan el funcionamiento de una democracia (Dahrendorf).

En la sociedad alemana el rol del ciudadano se ha venido realizando, delimitando muy lentamente. Durante mucho tiempo, desde

11) Linton, Ralph: *The Study of Man*, New York, 1936.

12) Dahrendorf, Ralf; *Homo Sociologicus*, Köln-Opladen, 1959, p. 20.

13) T. H. Marshall; *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950.

1835 hasta 1968 aún las expectativas del rol social no han sido llenadas por la sociedad completamente, no así las actitudes, que sí han sido modificadas sustancialmente (Gino Germani).

Si se emplean sondas históricas en el análisis de la sociedad alemana, observamos retrospectivamente algunos hechos sociales de relevancia que condicionan aún la realización del rol social del ciudadano:

- 1) La crítica de Martín Lutero a la iglesia tradicional, se ha mantenido vigente hasta el siglo XX. La iglesia reformada mantuvo siempre una identificación con la clase de los señores.
- 2) En la sociedad alemana no existió una Revolución francesa (alemana).
- 3) Alemania no hizo una Revolución industrial, en el sentido histórico-social inglés.
- 4) La sociedad alemana antes del siglo XX no fue nunca una sociedad-potencia al estilo español, francés, inglés. En el parámetro estricto 1928-1933 puede detectarse un resentimiento de los oficiales prusianos con la civilización, resentimiento que abrió la brecha para una ideología: "La Hora alemana ha llegado". (14).
- 5) En la Alemania el proceso de la industrialización fue un fenómeno tardío, proceso no dirigido y realizado por la clase alta, sino por un pequeño grupo burgués y por el estado.
 - a) La banca y una docena de hombres, genios económicos, de carácter dominante, nacidos para mandar, sin sentimientos, no insensibles a la justicia, pero que tampoco iban más allá de ella, controlaron las fuentes naturales, la industria la producción (Dawson). (15) El andamiaje total burgués de la sociedad alemana jugó un rol escaso en el proceso de industrialización.
 - b) El estado alemán estimula la gran imagen económica de la empresa por medio de préstamos sin intereses, y por medio de una política proteccionista en inversión, producción y comercio.
 - c) La propiedad estatal fue decisiva en el proceso industrial, ferrocarriles, minas, industria del acero, industria de la electricidad, del gas, fue patrimonio del estado. El estado alemán fue un gran inversionista que limitó la participación del pequeño industrial.

14) D. Claessens, U. A.; *Sozialkunde der Bundesrepublik Deutschlands*, Düsseldorf Köln, 1965.

15) W. H. Dawson; *The Evolution of Modern Germany*, London, 1908.

- d) El estado alemán formuló desde un principio, directrices de un Estado Socialista basado en el principio autoritario, monopolístico y uniforme del Estado de Derecho, pero proteccionista. Ejemplos son los Seguros de Enfermedad, Accidente y Vejez.
- e) Finalmente el proceso de industrialización va ligado a una política social como rudimentos ideológicos: "der höchsten Aufgaben unserer Zeit und unserer Natio": ist die Sozialpolitik.

La sociedad industrial se realiza durante el tiempo del Kaiser, de modo total entre 1835 y 1910, de manera más rápida que en Francia y en Inglaterra, y más profundamente que en ambas sociedades. El fenómeno de la industrialización presenta dislocaciones sociales en este lapso: tradición y racionalización, centralismo y regionalismo, nacionalismo e idealismo, industrial y militar, industrial y rural. La urbanización fue lenta, muy lenta y la gran ciudad no ha llegado a ser ideal aún en Alemania. La industrialización no cambió radicalmente la estructura del trabajo, así como tampoco destruyó la imagen de la familia.

En efecto, por medio de la revolución industrial alemana, la sociedad se hizo moderna, racional pero el hombre concreto permaneció atado como a la roca de la rigidez, a la "Versäulung de Beharrung", a la confesión religiosa, a la familia, al estado autoritario e ideal (Hegel), al ejército. La industrialización trajo una sociedad moderna dislocada, el hombre siguió siendo un hombre no-moderno, sin interés político porque su papel estuvo condicionado desde un principio. Se conservó una nostalgia por la comunidad, por la provincia, por la naturaleza, por el pasado histórico, por los valores del orden de la "Gemeinschaft" (Tönnies). El hombre alemán en su rol ciudadano se comportó pre-democráticamente, un comportamiento anti-democrático. Un incapaz políticamente. Así, en 1914, el alemán vivió escondido del mundo occidental, apenas si se aprendía francés, inglés, menos aún. Frente a un hecho político mundial de significado y contenido histórico, envuelto en exigencias civiles políticas o sociales, era fácil oír la frase siguiente que camufla actitudes y valores: "So etwas gibt bei uns nicht: bei uns herrscht Ordnung" (Ernst) (16). Esa frase me la dijeron los alemanes muchas veces en el Sozialfors-

16) Feitz, Ernest; Die Duestsche und Ihre jüngste Geschichte, Hamburg-Stuttgart, 1963.

"Algo así no existe entre nosotros, entre nosotros impera el orden".

chungsstelle an der Universität Münster, 1967, al hablar yo del fenómeno anómico colombiano, por antonomasia: la "violencia".

El orden significa aquí, no el orden global social, sino el orden de la clase de poder, es decir, el orden elitario dentro del orden social, reflejo de aquel, el orden del Estado (Hegel). Orden indica aquí además, una actitud dinámica: erradicación del conflicto social, de la subversión, de la desviación en el comportamiento político. Por esta razón, las instituciones sociales alemanas fueron, son aún en varios aspectos, canales de la autoridad. El Estado es autoridad, máximo de identificación y de realización individual (Hegel), él resolvió las formas de la acción. tomó casi todas las decisiones, condicionó las restantes. Fue la concepción más alta de libertad. Con el estado alemán se identificó la élite, la clase de poder, élite uniforme que sólo reflejó los intereses del orden de grupos homogéneos. Consecuentemente, el estado fue el estado del monopolio, que no posibilitó a la élite de la época del Kaiser, ser consciente de su liderazgo. Los intereses que no encontraron cabida en la clase de poder frente a todo principio subversivo, radical, de compromiso, "commitment", con el cambio. Axel Springer en 1.968 es el símbolo del "Kartell der Angst", del establecimiento.

Los valores sociales vigentes que portó la clase de poder fueron preponderantemente, valores sociales privados. Ellos fueron los orientadores de los programas sociales y políticos. Patológicamente hablando se constituyó un cuarteto, el sanedrín de la revolución hitleriana. Hasta 1923 no existió una igualdad de oportunidades vitales, el papel social del ciudadano no se dio clara y distintamente. El conflicto social fue negado, ignorado, erradicado en el mejor de los casos. La élite fue siempre una élite homogénea, autoritaria y los valores sociales no encarnaron principios públicos. Este cuarteto condicionó y aceleró el control del poder totalitario.

El nacional-socialismo se inicia como un proceso de liberación del "tiempo del sistema", entendido como la constitución de la República de Weimer. El nacional-socialismo principia atacando el conflicto social, negando toda competencia social en la base estructural global, es una búsqueda alemana en pro de la recuperación de la "Volksgemeinschaft". El nacional-socialismo es en primera instancia una dislocación social: se pretendió el tránsito de un sociedad pre-democrática a una sociedad anti-democrática. La alternativa fue mínima: gobierno autoritario y gobierno totalitario.

La alternativa autoritaria y totalitaria, dentro de la cual se instaló el nacional-socialismo, no fue privativa de la sociedad alemana:

Italia, España, hoy aún, son alternativas paralelas. América Latina, (1968 en Argentina, México, etc.), conocen dislocaciones semejantes en tiempos más modernos aún.

Sin embargo, dónde y por qué se generó la potencia totalitaria del nacional-socialismo?

Cuando una sociedad rompe el "continuum" de la tradición, puede y de hecho llega a ser totalitaria. Ejemplos histórico-sociales pueden servir: la Unión Soviética. Italia, Cuba, Francia, etc. Con la industrialización, con la Guerra Mundial I, con la República de Weimer se inició el proceso de ruptura entre tradición de la Alemania del tiempo del Kaiser y la Alemania de la racionalización industrial.

En Alemania, el nacional-socialismo llegó a tomar el poder porque se dio una alianza anti-democrática: la alianza de los partidos de los conservadores y de los radicales. La alianza puede ser analizada, siguiendo cualquiera de algunos métodos: a) histórico. b) sociológico. c) político.

a) METODO HISTORICO-SOCIAL.

La alianza es producto normal del espíritu y del carácter alemán, también el eje Luther-Nietzsche son factores que implican una relación causal con el nacional-socialismo. A ello se agregó el contrato de Versalles, la crisis mundial y la inflación de 1923 que sirvió a los agiotistas y usureros, entre los cuales se contaron muchos caballeros semitas. Un fenómeno similar lo registra la historia social colombiana en 1899-1902, cuando un caballero antioqueño, don Pepe Sierra, se especializó en préstamos a ideólogos y estrategias de los partidos políticos comprometidos en la guerra de los Mil Días.

El método histórico no explica suficiente y dinámicamente la tragedia del nacional-socialismo.

b) METODO SOCIOLOGICO.

La sociedad alemana, dislocada, industrial, tradicional, racional, romántica, necesitaba de una gran revolución, pero su clase de poder ignoró toda diferenciación de estratificación, de intereses, económicos. La movilidad social presionó viejos carriles, el sector secundario creó un estrato medio industrial y virulento, crítica de los intereses del estrato alto (Clark, Geiger).

En 1928 el partido nacional-socialista obtuvo un 25% de la totalidad de electores, en 1931 bajó hasta el año de 1932; desde este año

subió de un 2.9% hasta un 43.9%, alcanzado en 1933. Seymour Martin Lipset encontró que algunos grupos sociales estuvieron super-representados en el partido y sistema nacional-socialista: por ejemplo, el funcionario en un 147%; empleados del III sector, en un 165%; independientes y pequeños inversionistas en un 187%.

Esta óptica metodológica muestra que el nacional-socialismo polarizó las actitudes y valores del estrato medio, particularmente. Más, si se pregunta por qué las capas medias son y fueron en algunas sociedades anti-democráticas? Existen varios hechos sociales que condicionan posibles actitudes en el comportamiento: la industrialización connota progreso como un valor positivo, al cual se aspira; el radicalismo de la izquierda estimula la búsqueda de una seguridad psico-social; el radicalismo de la derecha que implica intereses de grupo, capital y tenencia de tierras amenaza la movilidad social y determina el establecimiento de élites cerradas. Es posible pensar que una capa media social se auto-decide en contra de ambos radicalismos, y el estado fuerte ofrece dimensiones eficaces frente a los excesos del capitalismo y del socialismo. Esta hipótesis no es observable inmediata y directamente: la capa media norte-americana, la capa media inglesa no llegaron a ser totalitarias. Es una excepción la capa media alemana?

c) EL METODO POLITICO FUE EMPLEADO POR FRANZ NEUMANN (17).

El nacional-socialismo es la alianza de la voluntad de poderío de un líder carismático, Adolfo Hitler y de los grandes industriales. Significativo es el discurso de Adolfo Hitler a los industriales en el REHIN-RUHR-KLUB, en 1931. El proceso del nacional-socialismo consistió en la patetización del conflicto social, conformado por la lucha de clases.

Sin embargo, el camino de la dictadura fue viable porque la sociedad alemana ofrecía una serie de dislocaciones sociales explosivas que impidieron el establecimiento de la "Constitución de la Libertad". La estructura social careció de rieles institucionalizados que polifurcaran la actividad política del individuo, de los agregados, grupos, etc. La sociedad alemana necesitaba urgentemente de un cambio global para elegir definitivamente el camino político hacia la modernidad.

17) F., Newmann; Behemonth. The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944, New York, 1944.

Una constante histórico-social, en Occidente, puede ser simplificada en el siguiente axioma: ninguna sociedad ha llegado a ser una sociedad moderna por medios diferentes a los de la revolución social, tipificada en la violencia (violencia = coacción represiva o persuasiva). La violencia implica un estadio del conflicto social, el cual no puede ser imaginado como sangre, violación, bombardeo, genocidios, etc., es decir, el aspecto meramente dramático y brutal.

La revolución social alemana pudo haber sido dirigida desde 1918 cuando la élite perdió la base política, su base autoritaria, su establecimiento, y se continuaba en la República de Weimer. De hecho no fue así, de ahí su agresividad en 1933, con los "Wegbereiter und Diener der Diktatur", por medio de "Die Mörder einer Demokratie" (Bracher). Pudíerose concluir con una incongruencia irónica: "El sistema político buscó la democracia en la sociedad alemana, el cual fue impedido por su misma estructura social."

El hecho histórico fue el siguiente: la sociedad alemana se puso en movimiento febril desencadenando una revolución insólita social en busca de un escape hacia el sendero de la modernidad, más el escape mismo simbolizó la mayor tragedia de la contemporaneidad: una planeación totalitaria del cambio social que posibilitó la manipulación del hombre por el hombre, dentro de un sistema político de tipo radical, fascista, ideológico, brutal.

IV. LA REVOLUCION NACIONAL-SOCIALISTA.

El contenido de la Revolución en Alemania es el contenido de la Modernidad. Por revolución —puede entenderse— el desplazamiento total de un orden social vigente por un orden social incidente. Ella significa la emergencia completa de nuevos valores, nuevas actitudes, nuevas normas, nueva estructuración de los grupos y agregados, instituciones y complejos, y de nuevas técnicas que acompañan el proceso de cambio (Fals-Borda). (18). Una revolución allí en donde la topía (ideología) es reemplazada por la Utopía (Mannheim). (Parsons).

Adolfo Hitler no buscó realizar la revolución social que Alemania necesitaba. Por lo tanto, no hubo en él la visión teleológica de iniciarla, para concluirla políticamente luego. Adolfo Hitler buscó la revolución pero al revés, preguntó por los valores del pasado, ya a-his-

"Explanadores del camino y servidores de la dictadura".

18) O., Fals-Borda; La subversión en Colombia, Bogotá, 1967.

19) F., Mannheim; Ideologie und Utopie, Frankfurt am Main, 1952.

tóricos, para darles nuevamente contenido social, darle vigencia. Más, en el esfuerzo de Adolfo Hitler se reconoce la capacidad de controlar recursos para adquirir el poder personal (Macht), reflejo del dominio de la clase de poder (Herrschaft) (Max Weber). Adolfo Hitler llega al poder por vez primera, a causa de la constelación de 1933, la Alianza de la Derecha y del Centro antidemocrático, toma Adolfo Hitler una serie de actitudes decisivas; formulables del modo siguiente:

1. El control del poder total exige la destrucción, atomización del poder parcial de las instituciones.
Con esta decisión (1933), se pone en movimiento el mecanismo de la revolución; fue el primer ataque del autoritarismo alemán a la base social.
2. La recuperación de la dimensión cosmogónica de los valores privados, menos virulentos, más personales, más íntimos refuerza la seguridad psico-individual en la lealtad a la religión, a la familia, a la corporación.

El 1º de febrero de 1933, leemos un aparte del discurso de Adolfo Hitler: "Angefangen bei der Familie, über alle Begriffe von Ehre und Treue, Volk und Vaterland, Kultur und Wirtschaft hinweg bis zum ewigen Fundament unserer Moral und unseres Glaubens, bleibt nicht verschont von dieser nur verneinenden, alles Zerstörenden Ider 14. Jahre Marxismus haben Deutschland ruiniert... (20). (Die Nationale Regierung) wird die Fundamente wahren und verteidigen, auf denen die Kraft unserer Nation beruht. Sie wird das Christentum als Basis unserer gesamten Moral, die Familie als Keimzelle unseres Volks - und Staatskörpers in ihrem festen Schutz nehmen" (Dahrendorf).

"Principiando por la familia y siguiendo con los conceptos de dignidad y fidelidad, pueblo y patria hasta llegar al fundamento moral de nuestra fe, no ha quedado nada sano a causa de esas ideas destructores y negadoras del marxismo del año 14 que han arruinado a Alemania... "El Gobierno Nacional conservará y defenderá los fundamentos sobre los cuales se basa la fuerza de nuestra nación. El protegerá el cristianismo como base de toda nuestra moral, a la familia como célula genética de nuestro pueblo y del cuerpo estatal".

20) E., Nolte; Der Faschismus in seinen Epoche, München, 1963.

Dominar la base tradicional alemana: familia y religión, con la formulación de estos principios, fue algo cuasilógico. Este pequeño corte del discurso nos puede ilustrar y servir de llave de la revolución, planeada como en una tabla de ajedrez. Adolfo Hitler programó la eliminación de las instituciones existentes, y en su lugar creó otras correspondientes a sus planes:

1. Rompió la unidad del Ejército, constituyendo milicias nacionales y desplazando constantemente grupos, y mezclando operaciones y funciones militares.
2. Neutralizó los presidentes de cada Land. (Provincia).
3. Creó nuevas organizaciones burocráticas y judiciales.
5. Estableció organizaciones estatales y las encargó de la producción y de la competencia industrial.
6. Controló los medios de comunicación.
7. Orientó los programas de las instituciones sociales al sistema total nacional-socialista: iglesia, universidad, organizaciones privadas.

3. Creación y formulación de una ideología totalitaria.

Los factores que integraron el cuerpo de la ideología, pueden ser diagnosticados sociológicamente como factores evidentes de bombardeo continuo que lograron ser internalizados, aparentemente, en un lapso muy breve y que implicó el comportamiento politizado e ideologizado en el conflicto armado a partir de 1939.

a. Adolfo Hitler dio por vez primera, un papel social ciudadano al alemán, sustentado en un valor público. Ese papel ciudadano se llamó el "Volksgenosse".

b. Refirió el sistema y proceso educativo a una tabla de valores utópicos, que le permitió institucionalizar el nacional-socialismo y convertirlo rápidamente en "Status quo", sancionado legítimamente.

c. Estimuló la movilidad social, vertical y horizontal al servicio de la ideología, por medio de la "Hitlerjugend", por medio de las congregaciones masivas, el servicio militar obligatorio; fuentes de trabajo estatales; orientación y servicio de la ciencia, por ejemplo: la Sociología alemana. El profesor Heinz Pfeffer habló de una sociología anti-occidental y anti-oriental; y la etnología y antropología, fueron entendidas como "Völkerkunde", etc.; y por medio de una industria bélica. (König). Sobre todo, Adolfo Hitler insufló una imagen social a los alemanes que les sirvió de auto-identificación y les permi-

tió realizar un cambio de actitudes; finalmente por medio de ella, llenó las expectativas surgidas del cambio de actitudes y luego, pudo regular la resistencia social.

V. "DIE BEWALTIGUNG DER VERGANGENHEIT".

A. EL SENDERO POLITICO Y SOCIAL DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA (DIE SO GENNANTE D. D. R.).

La denominación de la Zona Alemana de ocupación soviética como la D. D. R. tiene aquí un solo significado: llamar y reconocer un hecho, desde el punto de vista fenoménico social; pero no induce esta denominación a llamar y reconocer políticamente tal hecho. Ese es otro problema. (Die DDR setz sich durch (Bender) (Claessens)).

La ideología nacional-socialista llevó a la sociedad alemana en el proceso de revolución, a la aniquilación total tanto política como socio-económicamente. El parámetro fue: mayo de 1945.

Mediatamente después, se inició uno de los fenómenos peor entendidos en la reciente historia social alemana. El fenómeno se llama la "Wiederaufbau", y nada más falso existe que hablar de "Reconstrucción", refiriéndose al período post-bélico alemán. Le fue negado a la sociedad alemana por medio de las cuatro sociedades-descubridoras y vencedoras, regresar a una constelación de valores propios y atados al pasado cultural, sosteniendo ingenua o autoritariamente, que se trataba de una superación total del pasado alemán, el nacional-socialista, solamente.

Lo que se llamó "Wiederaufbau" correspondió a un tortuoso fenómeno de aculturación, de imposición de un sistema extraño a la sociedad en todos los niveles y ámbitos políticos-sociales. El drama llegó bien pronto: ese drama se concluyó una vez cuando las cuatro potencias aliadas conquistaron coercitivamente el territorio nacional alemán y tajaron a-históricamente el asiento espacial de una sociedad sumida en una de sus crisis más profundas. No existe experimento histórico que supere la tragedia y lo absurdo de la sociedad alemana obligada a la "Wiederaufbau", reconstrucción de acuerdo a modelos ajenos a su carácter, política y proceso social. Incluso, los aliados formularon y promulgaron un Código de Derecho Internacional para poder juzgar a una sociedad sometida, y para poder condenar los líderes de la sociedad alemana. Este código fue creado

"La superación del pasado".

(La así llamada República Democrática Alemana").

“ad hoc” y se basó en principios de “justicia” que protegiera los derechos y principios morales de la humanidad. Históricamente este fenómeno se llamó: Juicio de Nürnberg.

En 1946, la Zona de ocupación rusa, inicia el proceso de socialización, politización, orientación, concientización y reconstrucción, basado en un sistema de valores extraños completamente al orden social alemán tradicional, hasta llegar a la institucionalización y configuración de un territorio, una nación y una sociedad socialista llamada DDR. La República Democrática Alemana es políticamente, la realización de un sistema de valores marxista-leninistas, y socialmente es la continuación, intensificación y planeación de la revolución iniciada por el nacional-socialismo en 1933. Leemos en su Constitución, que acaba de entrar en vigencia, el 9 de abril de 1968, apartes de algunos artículos ilustrativos:

Frag. Art. 1.

“Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen...”

“Das Staatswappen der Deutschen Demokratischen Republik besteht aus Hammer und Zirkel...”

Frag. Art. 2.

“Das gesellschaftliche System des Sozialismus wird ständig vervollkommen”.... “Die Ausbeutung des Menschen ist für immer beseitigt...”

“Das sozialistische Prinzip: Jeder nach seinen Fähigkeiten, Jedem seine Leistung wird verwirklicht...”

Frag. Art. 6.

“La República Democrática Alemana es un estado socialista de la nación alemana. Ella es la organización política de los obreros en estado y país. la que realiza el socialismo conjuntamente bajo la dirección de la clase obrera y de su partido marxista-leninista”.

“El escudo de la República Democrática Alemana consiste en el martillo y la hoz”.

“El sistema social del socialismo será perfeccionado continuamente... La explotación del hombre por el hombre está superada para siempre... El principio socialista será realizado cada uno según su capacidad, cada uno según su eficacia...”

“Die Deutsche Demokratische Republik pflegt und entwickelt

entsprechend den Prinzipien des Sozialistischen Internationalismus die allseitige Zusammenarbeit und Freundschaft mit der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken und den anderen sozialistischen Staaten...”

Frag. Art. 7.

“Die Nationale Volksarmee pflegt im Interesse der Wahrung des Frieden und der Sicherung des sozialistischen Staates enge Waffenbrüderschaft mit dem Armee der Sowjetunion und anderer sozialistischen Staaten...”

Frag. Art. 8.

“Die Deutsche Demokratische Republik und ihre Bürger erstreben darüber hinaus die Überwindung der vom Imperialismus der deutschen Nation aufgezwungenen Spaltung Deutschlands, die Schrittwise Annäherung der beiden deutschen Staaten bis zu ihrer Vereinigung auf der Grundlage der Demokratie und des Sozialismus...” (21)

En base a esta carta de principios políticos, económicos y sociales, la sociedad alemana circunscrita a la Zona de Ocupación Rusa, reformó la tenencia de la tierra, se originaron nuevos núcleos de poblamiento, nuevas formas de producción hasta la fundación y el funcionamiento de una economía agraria, basada en la explotación de la comunidad. La reforma urbana siguió a la reforma rural y la educación juega un papel fundamental: “Jeder Bürger der DDR hat das gleiche Recht auf Bildung. Die Bildungsstätten stehen jedermann offen. Das einheitliche sozialistische Bildungssystem gewährleistet jedem Bürger eine kontinuierliche sozialistische Erziehung, Bildung und Weiterbildung...” Frag. Art. 25.

“La República Democrática Alemana cultiva y desarrolla el principio correspondiente del internacionalismo socialista, el trabajo conjunto y la amistad con la Unión de Repúblicas Socialistas y con los otros estados socialistas...”

“El ejército nacional del pueblo mantiene estrecha amistad de armas con el ejército de la Unión Soviética y de los otros estados socialistas con el interés y la conservación de la paz y de la seguridad del estado socialista...”

La República Democrática Alemana y sus ciudadanos se esfuerzan por la superación de la obligada división de la nación alemana, impuesta por el Imperialismo, y dará pasos encaminados hacia una aproximación de los dos estados alemanes hasta lograr una unificación en base a la democracia y al socialismo...”

21) Der Spiegel, No. 16, April 1968.

El "Kindergarten" inicia el proceso de politización, de hacer consciente en el niño los valores públicos del ciudadano. Cuando éste ha tomado el rol social del adulto, desempeña las funciones del "Genösse", actividad similar a la del "Volksgenosse" en el Tercer Reich Alemán.

En el campo político, la élite o clase de poder significa el establecimiento de una élite también totalitaria, que controla todo contacto, actitud y comportamiento en el ámbito regional, y en la esfera religiosa. La clase de poder es una élite uniforme, pues representa los intereses totales del partido oficial, el SED, controla el derecho de elección, el cual no existe realmente, determina la estratificación por medio de la profesión u oficio. La DDR no tuvo ninguna oportunidad de regresar y confrontar la tradición social.

La DDR es en consecuencia, la primera sociedad moderna alemana; "Moderna" en el sentido de reflejar un orden social extraño, impuesto por la ocupación militar y por la clase de poder. En ella se principia a realizar el fenómeno conocido como "Leistungsgesellschaft" en contraposición a "Herkunftsgesellschaft", correspondiente a estadios pre-industriales como la mayoría de las sociedades latinoamericanas. La DDR está considerada como la 9ª sociedad industrial del mundo contemporáneo.

El problema central, consistiría en la siguiente formulación: Quiso la sociedad alemana realizar el sendero político post-revolucionario, basado en un sistema foráneo?

Un indicador a esta respuesta es la presencia o ausencia del conflicto social. Piénsese en el 17 de junio de 1953, cuando el primer intento de disidencia política fue bloqueado y asfixiado enérgicamente. La evasión también nos indica que por ejemplo, se han llegado a escapar de la DDR y huir hacia Occidente, hasta 30.000 personas en un solo mes. Es indudable la capacidad orientadora y planificadora de la clase de poder al dar al "Genosse" un papel activo que le permita discutir niveles de producción, de problemas de política educacional, política familiar o de vivienda, etc., y distraer así la discusión en torno a la participación activa política ideológica, ofreciendo una se-

"Todo ciudadano de la República Democrática Alemana tiene igual derecho a la educación. Los lugares de instrucción están abiertos para todos. El sistema unificado socialista de instrucción le garantiza a cada ciudadano una educación continuada, instrucción continua...".

"Sociedad de eficacia", "sociedad de origen (tradición)".

guridad a cada ciudadano, realizando el principio de la Constitución: "Arbeit mit, plane mit, regiere mit...".

La respuesta social más trágica de la sociedad alemana en el período de la "Wiederaufbau" la dio la DDR, al crear un anticlímax extraño y hostil al alemán mismo, precisamente cuando en el antagonismo de los dos estados, el alemán se volvió en contra del alemán, la ideología alemana ataca la ideología alemana, el alemán desconfía de los valores del alemán, el alemán traiciona al mismo alemán. Esquilo sería incapaz de describir la fuerza trágica de la sociedad alemana contemporánea.

B. EL SENDERO POLITICO SOCIAL DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA.

De facto, el observador descubre la presencia de dos estados alemanes, en 1968; si la observación recae en algunos factores como la arquitectura, las actitudes sociales, los autos, el vestuario, los valores, la participación en el sistema político, el concurso, la industria, etc., tanto en la DDR como en la BRD. A esta realidad social es equívoca la substracción.

Sostuvimos que la DDR lleva la revolución iniciada en 1933 hasta la institucionalización de una sociedad moderna. La República Federal puede ser entendida como contra-revolucionaria. El regreso en busca de formas no-modernas para su estructura social significa aún una de sus dislocaciones sociales de mayor riqueza conflictiva. El nuevo principio político en 1945 estuvo dirigido por el poder de ocupación de las cuatro zonas. Entre 1945 y 1948 las decisiones e iniciativas político-sociales tuvieron que corresponder al paradigma de la ocupación. En 1948 se planteó el problema de una nueva construcción estatal y se planteó el problema del sistema socio-económico.

El poder de ocupación se dirigió a los presidentes de cada Land (provincia) y les convocó para: "dem Staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben"; (22) conjuntamente con los miembros políticos activos de su cuasi-gobierno regional. El inten-

"trabaja con, planea con, gobierna con...".

22) D., Claessens U. A. Sozialkunde der Bundesrepublik Deutschlands, Düsseldorf, 1965.

"Para dar un nuevo orden a la vida estatal durante un tiempo de transición".

to fue apenas provisional y en vez de una "Verfassung" (constitución), se redactó una "Grundgesetz" (Carta constitucional).

Una de las mayores preocupaciones de la nueva élite fue la de tomar como centro de discusión, la Constitución de Weimer, especialmente el problema de distribución del poder en el Presidente, en el Canciller y en el Parlamento del Reich. La "Bonner Grundgesetz" se decide a cerrar constitucionalmente, toda posibilidad a un nuevo nacional-socialismo. De este modo, es comprensible el complejo de culpabilidad anclado en un juego de valores, según la "Weltanschauung Adenauers" (cosmovisión de Adenauer), que se enseñó en toda escuela, gimnasio o universidad de la República Federal. (Los alemanes somos culpables del asesinato de millones de seres humanos). La confesionalidad religiosa viene a reforzar la contra-revolución. Interesante es hacer notar que el slogan político que Adenauer empleó para llevar al poder al Partido Demócrata-Cristiano, CDU, fue el de "No hagamos experimentos".

En el aspecto socio-estructural, se sumó un hecho fundamental: la constitución de la así llamada "Die Skeptische Generation" (Schelsky) la cual consiste en: "Die Verhaltensform der gegenwärtigen deutschen Jugend ist zunächst als eine Auflösung und ein Abstossen der polistischen Generation zu verstehen" (23).

"Die skeptische Generation bedeutet Entpolitisierung und Entideologisierung des jugendlichen Bewusstseins".

La generación escéptica significa el Hiatus entre la cosmovisión de las cuatro potencias de ocupación y las ideas y valores alemanes. Esta generación reconstruyó física y económicamente a la Alemania después de 1945, pero ella misma permaneció "im vacuum" socio-culturalmente hablando. Ante los fenómenos incidentes y continuos: escape, bombardeo, concentración en los famosos "Konzentrations-lager", desclasificación social, dificultades del habitat, desadaptación al medio social, e imposibilidad ante la educación y los limitados chances de subsistencia, (por ejemplo: el 25% de la juventud proviene

23) H. Schelsky; Die Skeptische Generation, Düsseldorf-Köln, 1957.

"La Generación escéptica".

"La forma de comportamiento de la juventud alemana contemporánea se puede entender, por lo pronto, como una disolución y un choque de la forma de la "generación escéptica".

"La generación escéptica significa despolitización y desideologización de la consciencia juvenil".

de la DDR y el 55% de la población juvenil ha cambiado de localidad), la generación inmediata a 1945 se entregó a la búsqueda de estabilidad en el mundo privado, personal, cotidiano; el mecanismo consistió en materializar las necesidades que se imponían como un "mínimum", lo que Schelsky llama, Horizonte Social Primario.

La liberación de las necesidades sociales sentidas se colmaron en el plano de la seguridad familiar, de la capacitación técnica profesional y del ingreso per cápita; es decir, significó una substracción del plano institucional. Este escepticismo como actitud intelectual indica un rechazo a la libertad romántica del individuo, frente a la Naturaleza, al idealismo alemán. Es el interés por lo cercano, por lo práctico, es una auto-afirmación como comportamiento y como mentalidad. Es un esfuerzo por alcanzar realidades concretas.

La generación escéptica busca la afirmación de la capacidad en el ámbito de la vida privada y práctica, es un sentido de lo seguro y claro, de lo posible y de lo necesario.

Muchos sociólogos hablaron ya de un egoísmo craso, de un materialismo vulgar; se trata de una generación incapaz psicológica y socialmente de trascender, incluso con el pensamiento, una situación concreta del presente; es una evasión, es una dimensión del deseo de insensibilidad y utilitarismo. Otros sociólogos al referirse a la generación escéptica sostienen que en ella existe una necesidad vital de protección; poseen un pavor a la ideología, a la frase no profunda y sustancial; ella busca crear y organizar un cosmos del caos del mundo medio ambiente; ella quiere protegerse del mundo de las ilusiones.

La generación escéptica, desconfiada, menos ilusionada que las anteriores (la romántica y la política), sin Pathos, ha podido ejercer una mayor capacidad frente a la vida; pero de hecho captó los valores privados sistemáticamente, por lo cual ha sido llamada: "Die Generation der Vorsichtigen, aber Erfolgreichen Jungen Männer". Esta generación fue siempre contra-revolucionaria, mejor, a-revolucionaria, pero que plasmó su seguridad en la técnica, en el trabajo como profesión y en el consumo. Sobre todo, la técnica le dio una seguridad uni-dimensional (Marcuse) y un solo estilo de vida. (Schelsky).

Esta generación escéptica participó en la creación de una nueva élite en la BRD: la élite económica, que ha venido ejerciendo una cierta competencia con la élite jurídica, la que siempre ha regido la sociedad alemana. Sin embargo, esta generación creó un clímax di-

fácil para la realización de los valores públicos y ha contribuido al establecimiento del Pacto del Miedo, el cual indica a su vez, que aún existe en la BRD una clase de poder establecida desde 1918 (Zapf) (24).

El spectrum de la discusión alemana político-social se ha desplazado hoy considerablemente. Sintomático es el movimiento estudiantil, "oposición extraparlamentaria", por medio de la cual los estudiantes buscan el compromiso moral con valores que la juventud escéptica no les ofreció, basados en valores culturales, morales, políticos, ideológicos, anti-tecnológicos.

Al final de esta visión analítica puede sostenerse que las respuestas que la sociedad alemana ha dado a la Democracia Liberal en el tiempo y en el espacio, han sido respuestas fallidas de acuerdo a la teoría rudimentaria de Dahrendorf, teoría que nos permitió el análisis sistemático de una sociedad moderna.

Pero, si desde el punto del análisis metodológico, la teoría tiene una capacidad alta sistematizadora, no debe olvidarse, sin embargo, que el modelo de la democracia liberal existe primero en el URANOS teórico de Dahrendorf, luego en la "realidad fenoménica" de la sociedad concreta alemana. El problema alemán sigue siendo un problema dramático por resolver, el *quid* consiste en que el lector indique al analizarlo, la prioridad de la realidad del hecho social, o la prioridad de la construcción teórica mental:

HIC ET NUNC
QUID EST NATURA NATURANS
QUID EST NATURA NATURATA

El científico no puede ni atacar ni defender (juicios de valor) científicamente ningún sistema socio-político. Los políticos enuncian la realidad por medio de juicios de valor. Este fue ya el problema de Max Welber y Schmoller (25).

En efecto, apenas ahora si pudiéramos principiar a planear el verdadero problema alemán.

24) W., Zapf; Wandlungen der deutschen Elite 1919-1961, München 1965.

25) E. Topitsch; Logik der Sozialwissenschaften, Köln-Berlin, 1967, p. 165.

REACTUALIZACION DE LA TEORIA DE LA SOBERANIA HUMANA

Dr. Juan Martín Guidi.

Resulta por demás ocioso afirmar, otra vez, que estamos en plena vigencia en el Año Internacional de los Derechos Humanos, precisamente, porque en 1968, se cumplen los 20 años de la magna proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en París en 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pero, no resulta superabundante destacar que estamos en 1968, "Año Internacional de los Derechos Humanos", en plena efervescencia mundial. Esta efervescencia es de toda índole, tanto formal como material en lo referente a derechos humanos, ya que si por una parte los pueblos en todo el orbe están por los derechos humanos en su acción, los voceros oficiales y particulares destacan las virtudes de la Declaración, al par que señalan sus defectos proponiendo soluciones para su mayor eficacia.

El Dr. Ambrosio Romero Carranza, en el Instituto Popular de Conferencias en Buenos Aires, se refirió al tema "Defensa internacional de los derechos humanos", en la sesión del 12 de julio de 1968.

Y, entre otras cosas, dijo: "Señoras y señores: La extrema derecha y la extrema izquierda se dan actualmente la mano para defender el erróneo principio de la soberanía absoluta e ilimitada de los Estados" (en "La Prensa". Buenos Aires, 13 - VII - 1968).

Y, el mismo periódico, consigna noticia de Irlanda, sobre la visita realizada a dicho país por el secretario general de la U. N., Sr. Thant. Este habló en una reunión del Colegio Internacional de Abogados para pedir la adopción de nuevas normas de conducta internacional que reemplacen al actual sistema. Opinó que los conceptos de soberanía nacional e independencia son un obstáculo en una era en que estamos evolucionando de la independencia a la interdependencia y añadió que en el ejercicio del derecho internacional no debe olvidarse a la persona como "individuo".

Los conceptos vertidos, tanto en el orden nacional, como en el internacional, por personas autorizadas, ya que el uno es magistrado, y, el otro ejecutivo del alto organismo internacional, no nos llaman la atención, recién a los 20 años de vigencia y fracasos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los términos de conducta de interdependencia, de soberanía humana y no política, y, de derechos auténticos del ser humano, como individuo o persona ya los habíamos leído en el libro de César Barros Hurtado, titulado: "El Hombre ante el Derecho Internacional". ("Ensayo para una Teoría de la Soberanía Humana"), Buenos Aires, Editorial "El Ateneo", 1949, y, de cuya existencia habíamos tenido conocimiento por ser requerido en la Bibliografía de la materia Derecho Internacional Público, con cátedra a cargo en ese entonces del Dr. César Díaz Cisneros, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional de la Plata.

Esta Universidad, fundada por Joaquín V. González, como veremos más adelante, con eximios maestros, hizo realmente Escuela en muchas de sus disciplinas.

Hoy, en plena efervescencia de 1968, se reactualiza una vez más la notable teoría de la soberanía humana sostenida, desde hace veinte años (los mismos años de la vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos) por el notable autor argentino, el Dr. César Barros Hurtado, que fuera embajador argentino ante los EE. UU. de Norteamérica, durante los años 1958 y 1959.

Su ensayo es ahora una realidad, como teoría, razón por la cual, ésta, es decir su nominada teoría de la soberanía humana, se reactualiza frente al problema señalado por aquéllos: Los estados en sus fronteras no tienen derechos absolutos para menoscabar los derechos de la personalidad, y, es necesario crear un alto organismo internacional que haga respetar a las personas, en cualquier parte del mundo, admitiendo la interdependencia de los estados.

Pero, cuando la sostenía el mismo Barros Hurtado, con referencias

y citas a la doctrina sobre la conducta humana de Carlos Cossio, y, del primado gnoseológico del orden jurídico internacional, de Hans Kelsen, los eternos aristarcos lo atacaron, sin haberlo leído, como también se atacó a aquéllos, sin haberlos leído, o, de leídos, sin haberlos entendido.

Es que la cátedra platense tuvo en aquella oportunidad, una generación de egresados, con pretensiones de juristas y vocación de jusfilósofos, que aquel maestro argentino de filosofía del derecho, o, jusfilosofía, supo despertar. Hizo, entonces el referido maestro argentino profesor, Dr. Carlos Cossio, lo que se llama Escuela. Dictó cátedra, despertó inquietudes, y, formó discípulos que fueron luego maestros, como él.

Y, de esta Escuela platense es también Barros Hurtado, y, de esta misma Escuela, es la teoría argentina sobre la soberanía humana, que en síntesis, trata de lo siguiente:

El contenido de la norma jurídica internacional, es la conducta.

La soberanía reside en el hombre.

La mejor organización internacional efectiva y permanente es la del pueblo.

La personalidad humana merece respeto en la patria sin fronteras del mundo. El derecho internacional debe ser antes que nada humano, realista, con un contenido valorativo axiológico de la vida.

Estas premisas fundamentales de la teoría de la soberanía humana, de Barros Hurtado, las destacamos con orgullo de argentinos, y, sólo deseamos que su luz —luz de libertad humana— sea faro luminoso para todos los que en el mundo hoy cantan loas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Año Internacional, de 1968, señalando su relativa efectividad y proponiendo sistemas de soluciones. El de Barros Hurtado es un sistema adecuado y propicio, y, universal y humano, pues es más amplio en comprensión y extensión que lo pregonado de occidental y cristiano.

El ensayo convertido en el libro citado, fue la tesis del doctorado de Barros Hurtado, en la Universidad Nacional de la Plata, y, en la Facultad específica, de Ciencias Jurídicas y Sociales.

La antorcha argentina, por la obra de algunos de sus hombres, en este caso el autor que comentamos, no tendrá magnitudes geométricas ni estará sostenida por ninguna estatua simbólica de la libertad, pero, sí, como digna obra de cultura, tiene profundidad de doctrina humana.

Es realidad y es posibilidad, y, al logro de este último tienden las líneas que anteceden en honor al autor y a lo argentino, y, a la efectividad de los derechos humanos en la patria sin fronteras de la misma humanidad.

INFORME DEL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO AL RECTOR DE LA U. DE A.

I - MATRICULA, RENDIMIENTO ACADEMICO - ACTIVIDADES REGULARES Y DE EXTENSION UNIVERSITARIA.

1 - 1 CURSOS PROFESIONALES. - Se matricularon como alumnos regulares de la Facultad, 136. Sólo se presentaron dos deserciones en el transcurso del año académico: un estudiante del tercer semestre y otro del quinto. De los 134 que terminaron el año, 97 aprobaron todas las materias; 22 perdieron una materia; 7 dos materias y 7 tres o más materias. El siguiente cuadro muestra, por semestres, las cifras anteriores:

Semestre	3º	4º	5º	6º	8º	Varios	Total
Nº de alumnos	10	32	28	26	31	7	134
Completos	3	22	22	22	28	0	97
Una materia	3	7	6	3	2	1	22
Dos materias	3	3	0	1	1	0	7
Tres o más materias	1	0	0	0	0	6	7

El cuadro revela una reducida mortalidad, máxime si se considera que los estudiantes con una y dos materias perdidas tienen derecho a

presentar exámenes de habilitación, que en el momento de escribir este Informe no se han practicado aún.

El buen rendimiento académico y la escasa mortalidad consiguiente —en relación con años anteriores— deben atribuirse al cambio paulatino que se viene operando en los métodos docentes y al creciente mejoramiento en la formulación de exámenes y en su evaluación. Es justo destacar el empeño de la gran mayoría de los profesores, por perfeccionar su metodología, y la receptividad de los estudiantes a los cambios positivos.

1-2 CURSOS DE POST-GRADO.

A. *Casación*. Conscientes de que la misión de la Universidad y, en consecuencia, de cada una de sus Unidades Docentes, no se agota en la formación de profesionales, sino que abarca la difusión de cultura a todos los niveles, pusimos especial énfasis en la programación y realización de cursos para graduados. Se ofrecieron dos: **TECNICA DE CASACION CIVIL** y **TECNICA DE CASACION PENAL**, dirigidos por los profesores Julián Uribe Cadavid y Gustavo Rendón Gaviria, respectivamente. La buena calidad de profesores y alumnos determinó el éxito de la experiencia.

Al curso de Casación Civil asistieron regularmente 20 abogados graduados, y 18 al de Casación Penal. Cada uno de los alumnos matriculados presentó un trabajo práctico que fue sometido a la evaluación del respectivo profesor. Todos aprobaron el curso.

B. *Ciencia Política*.

El Instituto, que funciona como dependencia académica de la Facultad, con tres profesores de ésta adscritos a él, contó con 20 alumnos. A pesar de las dificultades innegables con que el Instituto ha tropezado, el interés por el estudio de esta ciencia, en nuestro medio, es notoriamente creciente. Una reseña más detallada de las actividades del Instituto, se encuentra en el informe presentado por su director.

1-3 EXTENSION UNIVERSITARIA.

A. *Cursos de Refrescamiento*.

Es bien sabido por el señor Rector, y justo motivo de preocupación en la Universidad, que de los egresados de la Facultad de Derecho, sólo un reducido porcentaje alcanza el grado, que los habilita para ejercer la profesión. En 141 años de vida académica, el número de graduados en la Facultad apenas se aproxima a los 600. Factor determinante de

esta situación negativa es, a no dudarlo, el exceso de requisitos que el aspirante al título debe cumplir. Especialmente los exámenes preparatorios constituyen una traba seria, como que su preparación demanda un tiempo de dedicación del que no todos los egresados pueden disponer sin graves perjuicios. Por fortuna, la reforma académica de la Facultad, recientemente aprobada por el Consejo Directivo, los ha suprimido —por juzgarlos superfluos— para los estudiantes que ingresan en el presente año. Para los alumnos que no resultan beneficiados con la reforma, y especialmente para los que terminaron sus estudios hace ya varios años y aún no han llenado la mencionada exigencia, hemos programado cursos intensivos, de refrescamiento, tendientes a facilitar la preparación de grupos de materias.

En el segundo Semestre de 1968 se realizaron dos, ofrecidos por el Departamento de Derecho Civil: Bienes, Obligaciones y Contratos; y Personas y Sucesiones. Al primero asistieron 39 ex-alumnos, de los cuales 38 aprobaron el examen. Al segundo, 20, que se examinaron el 27 de enero. Para el año que corre se han programado varios de estos cursos en diferentes áreas.

El solo interés demostrado por la Facultad en que sus antiguos alumnos se gradúen, ha producido un efecto altamente benéfico, pues ha estimulado a muchos su deseo de hacerlo. En 1968 optaron al grado 19 egresados, cifra récord, en la historia de nuestro claustro, y que esperamos superar ampliamente en el presente año. Además, se presentaron exámenes preparatorios en promedio de 6 semanales, con un porcentaje de aprobaciones de un 80%.

B. *Otros*.

Con el objeto de mantener vivo el interés por temas de actualidad relacionados con el Derecho o la Ciencia Política, se ofrecieron al público en general los siguientes cursillos y conferencias:

1. EL ESTADO MODERNO: Doctor Mario Laserna (4 conferencias)
2. POSIBILIDADES DE LA DEMOCRACIA EN EL MUNDO ACTUAL: Doctor Gerardo Molina (4 conferencias).
3. FUNDAMENTOS ANTROPOLOGICOS DE LA ETICA: Doctor Daniel Ceballos Nieto (un semestre).
4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL: Doctor Hernán Toro Agudelo (1 conferencia).
5. LA REFORMA JUDICIAL Y EL MODERNO PROCESO CIVIL: Doctor Hernando Devis Echandía (una conferencia).

6. LA REFORMA DE LA LEGISLACION CIVIL EN MATERIA DE FILIACION: Doctor Leopoldo Uprimny (una Conferencia).
7. EL PROBLEMA DE LA DESCENTRALIZACION ADMINISTRATIVA: Doctor Luis Villar Borda (Una Conferencia).
8. TRES ESTADOS DE LA HISTORIA INTELECTUAL DE COLOMBIA: Doctor Jaime Jaramillo Uribe (Una Conferencia).
9. ASPECTOS DEL DERECHO ECONOMICO: En colaboración con el Colegio de Abogados de Medellín: doctores Enrique Gaviria Gutiérrez, Hernán Villegas Sierra, Arturo Rodríguez Echavarría (6 Conferencias).

II - REFORMA ACADEMICA DE LA FACULTAD.

Durante todo el primer semestre se trabajó intensamente en la preparación y maduración de la reforma académica de la Facultad, reclamada con insistencia (y con justa razón) por directivas de la Universidad y estudiantes, y aún esperada por una buena parte de la opinión no universitaria.

Desde comienzos del semestre se creó una comisión permanente integrada por el Decano, dos profesores (los doctores Ochoa González y Sanín Greiffenstein), dos estudiantes (los señores Juan Flavio Díaz y Efraím Vélez), encargada de estudiar el tipo de reforma que pareciera más conveniente, y su viabilidad.

Las visitas —auspiciadas por la Fundación Ford— a Universidades de los Estados Unidos (Harvard, Michigan y Stanford) y de Sur América (Concepción, Santiago y Río de Janeiro), que el Decano de la Facultad tuvo oportunidad de efectuar en asocio de un grupo de profesores colombianos, resultaron sumamente provechosas a este propósito. Igualmente fueron de gran utilidad, los trabajos cumplidos por el Comité Provisional de Derecho de la Asociación Colombiana de Universidades y por el Seminario de Decanos, entidades ambas que el suscrito tuvo el honor de presidir.

Una vez se juzgó maduro el proyecto, fue presentado al Consejo Académico de la Facultad, que no vaciló en recomendarlo —por unanimidad— al Consejo Directivo de la Universidad. También allí la aprobación con leves modificaciones, fue unánime.

Merece destacarse la magnífica acogida que la reforma tuvo en el Consejo Estudiantil de esta Unidad Docente, el que aportó siempre sus opiniones y críticas al logro del objetivo.

Motivaciones, proyecto inicial y enmiendas, son suficientemente conocidos por el señor Rector, cuya voz estimulante debe computarse como factor decisivo en el éxito de esta primera parte de la empresa.

Resta ahora la fase de ejecución, que emprenderemos este año con grandes esperanzas. Naturalmente, ello comporta una valoración prioritaria por parte de las directivas que estamos convencidos seguramente se dará.

Nuestras ambiciones, a cinco años, están condensadas en un esbozo de plan que aparece como anexo N° 3.

III - SERVICIOS A LA COMUNIDAD

3 - 1 Consultorio Jurídico.

Fue creado con una doble finalidad: docente y social (ver anexo N° 4). Ambas las ha cumplido cabalmente, como se desprende del informe presentado al Decano por el Director, doctor Horacio Montoya Gil.

3 - 2 Centro de Investigaciones Jurídicas.

Se creó recientemente, con el objeto de rescatar la actividad investigativa en el campo jurídico, desventuradamente muy relegada entre nosotros. A la vez, se propone realizar trabajos de utilidad inmediata para la comunidad.

IV - DISCIPLINA.

Para el Decano es sumamente grato consignar en este informe, que en el transcurso del año no se presentó ni una sola falta grave a la disciplina. En la Facultad se vive un clima de franca cordialidad entre directivas, profesores y alumnos, quienes están completamente identificados en los objetivos, con apenas leves discrepancias en algunos asuntos de procedimiento, las que siempre se ventilan en forma civilizada y racional en los Consejos.

Profesores, estudiantes y empleados han sido, para el Decano, colaboradores irreemplazables. Con el Consejo Estudiantil ha celebrado reuniones periódicamente y no ha escuchado cosa distinta a planteamientos inteligentes y críticas serias. Ni un solo conflicto ha creado este Consejo y en cambio sí ha prestado su concurso generoso y eficaz para solucionar problemas originados en otras fuentes, así sean los de simple rutina.

Los Consejos Académico y Consultivo siempre sesionaron —en 1968— conjuntamente, y el ciento por ciento de las decisiones se tomaron por unanimidad. Es este un buen indicativo de la armonía reinante en la Facultad, donde la participación activa de los estudiantes en los Consejos ha sido una experiencia altamente positiva.

Del Señor Rector,

Carlos Gaviria Díaz,
Decano de la Facultad de Derecho.

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

ACUERDO por el cual se crea el CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, en uso de sus atribuciones legales,

A C U E R D A :

Artículo 1º - Créase anexo a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia el CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

Artículo 2º - EL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS tendrá como objetivos fundamentales, practicar investigaciones sobre la legislación vigente para sistematizarla, ordenarla e interpretarla; para racionalizar procedimientos y para constatar su eficacia; además, examinar las instituciones jurídicas para identificar sus problemas y deficiencias y para proponer soluciones; elaborar estudios jurídicos tanto teóricos como prácticos, todo ello, bien mediante contratos celebrados con entidades públicas y privadas, o bien por encargo de las Directivas Universitarias, o bien por propia iniciativa del Centro cuando un asunto de interés general así lo aconseje.

Artículo 3º - El Centro de Investigaciones Jurídicas tendrá un Director y el personal que se estime necesario y estará sometido en su funcionamiento a las disposiciones del Decano, y de los Consejos Académico y Consultivo de la Facultad.

Artículo 4º - Los estudios e investigaciones encomendados al Centro serán realizados por los Profesores y Alumnos de la Facultad de De-

recho y Ciencias Políticas y por el personal especializado que, según las circunstancias, haya necesidad de contratar.

Artículo 5º - La Universidad de Antioquia, por conducto del Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, podrá contratar con Organismos y entidades del sector público como del privado, investigaciones y estudios jurídicos cuya ejecución será encomendada al Centro de investigaciones jurídicas que por medio del presente Acuerdo se establece.

Artículo 6º - El Centro será financiado con la apropiación presupuestal anual que le sea asignada por la Universidad, con los honorarios provenientes de los trabajos realizados a terceras personas y con las posibles donaciones que le sean hechas.

Artículo 7º - Los dineros provenientes de los contratos a título oneroso que sobre el particular se celebren, serán depositados en un Fondo Especial de la Tesorería de la Universidad contra el cual podrá girar el Decano de la Facultad de Derecho para atender a los gastos que demande la ejecución del respectivo trabajo de investigación jurídica.

PARAGRAFO: - Entiéndese por gastos del trabajo aquellos que se calculen inicialmente y que sirven de base para la celebración del contrato, y además, los gastos imprevistos que, a juicio del Decano de la Facultad fueren necesarios para dar cumplimiento al compromiso. Igualmente se imputarán a los gastos del trabajo, el costo de los materiales, transportes, viáticos y los servicios de personal no vinculado que se utilicen en la ejecución del contrato.

Artículo 8º - EL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS contará con un Fondo permanente de Caja Menor de conformidad con las normas fiscales y administrativas vigentes, y su Director elaborará y ejecutará un presupuesto de ingresos y gastos debidamente programados y cuantificados, con su respectivo control por parte del Síndico de la Universidad.

Artículo 9º - Las utilidades que se obtengan se repartirán de la siguiente manera: Un diez por ciento (10%) se destinará a Fondos Comunes de la Universidad por concepto de administración, y el noventa por ciento (90%) restante permanecerá en el Fondo Especial a que se refiere el artículo 7º, el cual será destinado a la financiación de preparación de profesorado, sobrerremuneración de Profesores, pago de Monitores, encuestadores y personal Auxiliar, compra de libros especializados y para los demás gastos que sea indispensable realizar en el giro de las actividades propias del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Artículo 10º - El presente Acuerdo regirá desde la fecha de su aprobación.

INFORME DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO DE CIENCIA POLITICA

Asunto: Informe del Director del Instituto de Ciencia Política acerca de las actividades del Semestre II de 1968.

Objetivo: Describir de una manera precisa qué hizo el Instituto de Ciencia Política durante el semestre comprendido entre los meses de agosto y diciembre.

Proyección: Programación de la actividad del Instituto de Ciencia Política para los semestres inmediatos.

El Instituto de Ciencia Política de acuerdo a su programa para 1968, adjunto al presente informe, realizó una serie de actividades científicas y académicas.

1 - El Instituto de Ciencia Política estuvo conformado por dos grupos de trabajo que con profesores y alumnos suman aproximadamente 30 personas. Se iniciaron labores el día 22 de agosto y se concluyeron el día 9 de diciembre.

2 - La actividad científico-investigativa se orientó hacia la recolección de datos, clasificación, interpretación y exposición de hechos políticos de la sociedad colombiana de acuerdo a la teoría de la democracia como hilo conductor. Se elaboraron documentos de trabajo haciendo énfasis en una esmerada calidad científica, por ejemplo, se trabajó en los campos siguientes:

2-1 Rol político-social del ciudadano colombiano.
Igualdad de oportunidades y estratificación social.
Indicadores: educación, tenencia de la tierra, etc..
Ideología que sustenta la estratificación: análisis del Primer Plan de Desarrollo para el Oriente Antioqueño.

2-2 Conflicto y Sociedad.

Modelo hipotético y paradigmático sobre el fenómeno violencia como máxima expresión del conflicto en la sociedad colombiana.

2-3 Intento y descripción de la clase de poder colombiano.

Clase de poder, valores políticos y sociales: Análisis de contenido del mensaje del Presidente Lleras al Congreso, 1968.

Análisis del contenido del discurso del Canciller López ante la ONU, 1968.

3 - Con motivo del Día de la Raza se celebró una mesa redonda en donde se discutieron dos ponencias elaboradas por miembros del Instituto de Ciencia Política:

a - Latino-americanismo como posición.

b - Especie y raza en América Latina.

4 - Participaron como profesores del Instituto de Ciencia Política el Dr. Orión Alvarez y el Dr. Mario Rivera, así como también el Director. Ninguno de los profesores arriba citados son profesores de tiempo completo, lo cual condiciona fundamentalmente la actividad del Instituto.

5 - Se publicaron documentos mimeografiados para la discusión y el análisis científico sobre la reforma agraria colombiana, planeación latino-americana, teoría de la ciencia política. Sistemáticamente se trabajó en la exposición y discusión de los métodos y de las técnicas de la investigación científicas, y en especial se trataron los métodos experimental, mensurativo y estudio de casos.

6 - Se realizaron conferencias especiales por medio de invitaciones a profesores de Bogotá y de Medellín:

6 - 1 Dr. Jaime Jaramillo Uribe

Tres Etapas en la Historia Intelectual de Colombia.

6 - 2 Dr. Luis Villar Borda.

Planeación, Reforma constitucional y Regionalización.

6 - 3 Arq. César Valencia

Planeación y decisiones en la política universitaria.

6 - 4 Dr. Alberto Mendoza

Plan Básico de la Educación.

6 - 5 Partidos políticos contemporáneos en Colombia.

Dr. J. Emilio Valderrama.

6 - 6 Dr. Litto Ríos Buitrago, Director.

Auschwitz y la Violencia colombiana.

7 - El Instituto de Ciencia Política estableció una serie de contactos directos e indirectos para el logro de sus programas: Universidad del Valle, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Universidad de Minster, Alemania, BID, Colegio de México, Universidad de Amsterdam, etc., etc.

8 - Se promovieron reuniones para discutir el cometido y el contenido del Instituto de Ciencia Política en la Universidad de Antioquia, en el país, y el papel de la Ciencia Política en la América Latina.

9 - El Instituto de Ciencia Política se hizo cargo de conferencias de ciencia política en los Institutos colombo-alemanes de Bogotá y Medellín, en la Universidad Nacional, en la Universidad Pontificia Bolivariana.

9 - 1 Comportamiento político del hombre del Chocó.

9 - 2 Planeación y decisiones políticas.

9 - 3 El problema político alemán, etc.

10 - El Instituto de Ciencia Política representó a la Universidad de Antioquia en el Seminario II Latino-americano de Ciencia Política, celebrado en Cali durante los días 25, 26 y 27 de noviembre, 1968; y estableció nuevos contactos con centros que se ocupan científica y académicamente de las Ciencias Sociales en la América. Entre los contactos están:

10 - 1 Dr. Anderson, Decano, Ciencias Sociales de la Universidad de Puerto Rico.

10 - 2 Dr. Carvalho, Director del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Minas Gerais, Brasil.

10 - 3 Luis H. Fajardo, Director del Depto. de Sociales de la Universidad del Valle.

14 - 4 Dr. González, Director de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la U. Autónoma de México.

10 - 5 Dres. Marsal y García-Bouza del Instituto Torquatto de Tilla, Argentina.

10 - 6 Dr. Segovia del Colegio de México.

10 - 7 Rafael Rivas, Jefe del Depto. de Ciencia Política de la Universidad del Valle.

10 - 8 Dr. Molina y Dr. Lagos de los Institutos de Ciencia Política de las Universidades Chile, y Católica, Chile.

10 - 9 Dr. Scott, Director del Political Science Department de la Universidad de Illinois.

10 - 10 Dr. Mario Latorre, Decano de Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional.

10 - 11 Arne Von Franqué, Universidad de los Andes.

10 - 12 Dr. Alberto Mendoza, Jefe Planeación, Universidad Nacional.

10 - 13 Dr. Jaime Cruz, Asesor del Rector, Universidad Nacional.

Etc., etc., etc.

11 - Se programó un viaje de estudios a la Guajira: IMAGEN E IDENTIFICACION CON LA NACIONALIDAD EN EL COMPORTAMIENTO POLITICO. Se trata de un estudio comparativo. Dicho viaje se tuvo que postergar para el 20 de febrero, 1969, debido a inconvenientes extraños al Instituto de Ciencia Política.

12 - Se solicitó al Instituto de Ciencia Política que fuera sede para la constitución de un equipo de trabajo durante el bienio de la educación nacional y mundial, 1969 - 1970, por parte de la Rectoría de la Universidad Nacional y de la rectoría de la Universidad de Ibagué. Se pretende dedicar la atención durante 1969 a la política de la educación en la sociedad colombiana.

13 - El Instituto de Ciencia Política ha recibido un estímulo especial por parte del Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Carlos Gaviria Díaz y por parte de los profesores de la misma Facultad.

14 - Se ha hecho toda clase de esfuerzos por atraer y vincular hombres claves en los programas del Instituto de Ciencia Política como profesores y como investigadores, inclusive se intentó en Bogotá, pero ha sido casi imposible encontrar profesores realmente cualificados para un programa de este tipo.

15 - El Instituto de Ciencia Política ha hecho un programa de trabajo para 1969; ha recibido nuevas solicitudes de ingreso. Pretende crear alrededor del Instituto un grupo que se ocupe de la Ciencia Política con verdadera calidad científica a base de programas lógicos, concretos y viables en la docencia y en la investigación.

16 - El Instituto de Ciencia Política requiere urgentemente la constitución de un grupo de post-graduados, de profesores guías que orienten el trabajo, debidamente financiados por la Universidad para que creen el climax de la ciencia política y establezcan las bases para la institucionalización. De lo contrario, no parece que el Instituto de Ciencia Política pueda continuar haciendo el papel fundamental que le corresponde dentro del contexto de la Universidad.

Litto Ríos Buitrago.

Medellín, diciembre de 1968.

BODAS DE ORO PROFESIONALES DEL DR. DAVID CORDOBA MEDINA

RESOLUCION N° 5

*El Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia,*

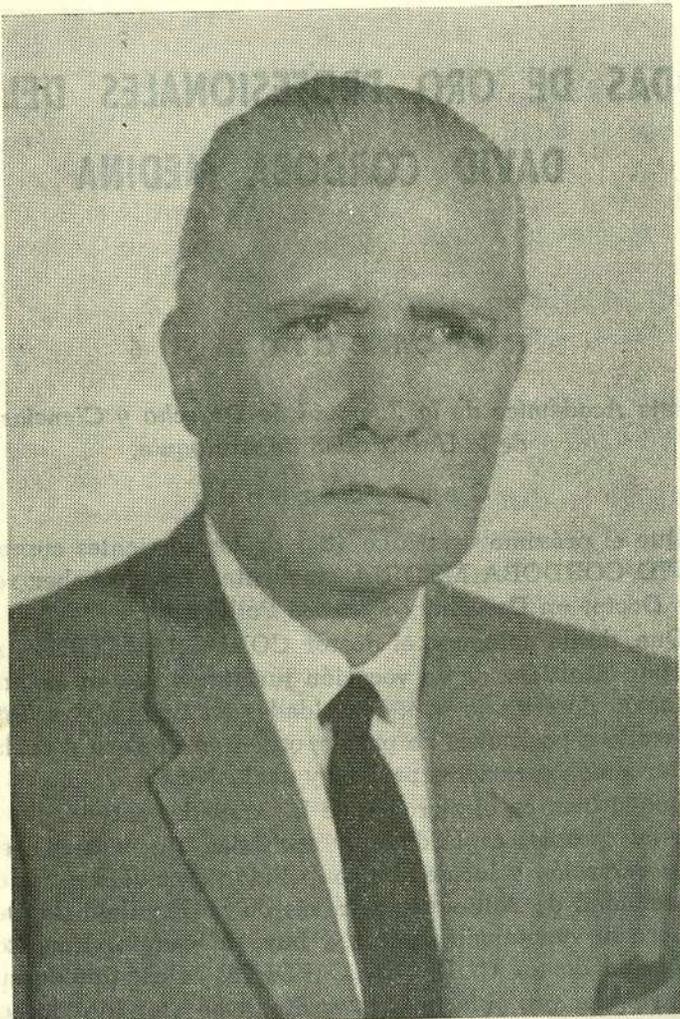
Considerando:

a) Que el próximo veintiuno (21) de los corrientes cumple el doctor DAVID CORDOBA MEDINA cincuenta años de haber recibido su grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas;

b) Que, desde entonces, el doctor CORDOBA MEDINA se ha distinguido por la nitidez de su vocación jurídica y por su originalidad en la elaboración doctrinaria que, respaldadas en su luminosa inteligencia, lo han llevado a posiciones de primer orden en el Foro y en la Cátedra Universitaria, con caracteres propios y exclusivos;

c) Que si bien en el ejercicio de las anotadas actividades ha descollado por sus propias capacidades y aptitudes, sin embargo, el despliegue de su versación y lucidez ha contribuido a enaltecer y a dar lustre a la Universidad de Antioquia a través de su Facultad de Derecho de la que fuera su aventajado alumno, y hoy, su Profesor Emérito;

d) Que el doctor CORDOBA MEDINA ha mantenido su espíritu universitario siempre abierto al progreso, y en este sentido no ha vacilado en aportar sin reservas y con decisión el estímulo de su autoridad en el proceso de transformación de la enseñanza del Derecho y el contingente de su inteligencia en el servicio de la Decanatura de la Facultad y en el de la Cátedra de Derecho Civil.



DR. DAVID CORDOBA MEDINA.

e) Que, precisamente en la dirección de esta cátedra, y durante más de ocho lustros, ha contribuido a la formación de varias generaciones de estudiosos del Derecho con derroche de consagración e idoneidad;

f) Que es un deber del Consejo Académico, poner de manifiesto el común sentimiento de admiración y agradecimiento de los estudiantes, los egresados, los Profesores y los Directivos de la Facultad en la oportunidad en que el doctor CORDOBA MEDINA arriba felizmente a su jubileo profesional,

RESUELVE:

Primero. - Congratular efusivamente al señor Doctor DAVID CORDOBA MEDINA en el día de sus Bodas de Oro profesionales.

Segundo. - Reconocer una vez más los invaluable servicios prestados a la Universidad de Antioquia y a la Facultad de Derecho por tan meritorio Profesional y exaltar su personalidad de jurista y de universitario tan logradamente forjada para ejemplo de las generaciones presentes y futuras.

El Consejo Académico en pleno y en acto especial que se verificará en la debida oportunidad, hará entrega a su destinatario de esta Resolución, en edición especial.

Dada en Medellín, a los dieciocho días del mes de febrero de mil novecientos sesenta y nueve.

EL PRESIDENTE,

CARLOS GAVIRIA DIAZ

EL SECRETARIO,

JUAN B. GRANADOS AGUIRRE

HOMENAJE AL DOCTOR DIEGO TOBON ARBELAEZ

Por unanimidad fue aprobada la siguientes Resolución:

RESOLUCION No. 7

El Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia,

CONSIDERANDO:

- a) Que el 21 de abril próximo cumple treinta años de profesorado en la Facultad de Derecho el doctor DIEGO TOBON ARBELAEZ;
- b) Que el profesor Tobón Arbeláez se consagró desde el principio de su vida profesional al servicio abnegado de la Facultad de Derecho aportando sin reservas las luces de su inteligencia y de sus copiosos conocimientos a través de la Cátedra de Derecho Administrativo.
- c) Que su tesis de grado, "PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO", laureada por la Universidad, marcó en su tiempo un hito renovador en la concepción y en el planeamiento de la problemática del derecho Administrativo moderno dentro del medio colombiano, y hoy sigue alentando las inquietudes de los estudiosos de esta disciplina, en razón de su rigor científico, de su amplitud temática y de la severidad y profundidad de los criterios expuestos;



DR. DIEGO TOBON ARBELAEZ

d) Que el Profesor Tobón Arbeláez ha proyectado su personalidad de jurista, vislumbrada ya desde sus años de estudiante, al examen y estudio de los problemas nacionales con maestría y autoridad que le han ganado renombre y prestigio dentro de sus conciudadanos, y han dado ameritamiento y lustre a la Universidad que lo cuenta entre sus más doctos egresados;

e) Que es deber del Consejo Académico de la Facultad recoger y expresar los sentimientos de admiración y de agradecimiento de los estudiantes, de los profesores y de las Directivas de la Facultad, en la oportunidad en que el Doctor Tobón Arbeláez arriba a los treinta años de fecundo Profesorado,

R E S U E L V E :

Artículo 1º - Felicitar muy cordialmente al Profesor DIEGO TOBON ARBELAEZ con motivo de su arribo a los treinta (30) años de docencia universitaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Artículo 2º - Reconocer y exaltar los grandes y destacados servicios prestados a la Universidad por tan emérito Profesional e incitar a los egresados de la Universidad para que con el mismo entusiasmo y desinterés del Doctor Diego Tobón Arbeláez, consagren a su servicio los beneficios de sus capacidades.

La presente resolución será entregada a su destinatario en edición especial por el Consejo Académico en pleno, en acto que se cumplirá en la debida oportunidad.

Dada en Medellín, a los diez y siete (17) días del mes de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

El Presidente,

CARLOS GAVIRIA DIAZ

El Secretario,

JUAN B. GRANADOS AGUIRRE

COMENTARIOS DE LIBROS

SOCIOLOGIA CRIMINAL JUVENIL

Pedro R. David, Editorial De Palma.

Con el sello de la Editorial Depalma ha aparecido una tercera edición aumentada y corregida de la obra "*Sociología Criminal Juvenil*" de que es autor el doctor Pedro R. David, figura destacada en el plano de los estudios sociales que ha cumplido y cumple funciones de importancia de la judicatura y en los medios universitarios de la República.

El volumen, que está precedido de un meduloso prólogo del doctor Manuel Herrera Figueroa, constituye un estudio metódico y meditado sobre una materia como la delincuencia y la desviación ética de la juventud que tanto preocupa a la sociedad del mundo actual por los aspectos alarmantes que ha alcanzado la conducta desorientada de una adolescencia que mal entiende la rebeldía y que se ha erigido en un fermento de desorden social.

Luego de explayarse sobre aspectos de la sociología del derecho y la sociología jurídica criminal, glosa las predominantes teorías alusivas a la delincuencia juvenil, dedicando preferente consideración a las doctrinas sostenidas por Jerome Hall y Albert Cohen, tratadistas especializados en estos problemas esenciales del ordenamiento humano y de la caracteriología del ser organizado y consciente.

Dedica un capítulo a analizar la función misional que corresponde al juez de menores como asimismo la deficiente estructuración de los

Tomado de VERITAS, año XXXVIII, N° 390, Buenos Aires 15 octubre de 1968.

establecimientos represivos y penales creados para rehabilitar moralmente a quienes delinquen, en la mayoría de las veces en razón de una deplorable subcultura.

Señala a la escuela la parte alícuota de responsabilidad que corresponde a la tarea escolar y consigna las causas por las cuales la acción educativa falla en esta obra de afirmación ética y humana del individuo. Enuncia teorías principistas, menciona experiencias cumplidas en otras latitudes geográficas del mundo y consigna cifras y anotaciones vinculadas con la delincuencia en nuestro país para puntualizar los factores, que a su juicio, contribuyen al auge de la conducta desviada, sin olvidar la incidencia que en el panorama sombrío corresponde atribuir a la disociación hogareña, los desequilibrios económicos y la falta de ejemplaridad en quienes deben ser protagonistas de una irrenunciable rectoría espiritual.

La obra del doctor David es un valioso aporte al estudio de esta cuestión alarmante que debe ser analizada a fondo para poner remedio a una crisis dolorosa de la ética social.

TIPOS DELINCUENTES DEL QUIJOTE, 2 vols.. - Ignacio Rodríguez Guerrero, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1966.

Estoy en mora de hacer el comentario al libro del Dr. Ignacio Rodríguez Guerrero, *Tipos delincuentes del Quijote*, libro que obtuvo el Primer Premio en el Concurso Científico Camilo Torres, abierto por el Colegio de Abogados de Nariño y el premio quinquenal internacional de Estudios Cervantinos "Isidro Bonsoms" 1961 - 1966 del Instituto de Estudios Catalanes de Barcelona, publicado por la Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana de Quito en 1966. Un libro de esta naturaleza es verdaderamente insólito en el medio cultural latinoamericano y mucho más en los círculos de abogados donde abundan las tesis de grado, las monografías, los tratados y libros de texto, pero no las investigaciones absolutamente desinteresadas y de un nivel científico que exige dotes intelectuales y culturales de excepción.

El libro *Tipos delincuentes del Quijote* es sin duda un libro erudito, pero no en el sentido peyorativo del término sino en el positivo de bucear en la literatura, la historia, las crónicas y relaciones la esencia de instituciones que tuvieron plena vigencia en tiempos pretéritos y que determinaron la mentalidad del pueblo español y a través de él influyeron en las colonias españolas de América. No obstante los ciento cincuenta años de Independencia que nos separan de la madre patria y las diversas influencias de orden cultural que hemos recibido de otras naciones, nos une con España un pasado común que pesa de cierta manera en nuestras conciencias y que se mantiene latente o activo en el presente en las formas más elevadas de la cultura como el arte, la religión y el sentimiento idealista de la justicia.

Los tipos delincuentes del Quijote, tal como están concebidos y expuestos en el libro de Rodríguez Guerrero, no pueden ser sino reconstrucciones literarias y científicas de un insigne cervantista. Y ese insigne cervantista no es de Madrid o Barcelona, de México o Bogotá, sino de Pasto, una pequeña ciudad de los Andes colombianos, donde se rinde pleito homenaje a las artes y a las letras, a las humanidades y a las ciencias. Quien se precie de culto y visite Pasto no puede menos que asomarse a la casona colonial del Dr. Ignacio Rodríguez Guerrero, donde encontré la mejor biblioteca privada del país. Con esmero singular ha acumulado a través de su ilustre vida miles de volúmenes entre los cuales no es difícil descubrir a primera vista joyas bibliográficas. Lo que en verdad asombra y pasma en esa casona no es tanto la cantidad de libros cuanto la personalidad culta del insigne Maestro Rodríguez Gue-

rrero, culta por sus maneras y culta por su inagotable saber. Su vida entera ha transcurrido en función de las letras y del saber.

A modo de muestra del contenido del libro objeto de esta nota quiero destacar el capítulo IV del volumen titulado Los cuadrilleros de la Santa Hermandad. Cualquiera que haya leído la novela sin par de Cervantes, se ha preguntado sin duda qué era la Santa Hermandad. Cada página de *Don Quijote de la Mancha* suscita preguntas como ésta, pues nos encontramos a tres siglos y medio más o menos de su publicación, siglos que no han transcurrido en vano en las comunidades de habla hispana. España misma en este período de tiempo, después de ser la señora del mundo y haber ensayado sobre Europa y América un concepto romano-hispánico del poder en el siglo XVI, que es siglo español por antonomasia, como lo señala O. Spengler, entró en franca decadencia a comienzos del siglo XVII y vio reducirse inclusive sus límites geográficos a la mínima expresión en 1898. Como monumentos vivos de su grandiosa tradición perduran aún su lengua y su religión, pero sus instituciones políticas y civiles se han transformado inexorablemente. Las instituciones jurídicas de hoy no son empero las que aparecen en el Quijote de Cervantes o en los dramas de Calderón o en la picaresca de Quevedo. En lo que se refiere a instituciones de derecho penal, España ha avanzado siguiendo el proceso de los pueblos de Occidente en el sentido liberal del principio "nullum crimen nulla poena sine lege previa".

En el capítulo arriba citado, ha analizado Rodríguez Guerrero la institución de la Santa Hermandad rastreando sus orígenes a través de las crónicas e historias, describiendo su estructura y sus competencias, identificando en cada caso a cuál de las dos hermandades se refería Cervantes, ya que por lo menos coexistieron en el siglo XVI La Hermandad Vieja de Toledo formada en el siglo XII y la Nueva Hermandad. A título de curiosidad, recuerda Rodríguez Guerrero que la Santa Hermandad no circunscribió sus actividades a la Península sino que fue transplantada al Nuevo Mundo como se puede leer en el Libro V, Título IV de la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*. Me parece que el interés del libro comentado radica en la conexión que establece entre lo peninsular y lo americano, conexión que nuestros libertadores quisieron deshacer de un tajo, pero que persiste en muchos aspectos no obstante la fuerte transculturación en el pasado y el impulso definitivo de cambio social que caracteriza al presente. Por encima de todos los azares históricos seguiremos conservando los caracteres que nos aglutinan dentro de una inmensa comunidad hispano parlante.

B. Mantilla Pineda

INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA

Eduardo Santa, Editorial Temis, Bogotá, 1968.

Eduardo Santa, abogado, profesor universitario y escritor, no es desconocido en el panorama científico y literario del país. Por vocación y profesión, ha concentrado su interés en el campo de las ciencias sociales más modernas, a saber: la sociología y la ciencia política. Justamente su primer libro: *Sociología de los partidos políticos en Colombia*, era ya un índice de sus aficiones y preocupaciones, no sólo teóricas sino también prácticas, porque trataba de aclarar y explicar fenómenos sociales nacionales mediante el conocimiento científico. Y su último libro: *Introducción a la sociología* obedece al mismo impulso inicial, que sin duda se ha robustecido y enriquecido en su trayectoria no menor de quince años.

Santa ha concebido y elaborado su texto de introducción a la sociología en la faena diaria de investigación y enseñanza, de meditación y cátedra viva. Para que no quepa duda sobre el propósito y contenido de su libro el mismo Santa dice que "es el resultado de varios años de cátedra, de meditación y de investigación sobre el mundo de lo social" (p. X). Sin embargo, no lo considera "un trabajo definitivo" sino que espera "ampliarlo, adicionarlo y corregirlo en todo aquello que la experiencia futura" le indique. "Es, primordialmente, un trabajo de síntesis destinado al servicio de estudiantes y estudiosos de la sociología" (p. XI).

Sobre la enseñanza de la sociología, Santa sostiene una tesis bastante plausible, cuyo contenido transcribo para mayor ilustración de los lectores de esta nota. "El estudio de la sociología, dice Santa, tal como se realiza en la actualidad en muchos países, resulta deficiente, puesto que la sociología se enseña en algunas facultades, departamentos o escuelas, a nivel universitario, especialmente en lo que a América Latina se refiere, en las carreras de derecho, economía, ciencias políticas y ciencias de la educación, además de la enseñanza profesionalista en departamentos especializados; pero en realidad, y ese es nuestro punto de vista, que también comparten otros estudiosos de la sociología en el continente, la enseñanza de esta ciencia debe impartirse en todos los grados de la educación, de conformidad con un plan adecuado para la comprensión de cada uno de esos grados o cursos" (p. VIII). En Colombia la enseñanza de la sociología amplía cada vez más su radio de acción. Ya sobrepasó su etapa de confinamiento en las Facultades de Dere-

cho y ya se abrió paso a otras dependencias universitarias como medicina, arquitectura, etc. Ha descendido además de su pedestal académico y se ha introducido ya en el pènsum del magisterio y, si no estoy mal informado, de algunas carreras medias. Para que la tesis de Santa halle pleno cumplimiento falta que la sociología descienda a la escuela primaria en forma adecuada, vale decir, tal como lo aconseja la más sana pedagogía. Un plan graduado de la enseñanza de la sociología desde la escuela primaria hasta la universidad no es una utopía, puesto que cosa parecida ocurre con la enseñanza de las ciencias naturales o de las matemáticas. Entre las ciencias sociales, la historia se enseña por lo menos en dos niveles.

La "Introducción a la sociología" de Santa comprende tres partes: Primera, Historia de la sociología; Segunda, Lógica de la sociología; y Tercera, Fundamentos de lo social. Comprende en otras palabras una introducción histórica a la sociología, unas nociones de metodología de la sociología y una brevísima y mínima porción de doctrina o teoría sociológica.

La primera parte o sea la historia de la sociología sigue un plan muy sencillo: antecedentes de la sociología, Comte y otros fundadores de la sociología y los sistematizadores de la sociología. Lo último se hace por países: Francia, Inglaterra, los Estados Unidos, Alemania, Italia, España, Latinoamérica y los estudios sociales en Colombia. A causa de la extensión del campo de estudio de la historia de la sociología en todos estos países, la exposición a veces se convierte en una lista de nombres intrascendentes como ocurre con el numeral sobre América latina.

Las páginas dedicadas a los estudios sociales en Colombia se prestan a viva discusión. Los divide en tres etapas: a) descriptiva, que corresponde a la época de la conquista y colonización; b) filosófica, que se inicia en la independencia y se prolonga hasta la mitad del siglo XX; y c) científica, que comienza justamente en 1950, pero que registra tres antecedentes: la expedición botánica, la comisión corográfica y el establecimiento de la enseñanza de la sociología. Pertenece a esta última etapa la publicación de textos de sociología y de monografías sociológicas.

Examinemos a continuación el contenido de los estudios sociales en Colombia, concentrando nuestra atención en la última etapa con sus respectivos antecedentes. Eduardo Santa denomina científica a la etapa que se inició en el año de 1950 con "la fundación de las primeras facultades e institutos de sociología y la aplicación del método rigurosamente científico a las investigaciones de la realidad social" (p. 74). Cita como an-

tecedentes de la etapa científica la expedición botánica, la comisión corográfica y la fundación en la Universidad Nacional de Colombia de la cátedra de sociología por Salvador Camacho Roldán en 1882. A esta etapa y a sus antecedentes hay muchos reparos que hacer. En primer término, por qué es científica la etapa que se inicia en 1950 con los nombres citados?. Por qué algunos pusieron en práctica en sus investigaciones técnicas americanas estigmatizadas de un empirismo huérfano de teoría, es decir, de verdadera ciencia?. Y por qué otros reflejan doctrinas y métodos importados de la Universidad de Louvain?. En segundo lugar, dónde están las obras de investigación de positivo valor científico?. Todos conocemos el resultado de la crítica sobre el libro *La violencia en Colombia*, justamente la obra más sensacional de varios sociólogos científicos. En tercer lugar, no veo la razón por qué López de Mesa sea filósofo en su libro *De cómo se ha formado la nación colombiana* donde el insigne sociólogo trató de dar una imagen científica de Colombia a base de pacientes observaciones y de trabajos metódicamente dirigidos y por qué sean científicos ensayos anodinos de algunos del grupo de científicos. Y entre los antecedentes científicos se le pasó por alto a Santa un hecho tan próximo y tan fecundo para las ciencias sociales como la fundación por Paul Rivet del Instituto Etnológico Nacional en Bogotá en 1941. En el desarrollo de las ciencias sociales en Colombia este hecho es de sobra protuberante para desconocerlo. Sus positivas investigaciones han aclarado muchos hechos de la realidad social colombiana. Y sobre todo Paul Rivet creó una mística en sus discípulos que todavía vive no obstante la ausencia y muerte del gran maestro. Sus discípulos son bien conocidos: Eliécer Silva Celis, Luis Duque Gómez y Graciliano Arcila Vélez entre otros. Dentro de esta corriente está también la fundación por Rafael Bernal Jiménez del Instituto Colombiano de Sociología en Bogotá en 1953.

En cuanto a la enseñanza de la sociología y a la publicación de textos, que es tarea científica genuina, conviene dejar constancia que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia se impartió la enseñanza de la sociología durante más de treinta años continuos y que entre los alumnos hubo jóvenes que hoy ocupan lugares prominentes en la vida nacional. No cito nombres por no omitir algunos verdaderamente valiosos. Y sobre textos tenemos las *Lecciones de sociología* del Dr. Ricardo Uribe Escobar (1964) y la *Sociología general* que lleva tres ediciones en el término de doce años y que pertenece al autor de estas líneas.

Salvo estas observaciones de buena fe y sin la menor intención de

restar méritos al texto de sociología de Eduardo Santa, considero que en general se ajusta a los moldes convencionales de la materia y que el tratamiento del contenido y temática del mismo exponen a su autor como un hombre de serias preocupaciones científicas, de investigador incansable, de experiencia y de indudable competencia. Solamente quien ha trajinado por varios años el campo vastísimo e intrincado de las ciencias sociales particulares y de la sociología, ya sea en la investigación o en la enseñanza, es capaz de desarrollar y concebir un plan de estudio como el que ostenta el texto que comentamos.

La segunda parte es la Lógica de la sociología. Ahí expone Santa primero: el objeto, la definición y la división de la sociología; segundo: el carácter científico de la sociología, el concepto de ley en sociología y el deslinde de la sociología respecto de la filosofía social y de las ciencias sociales como la historia, el derecho y la economía; tercero: la metodología sociológica. Categoría fundamental de la lógica de la sociología y de cualquiera lógica, es el ciencia. En Santa no hay una alusión a la crisis de esta categoría. Parece descansar en el concepto tradicional de ciencia, cuando tal concepto ha sido sometido a severa crítica y a profunda conmoción. La imagen newtoniana de ciencia es revisada por los mismos físicos contemporáneos.

La tercera parte se titula Fundamentos de lo social. En ella estudia Santa, primero: las formas de sociabilidad y los grupos sociales; y segundo: Los factores sociales: medio físico, factores biológicos, psicológicos, etc. Honradamente para mí esta parte quedó trunca. Inclusive en una introducción a la sociología, como pretende ser el libro de Santa, es necesario dar una visión completa, aunque sea sumaria, de la realidad social. Espero que el autor, que es un hombre consciente de su tarea científica y sumamente responsable, amplíe esta parte en próximas ediciones de su libro.

Un libro más de sociología en la parca bibliografía sociológica de Colombia es en sí mismo un hecho social que merece cordial acogida y sinceros estímulos. Este hecho es una prueba de que los pioneros de la sociología en este país no hemos regado la semilla en tierra estéril y de que las nuevas generaciones han asumido su responsabilidad científica y están decididas a llevar adelante la sociología sin dejarse atemorizar por el sacrificio personal que ello significa.

B. Mantilla Pineda

HISTORIA DAS IDEIAS POLITICAS NO BRASIL.

Nelson Saldanha, Universidade Federal de Pernambuco, Imprensa Universitaria, Recife, 1968.

Nelson Nogueira Saldanha, profesor universitario y autor de varios ensayos sobre derecho político e historia del derecho, acaba de publicar un volumen sobre las ideas políticas en el Brasil. Es alentador para la cultura científica y filosófica de América Latina constatar la creciente preocupación por el conocimiento objetivo, metódico y sistemático, de fenómenos que constituyen la substancia de nuestra sociedad, cultura y proceso histórico, tales como son los que tienen que ver con las creencias e ideas, actividades y modos de pensar político de nuestros escritores, profesores y hombres de Estado. De México o de Argentina, de Brasil o de Venezuela, llegan a Colombia libros y revistas que nos informan sobre la seria preocupación científica existente en lo que se relaciona con la actividad y el conocimiento del fenómeno político. La instauración de institutos de Ciencias Políticas en nuestras universidades y la edición de revistas especializadas en esta clase de conocimiento social, así como la formación de jóvenes y cuadros de investigación en el campo de la política, son testimonio fehaciente de un movimiento cultural que acabará imponiendo la necesidad de reconocimiento de un nuevo tipo de profesionales: los politólogos.

Era de esperar de Nelson Nogueira Saldanha un libro sobre las ideas políticas de su país. Sus ensayos anteriores permitían ya adivinar sus metas literarias y científicas. Uno de ellos ahondaba en el fenómeno del poder y en problemas constitucionales que implican necesariamente un conocimiento del pensamiento político moderno desde Maquiavelo hasta nuestros días. El paso del plano general de las ideas al plano nacional, era también de esperarse si tenemos en cuenta su constante y sincera preocupación del presente político, económico y social de su país. Aterriza por decirlo así en un campo vislumbrado y esperado de antemano.

La historia de las ideas políticas ocupa un lugar central en la concepción moderna de la ciencia política. Así lo revela el programa preparado por la Comisión de la Unesco y otros programas inspirados en él o derivados de él. Las ideas políticas son *ideas fuerzas*, recordando aquí el término acuñado por Fouillée, pues por un lado motivan e iluminan la acción política del futuro, y por otro atizan la polémica verbal sobre

situaciones presentes que requieren esclarecimiento, crítica y superación. La historia de las ideas políticas señala el centro intelectual de donde mana en último término todo poder.

Consciente de su tarea de historiador de las ideas políticas en el Brasil, Nogueira Saldanha asume sus responsabilidades en interesante introducción de su libro. Son responsabilidades que, sin duda, se componen de obligaciones metodológicas y de patrones doctrinarios por un lado, y que se complementan y enlazan con responsabilidades éticas, políticas y culturales por otro. "No sería, escribe Nogueira Saldanha, un juego de palabras decir que, de los libros que se escriben, los de historia asumen un especial compromiso histórico. Todo libro se inserta en un sistema de pretensiones culturales, mas en los de historia la dimensión del tema obliga al autor a tomar una conciencia peculiar. La responsabilidad de quien narra ideas está hecha del deber de ser leal al pasado —que no puede retornar para explicarse— y del deber de ser fiel al presente, que quiere ver siempre el pasado como una razón de ser de su propia substancia. El presente siente ciertas cosas y espera del historiador que hablando de cómo el pasado pasó, dé cuenta del origen de aquellas cosas" (p. 11).

Por el aspecto doctrinal la responsabilidad consiste en mantenerse entre los extremos de un dilema: no proyectar las propias convicciones en los asuntos de que trata y no desfigurar el perfil de tales asuntos al presentarlos o al valorarlos. Esta responsabilidad es en cierto modo un deber de objetividad. Y por el aspecto metodológico la responsabilidad consiste en colocarse formalmente a la altura de la tarea a realizar. O lo que es lo mismo, en cumplir el proyecto de la mejor manera posible, utilizando los procesos de investigación debidos e incorporando adecuadamente los elementos a su disposición.

El historiador de las ideas políticas tiene ante sí un vastísimo material para manipular, material que no tiene forma por sí mismo, sino que la debe recibir del historiador de acuerdo con ciertas finalidades que se proponga: la mera contemplación, el propósito de exhibir erudición, la reforma del presente o la demostración partidista. Hay sin embargo un patrón latente o difuso dominante en lo que se refiere a lo que debe ser trabajo histórico y en lo que se refiere al estado de cosas estudiadas. Lo ideológico y lo metodológico están siempre ligados, al menos en el plano de las fundamentaciones.

Una historia de las ideas políticas no debe reducirse a la investigación de documentos, a mera crónica de datos y situaciones, a especulación por cuenta propia, a comentario de los pensadores tratados o a pro-

pósito de los mismos, sino en cierto modo a todo esto, pero en una integración con propósito de revisión, reestimación y balance. Pero ante todo y en cuanto sea posible debe ser historia de teorías y no de teorizantes.

En cuanto a la necesidad de revisar el desenvolvimiento de las ideas políticas en el Brasil justamente en los días actuales, Nogueira Saldanha considera ocioso plantearse el problema, porque si se puede hablar de épocas propicias o no para dicha revisión, la actual es una de las más propicias. La filosofía es un permanente darse cuenta de su propia situación en el curso de las formas de pensar y toda teoría ligada a la filosofía, como es el caso del pensamiento político, debe vivir de revisiones y nuevas tomas de posición. La historia de las ideas políticas en el Brasil está necesariamente abocada a los temas nacionales en discusión y al problema del destino cultural del país. La bibliografía y la temática nacionales deben tenerse en cuenta.

El contenido de esta historia de las ideas políticas sigue la división establecida por el autor de: Colonia, Monarquía y República. En la Colonia estudia los orígenes europeos y matrices portuguesas, la situación social y cultural, las instituciones, las manifestaciones ideológicas y las insurrecciones. La Monarquía comprende los capítulos sobre "El rey en el Brasil", la Independencia, la Constitución de 1824 y la problemática de aquel período con relación a las condiciones sociales, los partidos políticos, la literatura política, las tendencias políticas bajo las denominaciones políticas y la crítica y las bases del pensamiento social. La tercera parte o sea la República se refiere a los antecedentes y condiciones, a los fundamentos doctrinarios, a la Constitución de 1891, a la transición al siglo XX, al período de 1930 a 1945 o sea al período de Getulio Vargas, a la redemocratización y a la Constitución de 1946, al progreso del saber político y a las tendencias políticas contemporáneas llamadas socialismo, nacionalismo y *desenvolvimentismo*.

En general el libro de Nogueira Saldanha representa un aporte positivo al estudio de las ideas políticas en el Brasil y por tanto en América Latina.

El "balance y las perspectivas" del pensamiento político que ofrece el autor carioca es de gran interés para el conocimiento de nuestra situación actual y de las posibilidades futuras en una materia que todavía nos hace vivir de reflejos del pensamiento político foráneo. Salvo raras excepciones, una de las cuales es sin duda Raúl Haya de la Torre, falta en nuestro continente pensadores políticos auténticos y de gran envergadura.

B. Mantilla Pineda.

EL DESARME DE LAS CONCIENCIAS,

Una contribución al ideal de la paz - Luis Bossano, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1968.

Es para mí sumamente grato y honroso comentar un nuevo libro del Dr. Luis Bossano, hombre de letras y de pensamiento muy eminente por muchos títulos. Su personalidad pulquérrima y su vida dignísima presentan aspectos culturales y espirituales de elevados quilates. Abogado de profesión, ha prestado invaluable servicios a la Universidad Central del Ecuador como Decano de su Facultad de Jurisprudencia y profesor de sociología y a la Cancillería Ecuatoriana como Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador y como diplomático en Colombia y otros países. En síntesis, su vida ha transcurrido y transcurre en el más desinteresado servicio a la cultura y al Estado ecuatorianos y en el ejercicio noble de la investigación y de la producción científicas.

Luis Bossano cuenta en su haber literario y científico más de media docena de ensayos y libros medulares que se han reimpresso dos, tres y cuatro veces, porque en ellos se ha ocupado de temas y problemas nacionales de indudable vitalidad e interés o de temas y problemas de carácter universal como es el caso de su libro de sociología que lleva cuatro ediciones o el ensayo que comentamos a continuación vinculado por su temática al destino del género humano. La guerra y la paz, que en determinadas circunstancias sólo afectan a grupos locales, pueden adquirir proporciones universales y poner en juego intereses materiales e inmateriales de la humanidad entera.

El tema y el contenido del libro *El desarme de las conciencias....* expresan ante todo la profunda espiritualidad de su autor, espiritualidad pura y serena que se coloca por encima de las limitaciones de escuelas filosóficas o de dogmatismos religiosos. Hay indudablemente presupuestos humanos y humanísticos de la más noble esencia que sirven de fundaciones a la armazón sólida y firme de las ideas sobre la guerra y la paz expresadas y sustentadas de manera clara y convincente en este libro oportuno y significativo. En primer término nos viene a la mente el presupuesto que fundamenta y justifica desde la antigüedad clásica todas las formas positivas y elevadas del humanismo. Es el presupuesto de que la vida humana es algo sagrado y de que su sangre no se puede derramar impunemente. *Homo sacrum est*. El homicidio y la guerra, éticamente sólo pueden escudarse en la legítima defensa. La sacralidad de la vida humana vale objetivamente.

El desarme de las conciencias... tiene la forma literaria del ensayo. La palabra es selecta, la frase flúida y el concepto ágil. En cada párrafo se desenvuelve el pensamiento de manera concatenada y a través de cada ensayo fluye el discurso a propósito de un tópico fundamental de la temática de la guerra y la paz. Los catorce ensayos de *El desarme de las conciencias...* se suceden desarrollando en continuidad lógica y pedagógica las causas y resultados de la guerra y las posibles medidas que pudieran tomarse para salvaguardar la paz en el mundo.

Desde las primeras páginas de sus ensayos se coloca Luis Bossano en el punto de vista propio del sociólogo, del jurista y del diplomático que comprende perfectamente la *situación límite*, valga aquí el término de Karl Jaspers, en que se encuentra la humanidad a causa de la tirantez inocultable de las relaciones internacionales entre las grandes potencias que se han arrogado la dirección de los acontecimientos mundiales y a causa de la proliferación y acumulación de armamentos nucleares llevadas a cabo por esas mismas potencias. El panorama mundial es sombrío y su futuro incierto y lleno de peligros inminentes tan pronto como se reflexiona sobre las probabilidades de una guerra con armas termonucleares. Son conscientes de estas probabilidades los mismos dirigentes de la política mundial y los científicos y tecnólogos que trabajan sin echar pie atrás en la invención de instrumentos de fantásticas capacidades destructivas y letales.

Penetrando a fondo con inteligencia analítica en el fenómeno de la guerra encuentra Luis Bossano sin gran dificultad los factores que influyen poderosamente en las situaciones bélicas a través de toda la historia humana. Comenzando por la raíz de la belicosidad no se puede pasar por alto el instinto de muerte o destrucción señalado por S. Freud. A propósito escribe Luis Bossano: "Hay una realidad que vive y se perpetúa como un elemento incorporado a la íntima naturaleza del ser humano. Desde las brumosas etapas de los grupos primitivos... hasta las más aquilatadas orientaciones de inspiración religiosa o de contenido cultural, el hombre permanece aferrado a su estigma de lobo de su semejante, como "el último animal de presa aparecido", según la desconsolada frase de Cajal (p. 23)". Tal vez sea este rasgo letal de la naturaleza del hombre el factor más difícil de desterrar del plano de la conducta humana, si se quiere llegar algún día al reino de la paz entre los hombres. Sería necesario recrear la naturaleza humana, meta ambiciosa que no está fuera de las utopías de la ciencia actual.

Entre las grandes paradojas humanas que nos depara el conocimiento científico encontramos que el impulso genésico destinado a la pro-

creación y a la perpetuación de la especie, se convierte también en factor de perturbación social cuando la función incontrolada de aquel instinto desemboca en el fenómeno de la superpoblación, fenómeno que aqueja a los países en proceso de desarrollo y que se convierte en problema social no tanto por falta de espacio vital cuanto de técnicas para aprovechar los recursos que la naturaleza ha puesto a su disposición. "Tan hondas proporciones y tan dilatadas repercusiones, anota Luis Bossano, va alcanzando casi por instantes el peso de este factor, como elemento de perturbación y de trastorno, que muchos polemólogos contemporáneos llegan a señalar en él —la superpoblación— las características más acusadas como causa determinante del fenómeno guerrero (p. 27)".

En un plano superior al biológico son también concausas de la guerra los conflictos económicos y sociales y la lucha por el poder. Esta última configura la actividad política, legítima y noble en principio porque ella organiza la vida estatal dentro de un marco de normas morales y jurídicas, pero muy propensa a degenerar en manos del politiquero o demagogo en instrumento de ciegas ambiciones que desencadenan el desequilibrio social, la guerra civil o en el peor de los casos la guerra interestatal como nos enseña la experiencia dolorosa de las décadas recientes y la experiencia de innumerables generaciones en el curso histórico. En el poder hay algo demoníaco que embriaga a sus detentadores y los conduce a sueños imperialistas que cuando se truecan en realidades arrastran a los pueblos a la destrucción y opresión.

Por desgracia para nuestras generaciones se respira por todas partes un ambiente bélico. Los medios modernos de comunicación como la radio, la televisión, el cine y la prensa han cargado el ambiente de tóxicos sociales que infectan a las masas irreflexivas. El niño los absorbe en el mismo hogar, si los medios de comunicación no son controlados inteligentemente por sus padres. La juventud no está libre del morbo de la guerra. Si no la considera un hecho normal, le parece un recurso necesario. La justifica invocando el estado de necesidad o la legítima defensa. Encuentra en la acción guerrera algo de viril y heroico. El civismo y la historia le han inculcado esta actitud y esta mentalidad.

Frente a la guerra y sus funestas consecuencias tanto materiales como morales, se ha manifestado a través de todos los tiempos una tendencia pacifista acogida y defendida por núcleos minoritarios y por individuos selectos y de indudable sentimiento idealista. Kant, por ejemplo, "que sostenía que la inclinación a la guerra le parecía ingénita en la condición humana y que la guerra es más bien el estado natural de los hombres, sustentaba al mismo tiempo, en célebre ensayo, su tesis,

también colmada de optimistas ambiciones, creyendo en la eficacia del "Gran Estado del género humano, destinado a garantizar una sólida paz al amparo del derecho" (p. 20)". La paz por el derecho es ciertamente la tesis positivista más socorrida desde Tomás Hobbes a Hans Kelsen. Así como la paz por el derecho se ha impuesto en las relaciones humanas en el plano nacional, se espera no sin justificación y probabilidad que la paz por el derecho llegue también a ser realidad algún día en el plano internacional. Las mismas organizaciones interestatales nacidas a raíz de las dos hecatombes mundiales de Occidente, se inspiran en el propósito plausible de la sujeción de las soberanías y pretensiones nacionales a una norma jurídica positiva estatuida por los mismos interesados con el fin de alejar la guerra o desterrarla, si fuere posible, del horizonte humano de la historia política. Los tratados bilaterales o multilaterales de limitación de armamentos se encuentran también dentro del orden jurídico internacional.

Del examen franco y sincero de la tarea cumplida por los organismos internacionales y de la misma ONU, concluye Luis Bossano que poco, muy poco, hay que esperar de ellos en lo que se refiere a la implantación de la paz mundial. Su juicio sobre la ONU es acertado y valiente. Le parece una "entidad hoy reducida a plataforma de la guerra fría, mediante el inoperante Consejo de Seguridad... El contenido institucional de alcance sustancialmente mundial de las Naciones Unidas que pudo haber conllevado una nobilísima inspiración reconstructora y creadora con el final objetivo de la paz, de una paz fecunda, en las horas actuales apenas se ha constituido en el proscenio resonante de todas las pugnas interestatales, no ya tan sólo como un instrumento estéril, antes bien como instrumento que muestra al mundo la desnudez de las posturas antagónicas y las agita y agudiza en la mísera función de una demagogia internacional (p. 62)".

Es necesario, sin embargo, insistir en el ideal de la paz ensayando todos los medios a nuestro alcance como la educación y reeducación, la cultura y la ciencia, la biología y la moral. La ONU misma a través de la Unesco podría crear con sentido realista un Departamento de la Paz. Y el último medio por ensayar es el desarme de las conciencias, la desintoxicación moral.

B. Mantilla Pineda.

"ENSAYOS SOBRE LOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL".

Toro Agudelo Hernán. - Martel-Editor. - 1968 Medellín. - 172 páginas.

En este libro muestra el doctor Hernán Toro Agudelo una faceta más de su bien cimentada versación jurídica: se revela como agudo y atinado constitucionalista. Antes, su renombre se había impuesto por motivo de su descollante actuación en otros campos cuya delimitación en el tiempo puede precisarse sucesivamente sin mayores esfuerzos, en vista de que Hernán Toro es un hombre conocido. Recién concluidos sus estudios de Abogacía en la correspondiente Facultad de la Universidad de Antioquia, despertó la admiración de sus profesores y condiscípulos al condensar con maestría y rigor científico, sus conocimientos de Finanzas Públicas, en un ensayo sobre el Impuesto Predial que, presentado como tesis de grado, le mereció la excepcional distinción del lauro universitario. Luego resaltó su prestigio cuando, revestido de su idoneidad jurídica, incursionó exitosamente en el ejercicio forense, en el cual dejó marcadas sus huellas de jurista y de profesional de bien. Más tarde fué su militancia política en la izquierda la que le valió respeto y prestancia entre sus conciudadanos. Su paso posterior por la administración pública le dio oportunidad para desarrollar y aplicar sus conocimientos económicos y financieros. La cátedra universitaria también pudo captar la fluidez de sus disertaciones en estas mismas materias. La actividad política como dirigente y polemista ha copado importante trecho de su vida reciente, viendo recompensados sus servicios y sus aportaciones a la causa del poder con las designaciones como Representante al Congreso, Ministro del Despacho Ejecutivo, y últimamente, como Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

No es sorprendente entonces que al encuadrarse el doctor Toro Agudelo en las luchas por el poder se amalgamara en el jurista clásico que fue forjado en él otra virtud sobresaliente de su inteligencia. Y es así como ahora se enruta con amplios horizontes hacia la especialización en Derecho Político.

No otra cosa se adivina en el libro del doctor Toro Agudelo. Concebido como un examen de los distintos proyectos de Reforma Constitucional sometidos al Congreso por el Gobierno de coalición bipartidista

vigente en Colombia, con las modificaciones introducidas por cada una de las Cámaras que llegaron a constituir versiones diferentes y contradictorias, el doctor Toro Agudelo con responsabilidad de Senador y haciendo alarde de sus elevadas dotes de juspublicista, hace un pormenorizado análisis de las normas fundamentales vigentes, de los objetivos tenidos en mientes por el Gobierno al elaborar los proyectos de reforma, de las disposiciones nuevas introducidas por los congresistas que alteraban en materia grave la propuesta inicial del Gobierno, y por último de las consecuencias que se seguirían para el orden constitucional colombiano, de no recapacitar los parlamentarios y no rescatar el orden, la mesura y el buen tino en el ya dilatado y dispendioso proceso de formalización de las reformas. Obviamente la parcelación del Congreso en distintos grupos de opinión hacía difícil obtener la mayoría necesaria para adoptar las propuestas de reforma del Gobierno. El interés de cada grupo por dejar marcadas sus huellas en la modificación de la Carta Fundamental parecía que fuera o a precipitar al abismo la aprobación final de los proyectos, o a crear la alternativa de adoptarlos indivisiblemente con el lastre de un mar de incongruencias. Esa fue la encrucijada desde donde surgió la reflexiva voz del jurista para hacer un llamado a la lógica y a la cordura y para hacer un enjuiciamiento crítico y agudo de lo que estaba aconteciendo en el Congreso para enderezar y llevar a los cauces de la razón un proceso que por los caminos por donde iba iría a conducir irremediamente al más absurdo de los entuertos o a mantener en su forma anacrónica la estructura del Estado Colombiano.

Es precisamente a través de este enjuiciamiento crítico donde aflora la capacidad de constitucionalista de Hernán Toro y donde fluye con soltura su versación y dominio de los distintos temas de dicha disciplina. Con seguridad y brillantez enfoca la problemática de las reformas a la luz de las más modernas teorías sobre el poder, sobre el intervencionismo de Estado, sobre desarrollo económico y social, sobre inversiones públicas, sobre presupuesto, sobre partidos políticos, sobre sistemas de escrutinios electorales, sobre centralización y descentralización, sobre administración pública, sobre jurisdicción constitucional, sobre reglamentos autónomos, y en fin sobre muchos otros temas de indiscutible trascendencia para el derecho político, abundando al paso en disquisiciones doctrinarias respaldadas en autores de actualidad.

La lectura del libro de Hernán Toro deja dos impresiones fundamentales: una política y otra científica. La primera resulta del reiterado y confesado respaldo dado a los proyectos de reforma presentados

por el Gobierno y que se percibe a lo largo del contexto de la obra. La segunda, es motivada por los comentarios sobre técnica y doctrina constitucionales. Si efectivamente estas impresiones corresponden a dos posiciones del autor, la segunda obviamente, coadyuvó decisivamente para que la primera saliera adelante. Si su publicación se interpreta como actitud política es indudable que el libro sirvió de campanada que indujo a los parlamentarios a reflexionar sobre el paso de gran responsabilidad que les demandaban sus deberes. Y en verdad que en este sentido fructificó, porque al ser refundidos los distintos proyectos en un solo bloque, la gran mayoría de las recomendaciones formuladas por Hernán Toro fueron tenidas en cuenta y quedaron concretadas en el que finalmente llegó a convertirse en el Acto Legislativo Nro. 1 de 1968. Pudiera afirmarse ahora que el libro en comento, desde el punto de vista político hizo un aporte definitivo a la adopción de la reforma de 1968. Cumplida esta misión, queda vigente sin embargo su contenido científico a manera de instrumento de primera mano para el entendimiento e interpretación de la reforma aprobada.

De ahí que este libro, escrito en la oportunidad en que apenas se debatían las reformas en el Congreso siga manteniendo actualidad y grande interés para el futuro. La expectativa se cifra, ahora en los desarrollos jurisprudenciales que habrá de dar la Corte Suprema de Justicia a los textos reformativos en cuya tarea estará colaborando con la idoneidad que lo caracteriza el personaje que de manera tan definitiva contribuyó a su adopción.

Medellín, Mayo 17 de 1968.

Juan B. Granados.

ESTUDIOS DE DERECHO

CONTENIDO

El Sistema de Derecho Privado Iberoamericano	<i>Dr. José María Castán Vázquez</i>	5 - 30
Control de la Actividad Administrativa	<i>Dr. Jairo Duque Pérez</i>	31 - 61
El Delito Continuado	<i>Dr. Fernando Meza Morales</i>	63 - 69
Contrato de Arrendamiento	<i>Dr. Guillermo Ochoa González</i>	71 - 98
Revocabilidad de los Cheques	<i>Dr. Oscar Villa Zea</i>	99 - 113
Organización Bancaria Colombiana	<i>Dr. Enrique Trujillo Palacio</i>	115 - 131
Apuntes para una Historia Económica de Colombia	<i>Dr. Alvaro Tirado Mejía</i>	133 - 146
La Enseñanza del Derecho Procesal	<i>Dr. Hernando Devis Echandía</i>	147 - 168
El Litisconsorcio	<i>Dra. Beatriz Quintero A.</i>	169 - 188
La Sociedad Alemana Contemporánea	<i>Dr. Litto Ríos Buitrago</i>	189 - 218
Reactualización de la Teoría de la Soberanía Humana	<i>Dr. Juan Martín Guidi</i>	219 - 221
Informe del Decano de la Facultad de Derecho al Rector de la U. de A....		223 - 230
Informe del Director del Instituto de Ciencia Política		231 - 234
Bodas de Oro Profesionales del Dr. David Córdoba Medina		235 - 237
Homenaje al Dr. Diego Tobón Arbeláez		239 - 241
Comentarios de Libros		243 - 261