

Lucrecio Jaramillo Vélez

DERECHO ROMANO

Tomo I, Págs. 214

Editorial Universidad de Antioquia, Medellín 1965

Valor del ejemplar: \$ 40.00 en el país

Valor del ejemplar: US\$ 3.00 en el exterior

Solicítelo a:

Rectoría de la Universidad de Antioquia

Apartado Aéreo 12-26

Medellín, Colombia

ESTUDIOS DE DERECHO



DIRECTOR
B. MANTILLA PINEDA

SUMARIO:

- Problemática de las Facultades de Derecho.— **Fernando Hínestrosa**
Apuntes para un curso de introducción al estudio del derecho.
Carlos Gaviria Díaz
- Derecho comparado del trabajo.
Alexandre Berenstein. (Bilingüe: francés, castellano).
- El derecho internacional privado en América.
Lucrecio Jaramillo Vélez
- Hacienda pública.— **Luis Arcila Ramírez**
- Juicios de tenencia y control de arrendamientos.
Horacio Montoya Gil
- Indignidad y desheredamiento.— **J. Emilio López**
- Comentarios de libros.
Revista de revistas.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

AÑO XXVIII — Segunda época — Marzo 1.967 — Vol. XXVI, Nº 71

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Tarifa postal reducida. — Licencia Nº 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 \$ 10.00, m. n.
Valor de la Suscripción anual: En el extranjero \$ 1.50, m. a.
Valor del número Suelto: \$ 5.00, m. n.

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

DIRECCION: 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. Julián Uribe Cadavid

Dr. Horacio Montoya Gil

Decano de la Facultad de Derecho

Secretario de la Facultad de Derecho

DIRECTOR DE ESTUDIOS DE DERECHO

B. Mantilla Pineda

Profesor Titular

CONSEJO DE REDACCION

Luis Eduardo Mesa Velásquez

Jairo Duque Pérez

Profesor Agregado

Profesor Agregado

Carlos Gaviria Díaz

Profesor Auxiliar

PROBLEMATICA DE LAS FACULTADES DE DERECHO

Dr. Fernando Hinestroza
Rector de la Universidad
Externado de Colombia.

Cuando se trata de debatir en torno a la Universidad, lo primero ha de ser la clarificación del concepto que se tenga de sus funciones y una definición de lo que le compete dentro de las tareas generales de la cultura. Habiendo consenso sobre los cometidos de la Universidad como receptora, transmisora y creadora de conocimientos, dentro de esa visión universalista es necesario descender a lo singular, al extremo de no incurrir en la necesidad de concebir y tratar de practicar la institución en forma abstracta y despersonalizada, sin nexos con su mundo y su tiempo. Antes bien, la misión cultural universitaria se nos ofrece expresiva de la conciencia de los pueblos, y cada cual en su respectiva coyuntura histórica, ha de volcar sobre las instituciones docentes todo su impulso, para lograr a través de ellas desenvolver su destino inmediato y ulterior, a sabiendas de que sólo así podrá ser amo de sí mismo y realizarse a plenitud. En esta forma la vocación nacionalista de la Universidad deja de ser una simple bandera o un lema tachable de sectarismo, para convertirse en manifestación insustituible de autenticidad, pues a la casa de la cultura superior está adscrita la tarea de investigar en todos sus detalles y profundidades la realidad del país y de la nación a que pertenece, y por ese camino, también determinar la misión inmediata que le corresponde.

Entre nosotros se va perfilando, por la insistencia en la declaración, la idea de la Universidad para el desarrollo, consigna que hasta ahora tiene más de emotiva que de consciente de su contenido, pero que pone de relieve el anhelo de que se trabaje en favor de la formación de profesionales que correspondan a las exigencias científicas, técnicas y políticas del país actual, y permite afirmar que aún se halla vigente el criterio según el cual la Universidad es instrumento decisivo en la formación de la nacionalidad, ya no sólo como unidad política, sino también en cuanto a propósito definido y común de integración social y económica y de expresión cultural, que respetando los genuinos valores de la tradición, indique un rumbo certero a un país que todavía no se resigna a encontrar una posición geográfica, social e ideológica propia de sus rasgos fisonómicos y de su edad vital.

En esa forma, nuestro punto de partida ha de ser la concepción de la Universidad como institución que ha de establecer el propósito nacional y dar pasos firmes en el camino hallado así, con seriedad y madurez, con ayudas externas leales y eficaces, pero con su propia gente, sus propias concepciones y para sus propias necesidades, tales como las entendemos y experimentamos.

Captada así, la entidad ciertamente ha de reflejar las necesidades y posibilidades reales de la vida contemporánea y nuestras aspiraciones, dentro de una lucha incesante entre la utopía y el conformismo, con apoyo en la contemplación implacable de lo necesario y lo factible, desechando pueriles ilusiones de rivalizar con lujos extraños, evitando inútiles derroches que no nos podemos permitir y adhiriéndonos con firmeza a una tradición valiosa en sí y, sobre todo, que a la postre es lo único que nos pertenece, lo que nos caracteriza y a lo que no podemos renunciar.

La Universidad, entonces, ha de crecer cuantitativa y cualitativamente al compás de los requerimientos de la evolución del país y ha de acomodarse a los apremios del mundo hodierno. Y, como no nos hallamos en actitud de enunciar los avances logrados y las diferencias provechosas entre lo que se tuvo en el pasado y lo que de hoy se dispone, como tampoco en la posición de señalar sólo aquello de que carecemos, oportuna resulta la indagación de nuestras principales deficiencias, de los métodos y medios de corregirlas con las actuales herramientas, y los virajes que se juzgan oportunos e indispensables para acelerar el proceso de superación.

Es evidente que cada día se necesitan más y mejores profesionales de todas las dimensiones y en todas las ramas, como lo es también que

en algunos sectores del trabajo esa demanda es más imperiosa. Se cuenta ya con estudios serios sobre la oferta profesional en Colombia, la distribución de los expertos en las distintas ocupaciones, la intensidad de la solicitud en los varios campos y la indicación de qué tipos deben impulsarse con mayor fuerza. Todo lo cual permite cierta planificación realista del desarrollo universitario. Además, es posible calcular el ritmo de crecimiento de la población juvenil apta para el ingreso a la educación superior, lo que unido a las desmembraciones de las carreras matrices y a la sectorización de la técnica, capacita para anticipar lo que ha de ser la enseñanza profesional y calcular los números de los distintos elementos con que ha de contarse para su atención formalmente adecuada.

Sin embargo, la angustia del crecimiento cuantitativo y el afán por extender la instrucción en los distintos niveles, quizá nos ha apartado de una preocupación más trascendental, cuyo relegamiento aparea graves consecuencias: La calidad de la enseñanza, el aprendizaje y la investigación.

No es menguada pretensión la de medir el potencial de un país por la capacidad, pericia y responsabilidad de quienes lo dirigen en los múltiples campos de la actividad, ni una necia expresión la que indica que esos cuadros rectores se incuban principalmente en la Universidad. Con proscripción instintiva de cualquier cultivo de élites, ha de procurarse que quienes empuñen las riendas de los diferentes poderes posean cada vez mayor preparación. Más todavía, el modificar las relaciones de producción e integrar más celera y plenamente los distintos estratos sociales es algo que implica y conlleva no sólo una más intensa disciplina, sino, cuanto lo primero, una superación en número y en calidad de los conocimientos individuales, nada de lo cual se logra sino a través de un verdadero refinamiento de los quehaceres universitarios.

Así las cosas, y concentrando la atención en el terreno del derecho, preciso es adelantar la auscultación anunciada con riguroso orden lógico, comenzando por la preparación del personal que se apresta a adelantar los estudios profesionales y la actitud que ante él asume la Universidad.

Reconozcamos que la jurisprudencia no es un menester fácilmente asible en sus proyecciones y en las aptitudes de quien la practica, lo cual impone una información más vasta en lo que consiste el ejercicio del derecho, las distintas ocupaciones en que se traduce, las varias habilidades que preferencialmente exige de su cultor, si que también de

la manera como se le prepara a éste y se aguzan aquéllas. Pero acontece que nuestro bachiller, ávido de titulación, no dispone de mínimas guías orientadoras de su opción, y continúa decidiéndose sobre la base de indicaciones familiares o de su contradicción para afirmar su incipiente yo, o al calor de los conceptos y calificaciones banales de sus allegados que se mueven por efervescencia de ocasión y contingentes, si es que no escoge la abogacía en creyéndola carrera poco costosa en esfuerzos y erogaciones, propicia para quien no tiene ninguna afición marcada, realizable sin instrumental exigente y con facilidades para el trabajo extraño pleno armonizado con el estudio en las solas visperas de los exámenes; en fin, que suministrando una visión más panorámica, da medios para cualquiera índole de trabajo, con abuso de su versatilidad.

De este modo, y sin imaginar siquiera que vocación y aptitud sean entidades mensurables raudamente en pruebas de selección adocenas, los factores que determinan al estudiante cursar derecho no son siempre los más alentadores y contribuyen a una gran heterogeneidad de motivaciones, con resultados francamente negativos. Y la falla de la Universidad es allí manifiesta, no sólo en cuanto omite esa información orientadora imprescindible, sino también en lo que hace a sus exigencias que dan pie para aquellas cómodas imágenes del alumno nuestro.

Siguiéndole a él los pasos, nos lo encontramos luego ante un plan y unos programas de estudios de la mayor rigidez y con frecuencia vetustos, a menudo acompañados de gran severidad formalista en la escolaridad, atiborrados de enseñanzas teóricas estereotipadas, en términos del todo inductores al aprendizaje mnemotécnico y reñido con la tarea de formación de criterio, cardinal de la Universidad en abstracto y concretamente de las Facultades de Derecho. Confesemos con sinceridad que apenas comenzamos a disponer de la técnica del estudio, del escuchar lecciones y conferencias, tomar notas, consultar bibliotecas y libros, de discriminar su contenido, de analizar los textos, de juzgar sus aserciones, o de redacción y exposición oral, y que por lo mismo no nos es sencillo transmitirla a un bachiller que viene acostumbrado al dogmatismo desde sus primeros pasos escolares, posición que, dado el menor esfuerzo que supone la sola repetición sin preocuparse del respaldo de lo dicho, es tan socorrida por la inercia y destruye carácter y personalidad. Admitamos también, porque es verdad, que nos encontramos rígidamente asidos a la idea de que los estudios del derecho deben hacerse sin alteraciones en un determinado número de años, salvo fracasos que aumenten el cómputo, en estricto orden, y que no

aceptamos ninguna libertad académica, al extremo de que consignamos en nuestro pénsum básico que fíjamente han de aplicar todas las escuelas, las asignaturas, el año de la carrera en que han de cursarse, la intensidad horaria semanal y el número de ciclos de cada materia, y que difícilmente nos resignamos a la posibilidad de que no todos los estudiantes hagan los mismos cursos, cada vez más numerosos, o de que no todos deban estudiar íntegras las materias que la complejidad de las relaciones jurídicas ha ido presentando con reciente autonomía; para luego pasmarnos ante fallas en el rendimiento medido en exámenes únicos, realizados con la misma concepción formalista y estrecha, sin reparar en que no se han otorgado previamente instrumentos de trabajo intelectual, no se ha fomentado la adquisición de criterio propio y no se ha dejado oportunidad a la incorporación autónoma de conocimientos, ya porque el tiempo útil se agotó en la simple asistencia a clases, ya porque se cegó la posibilidad de escoger materias conforme a la personal predilección.

En ese mismo período, el alumno, que a poco se verá sumergido en los tremedales de la práctica cotidiana, se consagra a ingerir o códigos o teorías, sin que se le vaya adentrando con primor y paso a paso en el arte de la interpretación, manejo y aplicación de las normas, que así aprehende sin asimilación. Ausente de la biblioteca, que en ocasiones no existe, sin contacto alguno con la jurisprudencia nativa, a la que luego recurrirá a la ligera, traída fragmentariamente en códigos ilustrados que propician la respuesta yerta e indiscriminada a situaciones disímiles, con aparentes argumentos de autoridad, es lanzado a la vida lleno de ilusión, pero desprovisto del más indispensable material para su propia defensa.

Por último, ese mismo estudiante, en el romanticismo propio de su edad y en oportunidades alentado por justos apetitos reivindicativos, está ansioso de tener contacto con la realidad de su país, de experimentar personalmente los problemas sociales y políticos que lo circundan y agobian, y no encuentra o no entiende otra salida a sus ansias compulsivas que el zambullirse de lleno en la contienda cotidiana, en la que toma partido prejudicialmente y se empeña con fiereza y tesón.

Preocupada la Universidad por los grandes vacíos de la instrucción secundaria, no acertó a encontrar más propicio remedio que ver de enmendar en unos cuantos semestres iniciales la falla cultural no subsanada en seis años enteros y se ha empeñado en programar estudios generales en el mismo pie de aquella, muchas veces en desmedro de la preparación profesional, y, lo que es peor, no cayendo en la cuen-

ta de que su misión, antes que la de formar un hombre culto o un eminente técnico, es dar al profesional a quien ampara con su título, una formación adecuada para poner la ciencia al servicio de la colectividad, lo cual impone necesariamente el adiestramiento capaz de asimilarla, una bien ponderada conciencia cívica y el sentido de la propia individualidad. Creo por eso, que en todo el ámbito universitario lo primordial consiste en la metodología del aprendizaje y, por esa vía, también en la información política y la formación ciudadana, y que en ambos respectos la misión de las Facultades de Derecho, como centros mentales de la comunidad, es esencial y ha venido a menos por su propia relegación. El humanismo no es acopio presuroso de nociones ni mayúscula erudición; es la conciencia de cada quien en su especialidad, que le permite profundizar en ella, para desde ahí vislumbrar el universo.

Si a cargo suyo está la formación de esos profesionales responsables, la Universidad no puede olvidar el sentido ético del trabajo personal, y como primer dictado de cualquiera enseñanza deontológica, ha de consignar la voluntad de servicio público que debe alentar a todo ciudadano, en la medida directamente proporcional a su mayor preparación, pues las exigencias de pulcritud en los aspectos público y privado de la vida resultan meras admoniciones vacías de contenido si no están orientadas a hacer vivencia el servicio a la comunidad, como la más prístina satisfacción personal y a crear una mística de subsumir los apetitos de cada quien dentro de un empeño solidario de superación en el trabajo y en el apoyo a los demás.

Pero el servicio recto requiere esa formación integral y esta, a su turno, una clara concepción de los fines de cada profesión en sí y ante los menesteres de hoy y del futuro. De ahí por qué, en lo que concierne a las Facultades de Derecho resulte indispensable precisar, luego de establecido lo que son, qué clase de abogados son los que está demandando el país, cuáles son sus fundamentales destinos y qué calidades generales y específicas son las que a ellos se ajustan.

Decimos que la misión más noble y elevada que pueda concebirse para el hombre es la de administrar justicia entre sus semejantes, tarea propia, por excelencia, del profesional del derecho. A las quejas comunes por la rebaja del prestigio y la eficacia de la jurisdicción sumamos las propias, en cuanto mejor las conocemos y nos es dado vivir-las a diario. No escatimamos censuras a la falta de técnica, elegancia y felicidad en la legislación reciente. En fin, nos resistimos a soportar el defecto de destreza, versación y respeto por la normatividad en los

administradores públicos. A todo lo cual hemos de preguntarnos con entero coraje si las Facultades de Derecho están preparando como es debido legisladores, jueces y administradores, con la preocupación, el esmero y el rendimiento que son debidos a la trascendencia de tan conspicuas funciones, si se han percatado de que la deficiencia del estado en estos terrenos les es increpable a ellas, y qué se proponen hacer para conjurar sus males.

Fácil sería replicar que con las pautas docentes que hoy se aplican se forjaron las generaciones anteriores y la nuestra, e indicar ilustres figuras que honraron y aprestigiaron los claústros que las alumbraron. Los tiempos cambian celeramente y su paso arrastra a las mismas excepciones cimeras, y si alguna lección nos deja la contemplación del pretérito es precisamente su conformidad con su época; precisa es la averiguación de por qué en algunos tiempos, pueblos e individualidades se alcanzó esa superación, ese apogeo del acierto, para así, sin incurrir en aventuras, determinar los actuales apremios, encontrar soluciones y emprender con denuedo un camino de rectificaciones y avances.

Mas nada de ello es concebible sin que antes se haya pulido la imagen de las Facultades de Derecho en la precisión de sus primordiales vocaciones, se devuelva a los planes de estudio su frescura genuina, se adopte una metodología activa y vivaz, se retorne a la comunidad espontánea de maestros y alumnos, se adquiera por unos y otros un sentido de verdadero realismo y el espíritu de humildad que imprime la ciencia, y el derecho reasuma su carácter de disciplina severa.

En los círculos directivos de la Universidad Colombiana ha venido prosperando la especie de que las Facultades Jurídicas no han menester de cuidado y aliento especiales, habida consideración de su antigüedad, traducida en solidez, de su costumbre de bastarse con aulas, profesorado de hora y ralas bibliotecas, y de la urgencia de incrementar otras profesiones que exigen cuantiosos recursos, cuentan con escaso personal humano calificado para su cultivo y a las que se dirige apremiante el desarrollo económico del país.

Hablemos claro y pongamos de relieve las funciones públicas del abogado, que atienden a la organización básica del Estado y cuyo ejercicio puntual y justo constituye la base del equilibrio social, y sin elusión alguna de nuestra propia responsabilidad, señalemos al criterio que se critica como partícipe de los resultados que tanto nos duelen. Entonces, como lo predicamos de la Universidad, la atención de nuestros claústros, si bien nos pertenece en primer término, no es tarea de

la que los restantes sectores de la comunidad puedan desentenderse ni desatender a pretexto de prioridades en los afanes del progreso económico, que éste no es el todo de la vida, y que, además, no sería armónico, ni sólido, ni estable, si no cuenta con un competente respaldo en las instituciones.

Reverenciamos a los maestros que compartieron los afanes profesionales o de oficios públicos con la cátedra, a la que dedicaron devotos su mayor aliento y señalamos en ellos ejemplos admirables de ciencia y de conducta, como hoy también admiramos ese merítísimo esfuerzo que continúa una hermosa tradición del magisterio. Creemos evidente que en muchas ocasiones es benéfica, cuando no indispensable, la introspección, la riqueza vital de la práctica para sistematizar y humanizar la teoría, y por ello no podremos prescindir del profesor raptado a la profesión para su servicio en la Universidad. Pero, el contacto personal del maestro con el discípulo, cada vez más huidizo uno y otro, y cada día más distantes por el ascenso de la masa estudiantil; la complicación de los panoramas científicos y la inaplazable necesidad de que se investigue, no permiten la conservación de aquella usanza, austera y venerable, pero cuya integridad no se compadece con las demandas actuales. Las Facultades de Derecho están retardadas en la incorporación a su seno de numerosos devotos de la ciencia, que se consagren exclusivamente a su estudio y a su enseñanza y estén rodeados de adjuntos, asistentes y auxiliares, que se vayan ejercitando y formando a su vera en la docencia, de modo paulatino, que constituyan entre todos la cátedra integrada y que con su aliento, su ejemplo y su vigor, atraigan al estudiantado a su genuina tarea de formarse, informarse y capacitarse experimentalmente y compenetrarse con su tierra y con su gente, con toda disciplina, en el estudio serio y metódico de sus problemas y de las respuestas a los retos de la hora presente.

Para mi satisfacción, nada de esto es nuevo; varias veces se ha dicho y mejor de lo que puedo expresarlo, pero ha sido mi deseo el de proyectarlo como experiencia vital y el de darle forma de solicitudes urgentes al país y a la comunidad universitaria. Mi planteamiento es directo, se formula a todos los miembros de ésta y tiene un carácter de responsabilización a cada cual.

Me refiero a la orientación y auscultación de las nuevas vocaciones; a la dotación de instrumental de trabajo científico; a la necesidad de remozar los planes de estudio y de dejar como común sólo aquello que constituye la medula de las ramas básicas del derecho y otorga o imprime criterio jurídico y confiar a la elección espontánea, pero asis-

tida, del alumno la complementación de sus conocimientos con materias diversas, de su predilección, destacando las que más se aproximen a sus posibilidades de ejercicio futuro y a lo que de él espera su medio; a una mínima flexibilidad de programas y calendarios, para que sea el ritmo del esfuerzo y las posibilidades y capacidades individuales quienes digan la longitud de la carrera y no el arbitrio de un dictado inoficioso, se descarguen los pensums de tan frondoso número de asignaturas que no alcanza a abrazarse en conjunto, y se favorezca la consagración a menos, en ventaja de la captación más intensiva; a trasladar el centro de las actividades escolares del aula magistral, monólogo-audición desaprovechada, a la biblioteca y al consultorio; a la necesidad del profesor-investigador, en permanente actividad universitaria, criado en la propia carrera, con avance progresivo, dotado de auxiliares, medios, estímulos y garantías, a la vez que permanentemente calificado y forzado a su renovación y progreso, dentro de una sana, leal, pero inmisericorde competencia; a la apertura de cursos de refresco y actualización de conocimientos para quienes con grado o con él pendiente aspiran a desperezarse y a reemprender su formación y a los de alta calificación académica y profesional, especialidades, maestranza y doctorado, con aplicación inmediata en el escalafón docente e investigativo; en fin, a que la Universidad colabore con los poderes públicos en el análisis y atención de los más serios problemas de orden normativo y de administración que se confrontan, a lo que siempre ha aspirado y a lo que no le será posible responder sin el respaldo que pueda darle su actualización, así se oficialicen las solicitudes, como no sea cayendo en la perenne improvisación.

Insisto en la antigüedad de estos reparos e imprecaciones, con tanto más énfasis cuanto advierto la lentitud con que reaccionamos ante estímulos de este orden, por prestante que sea su linaje, y anoto en abono de la argumentación que no es objetable con fundamento en cargos excesivos o adicionales sobre el presupuesto universitario, tan afectado por la insistencia de todos los sectores rivales. Nada superfluo, suntuario o demasiado es aquel gasto cuyo destino signifique extraer a las Facultades de Derecho de la condición relegada, incompatible con la dignidad universitaria, en que se encuentran al no disponer de elementales medios para el cumplimiento de su alta misión. Pero lo básico es que nada de lo que se propone exige en últimas cosa distinta de pulir visiones y clarificar criterios, y un esfuerzo conjunto, integral y persistente. Quizá aquí radica su principal debilidad! Lo demás son y serán justos lamentos ante la necesidad de traducir leyes foráneas, pa-

ra realidades dispares, dada nuestra incapacidad para la asunción de nuestros problemas y la expresión de fórmulas acuñadas en nuestro medio y por los nuestros; ante una colonización cultural que nos invade imperceptible y aceleradamente por muchas vertientes contradictorias, y a la que no podemos oponer nuestros propios valores, porque los desconocemos o los dejamos de practicar; ante el indetenible desplazamiento del abogado de los puestos de dirección, gracias a la falta o inactualidad del bagaje que ellos requieren, pues las gentes comienzan a pensar que nuestro pregonado universalismo y versatilidad es apenas superficialidad o hinchazón.

En fin, no he encontrado mejor forma de corresponder a la honrosa y gentil invitación que me formulara la ilustre Universidad de Antioquia, que tomar en préstamo la franqueza de su raza y, queriendo ser actual donde el realismo es expresión de vida, reiterar, con referencia a lo nuestro, aquello que en otras latitudes se viene sosteniendo de varios lustros atrás y ya en este recinto se ha afirmado con decisión, con plena confianza en nosotros mismos y la vocación de Colombia para el derecho.

Noviembre 9 de 1966.

APUNTES PARA UN CURSO DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO

Tesis de grado para optar al título de
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

Carlos Gaviria Díaz

INFORME DE TESIS

Medellín, Diciembre 13 de 1.965.

Señor doctor
Julián Uribe Cadavid,
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Antioquia.
Presente.

Nos corresponde informar sobre el trabajo denominado "Apuntes para un curso de Introducción al estudio del Derecho", que el abogado Carlos Gaviria Díaz ha presentado a la Universidad como Tesis que le permita recibir el título de Doctor en Derecho.

Pocas veces se tiene ocasión de leer en estudios de esta naturaleza, uno tan bien estructurado y que acuse de modo notorio las condiciones de aptitud para la tarea jurídica de quien lo suscribe. De modo que, en cierta manera, nuestra tarea de examinadores ha sido fácil, pues simplemente comprobamos en la Tesis las calidades de quien por sus méritos de inteligencia y de voluntad, ha sido llamado a servir la docencia universitaria en campos asaz difíciles.

Y es que el profesor Carlos Gaviria Díaz plantea y lleva a término en su estudio de tesis un programa de lo que sea la cátedra de Introducción al Estudio del Derecho, es decir, en palabras suyas, "el examen de nociones y categorías fundamentales que constituyen la vértebra de la ciencia misma del Derecho y no ésta o aquella derivación especial", pues esto último es lo que se ha venido haciendo, con criticable retraso, en la referida cátedra de nuestras facultades de Derecho.

Con ese propósito inicial, se introduce con envidiable energía, mente clara y de indudable capacidad para hacer

enunciado, examen y conclusión de difíciles problemas atinentes al quehacer jurídico, a través de ocho capítulos o amplias exposiciones de los temas por él seleccionados para el curso de introducción al derecho, materia de tanta importancia para los jóvenes que aspiran a seguir esa profesión, arte o ciencia que precisa, si se quiere servir bien, si no singular destreza, al menos buenas dotes en el manejo de la elaboración de conceptos alrededor de las normas o presupuestos de la conducta social.

Y es asimismo conveniente anotar que la tesis de Gaviria Díaz contribuye de manera muy saliente a la difusión entre nosotros del pensamiento de tratadistas de nombradía internacional, ayudando así a la mejor comprensión de las ideas de éstos, en veces de difícil captación en sus obras.

La Tesis de Grado del señor Carlos Gaviria Díaz reúne abundantemente los requisitos exigidos para recibirla como testimonio de sus méritos de Doctor en Derecho y así nos permitimos solicitar que se acepte para los efectos de reglamento, pidiendo al mismo tiempo que se designe un tribunal especial al cual se encomiende el estudio de este trabajo, merecedor en nuestra opinión de más altos méritos en el buen servicio de la Universidad.

Del señor Decano somos sus servidores muy atentos,

Francisco Echeverri Escobar

Guillermo Peña Alzate

Gonzalo Espinal Múnera.

INFORME DEL TRIBUNAL DE HONOR

Medellín, 5 de Mayo de 1.967.

Señor Doctor
Julián Uribe Cadavid
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Antioquia,
S. O.

Señor Decano:

Constituidos en Tribunal de Honor para dar concepto sobre la tesis de don Carlos Gaviria, APUNTES PARA UN CURSO DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, hemos encontrado plenamente justificado que se nos invite a rendirlo conforme al reglamento, pues se trata de un esfuerzo meritorio, fiel reflejo de la disciplina intelectual que ha puesto su autor a las notables calidades que distinguen su personalidad.

Integrante de un pequeño pero selecto grupo de jóvenes profesionales, Gaviria Díaz no ha escogido los caminos trillados para optar el título de Doctor y armarse con él para el ejercicio de un oficio. Con seriedad y responsabilidad se ha incorporado al grupo de los que prefieren investigar y enseñar, rindiendo un primer fruto en esta tesis bien escrita, en donde reúne conceptos rectamente ordenados y en la que tiende a conformar un curso de Introducción en el que los estudiantes adquieran las nociones primeras, mas no primarias, sobre el Derecho. Son apuntes, y por lo tanto no hay pretensión en el autor de agotar la materia, pero sí constituye la tesis un anuncio previo de lo que va a ser una de las obras mejores realizadas en nuestra Universidad.

Con rigor doctrinario asume el autor una posición y la explica clara, concisa y rectamente. Aun cuando no se comparte esa posición, el modo de explicarla y la honestidad intelectual con que llega a ella, la hacen profundamente respetable.

Excediendo un poco nuestra propia función, mas no los merecimientos de quien nos mueve a dar las anteriores opiniones, hemos querido expresarlas porque el caso de Gaviria Díaz es una invitación a los jóvenes capaces para que busquen su realización intelectual en la investigación, la cátedra y el libro. El constituye un ejemplo y así queremos hacerlo notar.

El examen que hemos hecho de la tesis, previa la deliberación de rigor, nos induce a conceptuar que ella reúne las condiciones que la hacen acreedora a Mención de Honor.

Del Señor Decano atentamente,

Lucrecio Jaramillo Vélez

Jairo Duque Pérez

Diego Tobón Arbeláez

REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD

Art. 79. "Ni la Universidad, ni el Presidente de Tesis, ni el tribunal, ni el jurado examinador, serán responsables de las ideas emitidas por el alumno en su trabajo".

"El derecho puede ser injusto pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo... El problema que se plantea no es, cuándo un derecho es justo, sino cómo un derecho puede ser aprehendido con certeza".

GUSTAVO RADBRUCH
Filosofía del Derecho

"El derecho no es la cosa más alta que haya en el mundo, no es un fin en sí mismo. Es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin consiste en la existencia de la sociedad".

R. VON IHERING
El fin en el Derecho

"Frecuentemente se considera como principios jurídicos eternos lo que es solamente la cristalización eventual de un prejuicio colectivo".

SIR OLIVER WENDELL HOLMES
(cita de Recaséns)

"Siendo la ciencia un producto del espíritu humano, recordemos que es ley de éste quedar siempre abierto para su infinita autocreación".

CARLOS COSSIO
La Plenitud del Orden Jurídico

EXPLICACION INICIAL

El trabajo que hoy presento como tesis de grado tiene un propósito, cabalmente expresado en el título: consiste en unos apuntes, elaborados con algún afán sistemático, que aspiran a ser la base para una obra de mayor alcance, sobre una materia que entre nosotros necesita aún carta de presentación.

En efecto, hasta hace poco tiempo se dictaba en nuestras facultades, bajo la denominación de "Introducción a la Ciencia del Derecho" una cátedra que cumplía la única función de anticipar al alumno una serie de conceptos propios de las disciplinas jurídicas particulares y que eran luego objeto de amplia elucidación en los respectivos cursos. Significaba entonces una duplicidad de esfuerzos injustificada. Esa visión no respondía a las innovaciones que en ese sentido se habían operado en las Universidades europeas desde las primeras décadas del siglo y en las más importantes de América a partir de 1.930, aproximadamente. Conforme a la nueva concepción, la Introducción al Estudio del Derecho tiene como finalidad esencial el examen de nociones y categorías fundamentales que constituyen la vértebra de la ciencia misma del derecho y no de esta o aquella derivación especial.

Se trata, no ya de entregar al principiante un poco de la materia que deberá moldear —sin indicarle la técnica apropiada— sino de armarlo con los instrumentos necesarios para tratar adecuadamente el material que luego se le suministre. Se trabaja más con formas que con contenidos, pues a éstos sólo se apela por vía de ensayo, para probar la eficacia de aquéllas y la destreza con que se las maneja. Se está entonces en el campo de la teoría del derecho y no en el de las ciencias jurídicas especiales.

Tal es la orientación que he querido impartir a la cátedra que me ha encomendado la Universidad —quizá prematuramente— y a la que me he aplicado, al menos con una gran pasión, y con un deseo inmenso de responder dignamente a tan honroso encargo.

Trato en ocho capítulos una serie de temas, fundamentales a mi juicio, y generalmente abordados en los buenos textos sobre la materia, cuya concatenación se descubre con facilidad, así: el derecho es una ciencia normativa (I); la normatividad jurídica es una normatividad específica, como que regula la conducta humana de un modo distinto a como lo hacen la moral (II) y los usos sociales (III); la norma jurídica (signada con sus notas distintivas) debe enjuiciarse lógicamente como

un pensamiento prescriptivo (IV); extrae su juridicidad de los procesos que la generan (V) y no de un contenido específico (VI). Se incrusta en un ordenamiento jerarquizado, que la categoriza en un determinado estrato, conforme a su mayor o menor generalidad (VII) y consta siempre de dos partes fundamentales (supuesto y consecuencia) vinculados por un nexo imputativo. El supuesto puede ser un hecho natural, un acto humano o una situación de pura creación legislativa, y la consecuencia consiste siempre en creación, modificación o extinción de facultades (derechos subjetivos, categorizados en reales y personales) y obligaciones (deberes jurídicos), los cuales derechos y deberes son referidos siempre a un centro de imputación —sujeto de derechos— (VIII).

Como puede advertirse, toda la problemática propuesta gira en torno a la norma jurídica, que constituye el objeto de la ciencia del derecho.

Como la materia tiene un indiscutible entronque con la filosofía del derecho, he omitido deliberadamente el tratamiento de aquellos problemas que son encarados a fondo en dicha cátedra, tales como la plenitud del orden jurídico y la técnica jurídica en particular, pues considero inconveniente y redundante la repetición de unos mismos asuntos en diferentes cursos.

Quizá algunos temas aparezcan tratados de manera demasiado esquemática, pero al respecto debe tenerse muy presente la observación inicial, en el sentido de que en esta disciplina se da prelación deliberada al manejo de formas, sobre los contenidos, pues éstos constituyen objeto de estudio de las disciplinas jurídicas particulares. Por vía de ejemplo podemos citar algunos casos: para nuestro propósito no importa el estudio detallado del proceso legislativo (propio del Derecho Constitucional). Si hacemos referencia a él es para ilustrar mejor el tema de las fuentes formales del derecho, con el ejemplo que se tiene más a la mano; el acto jurídico se analiza con profundidad en derecho civil y en derecho administrativo. En el curso de Introducción sólo interesa saber que es un supuesto normativo. Y otro tanto cabe decir de los derechos reales y personales.

En síntesis, se puede afirmar que bajo el dominio de esta materia caen las formas necesarias del pensamiento jurídico y no los datos contingentes de la realidad jurídica, que sólo son mentados por vía de ilustración, para que no se piense que se trata de meras especulaciones sin la menor posibilidad de incidencia en las realidades empíricas.

Medellín, Diciembre 15 de 1.965

ALINDAMIENTO DE LOS CAMPOS CAUSAL Y NORMATIVO

1.- *Planteamientos iniciales.*- A la entrada de toda disciplina científica se hallan siempre dos problemas fundamentales: determinación y ubicación de su respectivo objeto. La ciencia jurídica los formula así: ¿qué es el derecho?, ¿qué sitio ocupa en la esfera del conocimiento? Responder por la naturaleza del derecho —definirlo— es de una importancia básica pero ofrece dificultades sin cuento como que implica a su vez múltiples cuestiones cuyo esclarecimiento resulta problemático. De allí que sobre el punto no se haya logrado unidad de criterio y cada tratadista postule su propia definición, a tono con su postura filosófica originaria. Más aún, se ha llegado a negar la posibilidad de emitir un juicio determinativo pleno que encierre al objeto jurídico dentro de su género próximo y su diferencia específica. Así lo ha hecho Fritz Schreier en la obra "Conceptos y formas fundamentales del derecho", considerando que para la elucidación de esta clase de problemas resulta inadecuado el método aristotélico (1).

Es el derecho simple modalidad de la fuerza física o un sistema prescriptivo (ético) regulador de la conducta humana? Si sus reglas son obligatorias de dónde derivan tal obligatoriedad? Les basta ajustarse a ciertas exigencias de forma o deben hallarse axiológicamente fundadas? ¿Cómo es posible distinguir la normatividad jurídica de la moral? Todos estos escollos con que tropieza fatalmente quien se introduce en el ámbito jurídico, deben ser salvados con éxito si se quiere llegar a la noción del derecho. Allí late implícito el problema de la norma y sin dilucidarlo no es posible absolver satisfactoriamente las dos cuestiones que en el comienzo nos hemos planteado.

2.- *Leyes naturales y normas de conducta.*- Tomando como punto de partida la oposición, postulada por Kant, entre ser y deber ser, como categorías del conocimiento, es posible establecer claras diferencias entre las ciencias causales y las normativas o, lo que es lo mismo, entre las leyes que rigen la naturaleza y las reglas de la conducta humana. Se resumen así: las ciencias naturales o físicas presuponen relaciones de necesidad, fatales, que se cumplen siempre de idéntica manera. Se dan entonces al conocimiento en forma de juicios enunciativos que describen el acontecer causal, es decir, "expresan relaciones constantes entre fenó-

(1) Schreier: "Conceptos y formas fundamentales del Derecho". Pgs. 25 y ss. Ed. Losada S. A. Buenos Aires, 1.942.

menos". Y tales juicios son verdaderos en la medida en que se acomoden a la realidad, o sea, describan los hechos naturales tal como acontecen. A las leyes físicas se llega por inducción como que sólo pueden formularse válidamente después de observar y comprobar en forma detenida y sistemática un gran número de casos particulares. La inviolabilidad en su característica esencial, pues una sola transgresión destruiría la validez del principio. Por ser descriptivas de lo que sucede, de lo que es, se les llama *leyes del ser*. Se designan bajo la fórmula general, *si A es, B es*, o de otro modo: Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá. A, representa la causa y B el efecto. Ejemplo: Si un metal es expuesto al calor, se producirá el fenómeno de la dilatación.

Las ciencias normativas, en cambio, descansan en el supuesto de la libertad, es decir, en la posibilidad de elegir una entre muchas conductas factibles ante situaciones idénticas. No son descriptivas como las ciencias físicas, sino *prescriptivas*, es decir, no enuncian hechos que ocurren sino señalan comportamientos que deben observarse. De las normas de conducta, cuya estructura lógica se estudiará más adelante, no cabe predicar verdad sino obligatoriedad, en la medida en que sea valiosa la conducta prescrita. Se llega a su formulación por vía deductiva —a partir de postulados a priori— pero nunca por el método inductivo o de experimentación, pues de que siempre se observe una conducta no se sigue que sea debida. Del simple análisis de un hecho pueden desprenderse sus causas pero no su fuerza vinculante. De que el fuerte someta al débil no se infiere que deba someterlo; de que a diario se atente contra la vida ajena no se sigue que sea debido tal comportamiento. Es lo que quiere significar el kantismo cuando afirma que "del ser no se sigue nunca el deber ser".

Finalmente, a diferencia de las leyes físicas que son por naturaleza inviolables, es esencial a las normas la posibilidad de ser transgredidas, puesto que el hombre —su destinatario— puede elegir entre acatarlas y desatenderlas. Una norma de conducta deja de ser tal si no es posible su desobedecimiento, pues la fatalidad sólo es propia del mundo físico. Aunque respetar la vida ajena constituye una obligación, siempre será posible atentar contra ella. En cambio la dilatación de los cuerpos por el calor no es obligatoria sino ineludible, fatal.

La norma cumple una función esencialmente imperativa en la medida en que postula formas de comportamiento que vinculan a los destinatarios. Tales vinculaciones normativas se denominan *obligaciones* y aquellos cuya conducta es objeto de normación, *sujetos obligados*. Cumplir una obligación es, pues, ajustar una conducta a la norma que la fi-

ja; pero ha de subsistir siempre la posibilidad de no cumplirla. Allí se manifiesta el carácter no necesario del vínculo obligacional, que deja intacta la facultad electiva, y se expresa bajo la fórmula genérica. Si A es, debe ser B.

Las líneas que siguen harán más ininteligible lo que hasta aquí se ha dicho.

3.- *Los imperativos kantianos.*- Kant, llamó imperativos a las normas reguladoras de la conducta humana y las clasificó en dos categorías: unas que ordenan incondicionalmente y otras que lo hacen bajo condición. A las primeras las nombró *imperativos categóricos* y a las segundas *imperativos hipotéticos*. (2)

Los *imperativos categóricos* son, pues, aquellos preceptos que mandan una conducta como buena en sí misma y, por ende, intrínsecamente obligatoria. Pueden ser expresados positiva o negativamente, esto es, en la forma de mandatos o de prohibiciones. Sus fórmulas son, entonces: *A debe ser; A no debe ser*. Ejemplos: debes ser honesto; no debes mentir. Se les llama también mandatos de la moralidad o postulados apodíctico-prácticos.

Los *imperativos hipotéticos* (para Kant) prescriben que en caso de buscarse un determinado fin, debe observarse cierto comportamiento que constituye el medio. Se expresan así: "si pretendes alcanzar tal objetivo debes proceder de este modo". Ejemplo: si quieres ser abogado debes estudiar la ciencia del derecho.

Pero dentro de esta categoría distingue el pensador de Koenigsberg, *reglas técnicas*, o sea modos de proceder con habilidad (principios problemático-prácticos) y *advertencias* de circunspección para la vida práctica (imperativos pragmáticos o asertórico-prácticos). En el primer caso podría ejemplificarse así: si quieres construir bien, observa los principios de la arquitectura. Y en el segundo: si quieres gozar del favor social, pórtate decorosamente.

De acuerdo con lo anterior, Kant incrusta en el campo normativo los principios reguladores de las artes —bellas o útiles—. No obstante, tal modo de pensar ha sido vigorosamente combatido incluso por autores adscritos a la filosofía kantiana. Es el caso del brillante catedrático hamburgués *Rudolf Laun*, quien impugna la tesis en cuestión. Dice Laun que el error consiste en que Kant no distinguió —y debió hacerlo— las reglas que postulan un *deber condicionado* de las que indican una *nece-*

(2) Kant: "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". Pgs. 60 y ss. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1.963.

sidad condicionada. Un incorrecto empleo del lenguaje ha originado y propiciado el desacierto. (3)

Cuando se prescribe una conducta como única posible para alcanzar un fin, la obtención de éste queda condicionada a la observancia de la conducta prescrita. La regla que postula tal comportamiento no es una norma, stricto sensu, pues ninguna obligación impone. Pero si alguien se propone la consecución de ese fin, fatalmente tendrá que observar el comportamiento que la regla indica. Así por ejemplo, los principios de ejecución musical no constriñen a nadie para que se haga músico, pero si una persona quiere serlo, *necesariamente* tendrá que aprenderlos. No son imperativos, no postulan deberes, sino que expresan una necesidad (saberlos) condicionada (si alguien desea ser ejecutante). En ocasiones puede lograrse por varios medios el objetivo propuesto, pero es necesario, fatal, echar mano de uno de tales medios para conseguir el fin buscado. Proponerse una persona la realización de algo y elegir el medio para hacerlo, son actos libres. Pero llegar a lo que se busca por el camino que allí conduce, no es ya asunto de elección sino de necesidad.

Lo que expresan las reglas técnicas es, pues, una relación de finalidad (teleológica) que en su etapa culminante deviene necesaria. Porque, repitámoslo, si la *elección de fin* y la *selección de medios* son actos de voluntad (libres), en la fase de realización surge un vínculo necesario entre éste y aquél. Es esto lo que quiere significar *Nicolaï Hartmann* —a quien cita García Maynez— cuando expresa, con todo rigor, que "En el período de la realización, todo proceso finalista puede ser causalmente interpretado" (4).

De tal suerte que las reglas técnicas pueden ser enunciadas con la misma fórmula genérica que atrás consignamos para las leyes de la naturaleza —causales—: Si A es, B es; si una persona quiere ser ejecutante de música necesariamente tiene que aprender los principios de ejecución musical.

Erró, pues, Kant al incluir dentro de los imperativos que son normas de conducta, las reglas técnicas que llevan signo de fatalidad y resultan, así, completamente exóticas en el campo normativo.

La confusión nace, como al principio se dijo, de no distinguir con claridad el deber condicionado (implícito en todo imperativo hipotéti-

(3) Rudolf Laun: "Derecho y Moral", Pgs. 8 y ss. Ed. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1.959.

(4) N. Hartmann, citado por Eduardo García Maynez, "Introducción al Estudio del Derecho". Pag. 12. Ed. Porrúa. México, 1.958.

co) de la necesidad condicionada, que sólo puede darse en el mundo causal.

Una norma prescribe un deber condicionado (y es entonces auténtico imperativo hipotético) cuando subordina el nacimiento de ese deber a la existencia previa de determinados supuestos. Fuera de las circunstancias contempladas en el precepto, no puede generarse la obligación. Es la modalidad prescriptiva propia del derecho. El deber jurídico se halla siempre enlazado a hechos o situaciones específicos mentados por la norma, en relación de absoluta dependencia.

Saquemos un ejemplo del ordenamiento positivo colombiano. Dice el art. 2.356 del código civil: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". La disposición reproducida prescribe un deber: reparar el daño ocasionado, pero siempre que la conducta nociva del agente pueda ser calificada de negligente o maliciosa. Sólo en esa hipótesis surge el vínculo obligacional caracterizado en la norma transcrita. Del supuesto, pende el deber jurídico. Por eso, las reglas de esta clase sí quedan rigurosamente expresadas en la fórmula general normativa: *Si A es, debe ser B*.

Dentro del pensamiento kantiano los preceptos jurídicos revisten siempre la forma de imperativos hipotéticos, mientras las normas morales se presentan como imperativos categóricos que no condicionan el deber prescrito: no matarás, no hurtarás, no mentirás. Mientras los primeros pregonan una obligatoriedad relativa, los segundos reclaman una absoluta capacidad vinculante.

Pero examinando el problema con algún detenimiento se advierte que también la obligatoriedad de los preceptos morales, que se formulan abstractamente, pende de condiciones concretas. (5) Retomando los ejemplos propuestos, se tiene: existe una norma que impone el deber de respetar la vida ajena. Pues bien: aunque la norma en cuestión se formula de un modo categórico, el cumplimiento de la obligación que prescribe se halla condicionado por circunstancias concretas. O, al revés, pueden presentarse ciertas situaciones en que el destinatario del precepto queda excusado de cumplirlo. Así, el deber de respetar la vida ajena deja de ser tal, cuando la propia se halla gravemente amenazada y es necesario dar muerte a otro para eliminar el riesgo. Es lo que ocurre en la legítima defensa y en el estado de necesidad, instituciones le-

(5) Kant: Ob. cit. Pgs. 69 y ss.

gales que encuentran pleno respaldo en la ética. Y otro tanto acontece con los preceptos que prohíben hurtar y mentir, cuya observancia también está dispensada en determinadas situaciones, cuando se trata de poner a salvo ciertos valores supremos como la vida y la libertad, siempre que su tutela sea imaplazable.

Conforme a lo anteriormente expuesto (y mirando las cosas de contraluz) se concluye entonces que aún los deberes prescritos por aquellas normas formuladas categóricamente, se encuentran siempre condicionados en su cumplimiento, así los supuestos condicionantes permanezcan más o menos velados. O sea que, en el fondo, todo mandato implícito en una regla de conducta es hipotético aun cuando sea categóricamente expresado. La diferencia queda circunscrita al terreno lingüístico y, por tanto, aún los pretensos imperativos categóricos quedan incluidos en la fórmula genérica *Si A es, debe ser B*, en la cual A representa el supuesto y B la conducta adecuada a la situación.

Pero podríamos decir que mientras en el imperativo hipotético el supuesto se determina positivamente, en el categórico tal determinación se hace por exclusión. O mejor aún: en el primero se caracterizan las situaciones que generan el deber y en el segundo las que dispensan de su cumplimiento. Ejemplos: 1º) Si por malicia o negligencia ocasionas un daño (A), debes repararlo (B); 2º) Si tu vida no se encuentra gravemente amenazada (A), debes respetar la vida ajena (B); o de otro modo: si tu vida se encuentra gravemente amenazada (A) estás exento del deber de respetar la ajena (B). El ejemplo 1º corresponde al imperativo hipotético y el 2º al categórico en su doble posibilidad de formulación.

No obstante, de todo lo que hasta aquí se ha dicho no puede colegirse la existencia de un solo tipo de normas reguladoras de la conducta humana, sino tan sólo la ineptitud del criterio propuesto inicialmente (obligatoriedad condicionada e incondicionada) para establecer en base a él una división esencial de dichas normas. Precisa entonces apelar a otro enfoque, a fin de delimitar correctamente el campo normativo e indicar con precisión las notas específicas de los diversos ordenamientos que lo integran, si es que tal fenómeno se da. En otros términos, se trata ahora de averiguar si la distinción entre moral y derecho es científicamente fundada, por corresponder uno y otro término a diferentes modalidades de regulación.

LA MORAL Y EL DERECHO

Circunscritos ya al campo normativo, vamos a enfrentar el difícil problema de las relaciones entre el derecho y la moral. Lo haremos, siguiendo en este punto a Giorgio Del Vecchio, desde el doble ángulo de la historia y de la sistematización doctrinaria, a fin de obtener la imagen más completa posible de tan espinoso asunto. (1)

1 - *El problema en la historia.* El proceso de diferenciación —en el terreno puramente fáctico— se ha ido desarrollando lenta y paulatinamente, pudiendo destacarse tres momentos esenciales. Se sintetizan así:

a) *De indiferenciación ética.* Corresponde el estadio en cuestión a las sociedades primitivas, donde las relaciones interpersonales se revelan aún muy incipientes. Su característica más notable es la regulación consuetudinaria de la conducta interindividual. No es posible establecer con claridad si la normación del comportamiento humano se hace en función de convicciones subjetivas más o menos caprichosas o de principios dotados de alguna validez objetiva. Tampoco se puede precisar en qué grado las reglas integrantes de tan ambiguo ordenamiento, vinculan a los miembros del grupo en que se dan. Religión, moral y derecho se entreveran confusamente y constituyen un orden normativo que Del Vecchio llama, con todo acierto, "costumbre indistinta". Por parte alguna aparecen los caracteres específicos capaces de individualizar y concretar los distintos modos de regulación de la conducta humana.

b) *De distinción empírica.* En esta segunda fase, que situamos en la cultura antigua*, comienzan ya a insinuarse las fronteras del derecho y la moral, aunque de manera todavía muy difusa. El deslinde se ensaya un poco arbitrariamente. Es la intuición, más que la sistematización teórica, la que marca aquí la pauta. Se vislumbran notas diferenciales de los dos ordenamientos normativos, se distinguen en la práctica las reglas jurídicas de las morales, pero no se logra ganar un criterio seguro (teórico) que permita formular, con pretensiones de universalidad, las caracte-

(1) G. Del Vecchio: "Filosofía del Derecho". Pgs. 344 y ss. Ed. Bosch, Barcelona, 1.953.

* Incluimos en ese ciclo a Grecia y Roma, acogiéndonos a la clasificación y terminología spenglerianas.

terísticas especiales de unas y otras. Inútil buscarlo en Grecia, pues ni siquiera a pensadores tan finos y penetrantes como Platón les es dado encontrarlo. Las normas estatales son miradas más bien como consejos de conveniencia. Y en Roma, donde el derecho positivo alcanzó su más vigoroso desarrollo, tampoco se llegó a un sistema a partir del cual pudiera recabarse la individualidad y autonomía del ordenamiento jurídico, por contraposición a la ética. Si bien Paulo sentenciaba con todo rigor que no todo lo que es jurídicamente permitido es conforme a la moral, juristas como Celso mantenían la confusión definiendo el derecho por conceptos morales: "ars boni et aequi". Lo cierto es que, en la práctica, su maravillosa intuición jurídica los puso a salvo de toda equivocación al respecto. Tampoco la patrística ni la escolástica suministran el criterio que venimos rastreando. En ellas sólo se opera un fenómeno de subsumción del derecho en la moral.

c) *De distinción teórica.* Sólo a comienzos del siglo XVIII —momento muy avanzado de la cultura occidental— es abordado científicamente el problema. Factores de orden político estimulan ese tipo de especulaciones. Acosado por el autoritarismo estatal, Christian Tomasio intenta, con afán sistemático, el hallazgo de un criterio distintivo, y cree descubrirlo en aquel ámbito de la conducta que a cada ordenamiento toca regir. Reivindicando la libertad de pensamiento contra las pretensiones absolutistas del Estado, sostiene Tomasio que la conciencia individual (forum internum) sólo puede ser regida por preceptos morales y que al derecho incumbe únicamente la regulación exterior del comportamiento (forum externum) para asegurar la paz social, la convivencia. La obra "Fundamenta iuris naturae et gentium", en que expone el autor la doctrina en referencia, jalona así, de manera inconfundible, esta tercera etapa.

La diferenciación propuesta por Tomasio, con su inocultable interés en sacar airoso ciertos postulados políticos, resultó exagerada. En efecto: para el derecho no pueden ser irrelevantes ciertos fenómenos vivenciales como el dolo, la premeditación y la buena fe, ni pueden serlo para la ética los actos exteriores. Pero su doctrina señaló con agudeza y genio un derrotero que más tarde —como veremos luego— resultaría fecundo.

El anterior enfoque fue mantenido por Kant sin mayores enmiendas. Posteriormente Teófilo Fichte sostuvo la separación tajante y radical de moral y derecho. A juicio del teórico alemán, tales ordenamientos no sólo no se confunden sino que se oponen, como que el derecho protege acciones que la moral condena. Así: es lícito, desde un ángulo estrictamente jurídico, el comportamiento despiadado del acreedor con su deudor mo-

roso (que puede quedar en la ruina) y en cambio esa misma conducta es repudiada inexorablemente por la moral.

Se produjo luego una marcada tendencia entre los doctrinantes a acentuar más los puntos coincidentes de los dos órdenes normativos, que sus necesarias divergencias. En esta vertiente descollaron Ahrens y Trendelenburg, autor este último de una obra llamada "El derecho natural sobre la base de la ética".

Y Schopenhauer, en un intento más por despejar la incógnita, destacó el signo positivo de la moral frente a la negatividad del derecho, que se reduce, según él a un "neminem laedere". El criterio en cuestión, tal como lo anota Del Vecchio, se hace insostenible desde el momento en que se advierte la existencia —en buena cantidad— de normas jurídicas que imponen obligaciones positivas (dar alimentos, verbigracia) y de reglas morales negativas como aquélla que prescribe el deber de la templanza.

Como puede inferirse de lo expuesto, la preocupación por una respuesta sistemática al problema que venimos tratando, surge con toda su vitalidad en la tercera etapa del proceso histórico esquemáticamente trazado, la que tiene como punto inicial de referencia el ensayo de Christian Tomasio (1.705). Pero la teoría completa sólo ha sido formulada en época relativamente próxima, ordenando materiales dispersos y reelaborándolos a fin de ponerlos a tono con los avances logrados por la ciencia jurídica y por la ética.

2.- *La solución teórica en la actualidad.* La distinción entre derecho y moral se hace girar hoy en torno a caracteres diferenciales bien definidos, específicos y contrapuestos, que dejan magníficamente delimitados el modo de creación, la esfera de acción y la modalidad reguladora de cada ordenamiento. Veámoslos:

a) *Exterioridad e interioridad.* Kan (2) predica la interioridad como nota distintiva de la ética —y nota esencial—, significando que una conducta sólo puede ser valorada como buena, cuando el sujeto obra no únicamente conforme al deber sino por el deber mismo, sin otro propósito que acogerse al mandato normativo, conocida su intrínseca bondad. Así: supongamos como exigencia moral la ayuda al necesitado. Si alguien observa ese precepto por motivos exteriores al mismo, su comportamiento carece de todo valor ético aun cuando aparezca como bueno. De esa manera contrapone la ética de las intenciones, regida por imperativos ca-

(2) Kant: Ob. cit. págs. 36 y ss.

tegóricos, a la moral pragmática que se rige por imperativos hipotéticos y mide el mérito de la conducta en razón del resultado.

La legalidad (juridicidad), en cambio, puede decirse de una conducta que externamente se conforma al mandato, con prescindencia absoluta del móvil. En eso consiste la exterioridad del derecho.

Tal criterio, lo hemos dicho en líneas anteriores al referir a Tomasio, que es el primero en exponerlo, sólo resulta adecuado si se fija en términos menos absolutos que los de su formulación inicial. Es lo que ha hecho Gustavo Rádruch (3), quien ha puesto las cosas en su punto, al expresar que ese modo distintivo debe mantenerse pero únicamente para señalar la "dirección de intereses" de la moral y el derecho y no para separarlos de manera tajante. La moral no se ocupa sólo de valorar las intenciones sino de que éstas se traduzcan en resultados concretos. Y al derecho, a su vez, no importan solamente las actitudes externas sino también (en múltiples ocasiones) las motivaciones del comportamiento. Sería estéril una moral de meros buenos propósitos, desentendida por completo de las obras. Pero es lo cierto que el aspecto de la conducta que más interesa al ordenamiento ético, es el interno.

De otra parte, el derecho no se agota en la regulación de la conducta externa, como ya lo hemos anotado. Así: ciertos fenómenos psicológicos tienen marcada significación en el campo penal (es preciso averiguar y esclarecer si se ha delinquido por dolo o culpa o si el hecho de apariencia delictual fue ajeno a esos supuestos) y en el campo civil la buena y la mala fé generan consecuencias jurídicas distintas. Pero los hechos psíquicos, y en particular las motivaciones, sólo atañen al derecho, ordinariamente, en la medida en que se traducen —o al menos pueden traducirse— en manifestaciones externas, incidentes en las relaciones interpersonales. Además, es cierto que muchas veces el jurista o el juez se hallan desprovistos de medios idóneos que les permitan descubrir inequívocamente la intención o el motivo determinante, pero de allí no se sigue que éstos sean extraños al enjuiciamiento jurídico. En otros términos: las dificultades de hecho dejan intacta la construcción teórica.

Sobre el punto que venimos de exponer, trata el magnífico pasaje de Rádruch que transcribimos enseguida: "La experiencia jurídica conoce... una multitud de conductas internas jurídicamente relevantes, tanto en la forma de una conducta interna decisiva para la calificación de la conducta externa a que va unida (por ejemplo, clases de culpa, buena fé), bien, ocasionalmente, en la forma de una conducta interna que clama por sí misma efectos jurídicos; tal, cuando la situación de peligro de

(3) Gustavo Rádruch: "Filosofía del Derecho", págs. 52 y ss.

la "salud espiritual" de un niño, lleva a una ordenación de los cuidados educativos del Estado. Y así como el juicio jurídico no se limita sólo a las acciones externas, el juicio moral, a su vez, no se limita únicamente a la conducta interna; al contrario, le está precisamente sustraída. Parejamente a como no cuentan para el mérito los "deseos piadosos" nunca realizados, y los "buenos propósitos" con que está empedrado el camino del infierno, no debe, consecuentemente, encontrarse culpa en el deseo perverso, la tentación y la tentativa. La vida pasiva de los impulsos es, por sí misma, irrelevante; moralmente relevante lo es sólo la voluntad activa que con ellos se enfrenta..." (4)

Con Rádbruch, concluimos que no hay dominio de las acciones humanas que no esté sometido tanto a la valoración moral como a la jurídica, y que lo que antes marcaba una distinción absoluta entre moral y derecho, subsiste como criterio indicativo de la dirección en que se mueven sus respectivos intereses.

La conducta externa interesa a la moral primordialmente como reflejo de sus motivaciones íntimas, mientras que éstas, por regla general, son objeto de valoración jurídica solamente en cuanto informan un comportamiento externo. La moral es más imperiosa que el derecho, y más que él se regocija en la indagación del móvil. Por eso la juridicidad está, ordinariamente, comprendida dentro de la moralidad, pero no a la inversa.

b) *Alteridad o bilateralidad y unilateralidad.* Se dice que las normas de la moral son unilaterales, porque en frente del sujeto a quien obligan, no hay otro autorizado para exigir el cumplimiento de tal obligación. Prescriben una conducta, cuya observancia nadie puede demandar legítimamente. Y de las normas jurídicas se predica bilateralidad, porque los deberes que prescriben comportan facultades correlativas. Caracterizan y regulan, al menos, la conducta de dos sujetos. Es decir: que mientras la norma moral sólo resiste un enfoque (el deber), la jurídica ofrece una doble perspectiva (deber y facultad). Así: El precepto moral que manda socorrer al menesteroso, a nadie faculta para exigir ayuda a otro; en cambio, la norma legal que obliga al vendedor a transferir el dominio de la cosa vendida, confiere, a la vez, al comprador, la facultad de reclamar en derecho.

Quien se halla moralmente obligado no tiene frente a sí un sujeto que lo exija (la exigibilidad de una conducta no es materia de regulación moral), mientras que el jurídicamente vinculado lo es siempre con respecto a alguien, cuya conducta queda también determinada en la

(4) *Ibidem*, págs. 53 y 54.

norma. Es lo que expresan los escolásticos al afirmar que la moral es "ab agenti" mientras el derecho es "ad alterum" (5).

La norma jurídica coloca, pues, en situación de enfrentamiento, a un sujeto pasivo de la relación (obligado), y a un sujeto activo de la misma, llamado también derecho-habiente o pretensor, que legítimamente puede exigir del primero, la observancia de la conducta definida en el precepto. Lo que es mandato para el uno es atribución para el otro. Por eso dice, con todo rigor, León Petrasizki (6) que las reglas morales son simplemente imperativas a diferencia de las jurídicas que son imperativo-atributivas.

Vista la relación jurídica por el aspecto pasivo se revela como un deber, mientras mirada por el activo se manifiesta como una facultad, entendida ésta como la posibilidad de hacer u omitir legítimamente algo. Posteriormente se elaborará más sobre el punto, a propósito del derecho subjetivo.

En conclusión: la norma moral es puro y simple deber, y la jurídica, en cambio, es deber y facultad a un tiempo, pero no como funciones que se excluyen sino que se corresponden e implican mutuamente.

c) *Coercibilidad e incoercibilidad.* De las notas específicas atribuidas al derecho para distinguirlo de la moral, ninguna ha suscitado controversias tan encendidas, y en ocasiones fecundas, como la coacción, entendida ésta como el empleo efectivo de la fuerza para obligar al cumplimiento de la prescripción normativa. Mientras que algunos juristas consideran que es esa nota la que fija de una vez por todas la esencia de la norma de derecho, otros la relegan a calidad secundaria y aún le niegan toda incidencia en la especificación de lo jurídico. La discusión aún no ha terminado.

Es Tomasio el primero en mencionarla, y luego Kant. En el siglo pasado aparece como una constante de las doctrinas empiristas y positivistas (Austin, Picard), y en el presente se continúa esa tradición, depurada, en la teoría pura del derecho. En efecto: el ilustre pensador y jurista Hans Kelsen (7) concibe el derecho como un conjunto de normas reguladoras de la coacción. Dentro de su sistema, una norma sólo puede signarse como jurídica cuando asocia a un hecho condicionante (conducta humana o cualquiera otro supuesto) un acto coactivo, cumpliendo el deber ser la función de cópula. Si no acusa esa estructura,

(5) Cfr. G. Rádbruch, *ob. cit.* pg. 56.

(6) Petrasizki León, citado por García maynez, pg. 16.

(7) Kelsen: *Teoría pura del derecho*, págs. 70 y ss., Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1.960.

será moral o de otro orden pero nunca jurídica. El derecho no hace otra cosa que regular el empleo de la fuerza en las relaciones intersubjetivas; determina quiénes, en qué forma y bajo qué condiciones deben ejercitar contra otros la coacción. Tales individuos dotados de facultad coactiva son los llamados "órganos de la comunidad", en cuyo favor el ordenamiento jurídico establece el monopolio de la fuerza.

De otro lado, quienes se oponen, en el punto, a la doctrina positivista, arguyen que el derecho es generalmente observado sin necesidad de coacción alguna y que a ésta sólo se apela en una última y desesperada instancia, cuando ya la transgresión se ha producido. Y observan, entonces, que el ejercicio de la potencia coactiva resulta siempre extemporáneo. Dentro de esta vertiente cabe destacar a León Petrasizki (8) quien ha urdido una ingeniosa argumentación destinada a desacreditar la coacción como característica diferencial del derecho. Aduce el autor precitado que, siguiendo la línea del positivismo, se llegaría al absurdo de verificar, forzosamente, una serie infinita de normas, para poder constatar la juridicidad de una sola. Porque —según la dialéctica de la escuela criticada— una norma es jurídica cuando su inobservancia determina el ejercicio del poder coactivo; y si el encargado de ejercitarlo no lo hace, debe, a su vez, ser objeto de un acto de coacción contemplado en una norma diferente, que debe hallar su respaldo en una anterior, igualmente coactiva, y ésta a su turno en otra de idéntica naturaleza, y así sucesivamente.

Pero la objeción de Petrasizki es tan sofisticada como sutil. En efecto: de que realizando un excursus retrospectivo por el ordenamiento jurídico (de la norma más individualizada a la más general) se llegue necesariamente a una primera norma no jurídica y por ende no coactiva, no se sigue que las demás carezcan como ella de ese carácter específico. Porque el derecho positivo es un sistema lógico, un eslabonamiento de normas que en último término deben ser referidas a una norma fundamental que no ha sido puesta (no es positiva), sino supuesta como jurídicamente válida, y que si se asume como tal, confiere juridicidad a todas las que ella se desprenden. Esa hipótesis básica es la que llama Kelsen "constitución en sentido lógico-jurídico" y puede enunciarse así: "la coacción debe realizarse por los órganos que designe el soberano y bajo la forma y condiciones que él mismo determine". Por lo demás, esta modalidad cognoscitiva no es insólita en el campo normativo, sino propia y peculiar de él. También los preceptos morales particulares son

(8) Petrasizki León, citado por Juan Llambías de Azevedo: "Eidética y Apodéctica del Derecho", pgs. 70 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.958.

extraídos de postulados supremos, que son objeto de aceptación o rechazo mas no de demostración. "Los supremos preceptos del deber son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia", dice Rádbruch con inigualable precisión (9). Y a partir de esos "preceptos indemostrables", y sólo a partir de ellos, se construyen los sistemas éticos.

Con gran acierto, Del Vecchio (10) prefiere hablar de *coercibilidad* para aludir al carácter diferencial de que venimos hablando. Y tiene por tal, no ya el empleo efectivo de la fuerza para hacer valer el derecho cuando ha sido violado, sino la posibilidad de usarla a fin de sancionar la transgresión de la norma jurídica o constreñir a su cumplimiento. La variación —que no es simplemente terminológica— conlleva indudables repercusiones positivas. Porque si se predica la coacción (uso efectivo de la fuerza) como rasgo específico del derecho, bastará con que se advierta un caso en que la coacción no se cumpla (y no es difícil susstraerse a la consecuencia sancionatoria de la norma), para que toda la doctrina se derrumbe.

Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzosa.

Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma, no quita el sello de juridicidad a la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho —insistimos—, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente —casi exclusivo— la conformidad externa de la conducta con la norma.

No debe entenderse la noción de coercibilidad en el sentido de sanción, sino en el anteriormente expresado de "posibilidad de usar la fuerza para compeler al acatamiento de la norma". Es que si se entiende como sanción, nada se ha ganado en el campo del deslinde, pues también la moral tiene las suyas aunque, ciertamente, de índole distinta. Coercibilidad, como nota distintiva del derecho, significa, pues, que el cumplimiento de la norma puede no ser espontáneo. En cambio, como la

(9) Rádbruch, ob. cit. pg. 17.

(10) Del Vecchio, ob. cit. págs. 371 y ss.

regla moral debe siempre observarse espontánea y libremente, se dice de ella que es incoercible.

d) *Heteronomía y autonomía*. Fue Kant (11) quien primero planteó la elucidación de estos conceptos en sus especulaciones éticas. *Conducta heterónoma* es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, legislador y destinatario se mantienen como sujetos distintos. Frente al primero hay siempre un individuo o grupo de individuos que se le someten.

Conforme a la doctrina kantiana, las normas morales son autónomas, pues sólo obligan en la medida en que el individuo les da su asentimiento, es decir, las valora positivamente y las estima válidas para toda la humanidad. Las jurídicas son heterónomas, pues su obligatoriedad depende de una voluntad externa, ajena a los destinatarios, que se les impone sin pulsar su consenso. Reclaman sujeción, independientemente de las íntimas convicciones del obligado.

Laun (12), no obstante su adhesión a la filosofía kantiana, rechaza vigorosamente la separación de moral y derecho planteada desde este ángulo, arguyendo que la imposición de una conducta mediante la amenaza de la fuerza, es puro y simple poder, y nada tiene que ver con la obligación, que ha de ser siempre libre si se la quiere mantener como tal. El llamado "derecho positivo", en su sentir, no es otra cosa que la capacidad efectiva de los detentadores del poder, de imponer a los súbditos (gobernados) reglas de comportamiento que en conciencia pueden no vincularlos. La "norma" jurídica no es, en esencia, una auténtica norma, pues no envuelve un deber condicionado sino una necesidad condicionada, excluyente de toda posibilidad normativa. La imposición por la fuerza mata el deber, transformándolo en conducta forzosa sustraída a toda valoración ética.

La certeza en tales razonamientos exige, incluso, un cambio terminológico, pues no parece honesto, ni científicamente riguroso, encubrir un simple fenómeno de fuerza con un falso carisma de moralidad. "Por tal razón —escribe Laun— sería más exacto no hablar nunca del "derecho del más fuerte" o del vencedor, sino siempre del "poder del más

(11) Kant, ob. cit. págs. 90 y ss.

(12) Laun, ob. cit., págs. 7 y ss.

fuerte" o del vencedor y, en consecuencia, preferible sería también no hablar nunca del "derecho positivo", sino siempre del "poder positivo", en cuyo caso podría perfectamente suprimirse la palabra "positivo".

"Pero desde antaño —continúa Laun— es costumbre aplicar el título honorífico de "derecho" a los preceptos heterónomos, porque en todos los tiempos los detentadores del poder han sabido presentar su voluntad como si fuera el "derecho" mismo. En la actualidad no podemos todavía suprimir ese uso del lenguaje, pero no por ello debemos dejarnos engañar por la palabra. Tenemos que estar seguros de que *del poder no es posible derivar ningún deber, ni aún en el caso de que se llame "derecho" a la fuerza*.

"Por tal razón deberíamos —al menos en la ciencia— hablar siempre del "derecho positivo" o introducir designaciones como —por ejemplo— "derecho heterónimo" o "derecho de la fuerza", para evitar, en estos giros, toda apariencia de consagración moral".

Reconocemos en la tesis de Laun —expuesta en términos tan sugestivos— hondura y rigor lógico excepcionales, además de un acendrado fervor ético. Pero distamos mucho de compartirla, en razón de las siguientes consideraciones: asume el profesor hamburgués, como postulado intangible, que sólo del fuero interno individual es originario el deber y que, por ende, la expresión "norma heterónoma" envuelve una contradicción insalvable. Tal modo de discurrir, a nuestro juicio, sólo es válido cuando se aplica a la obligación moral, mas no cuando de la obligación jurídica se trata, pues ésta, que es de naturaleza diferente, requiere distinto tratamiento. Nosotros afirmamos la vida comunitaria (co-existencia) como hecho y valor a un tiempo, y el derecho como un instrumento necesario para su realización.

Las normas morales tienen por destinatario al individuo como tal, y, en consecuencia, los deberes que contienen deben ser referidos a esa individualidad como fuente única o, en todo caso, como suprema instancia de obligatoriedad. A la conciencia de cada uno quedan diferidas su aceptación y observancia. De una norma cabe predicar autonomía no sólo cuando emerge originariamente de la conciencia del propio destinatario, sino también, cuando siendo creada por una voluntad extraña, es aceptada y obedecida en vista de su intrínseco valor. En cierto modo la conciencia del obligado la re-crea.

Las normas jurídicas, en cambio, conforman la conducta del individuo como miembro de una comunidad —en el presente, la estatal es

la más perfecta y comprensiva— cuya existencia *debe ser* mantenida en beneficio de los mismos que la integran, y cuya supervivencia no es posible sin un ordenamiento objetivo que garantice su estabilidad. A la vez, la obediencia a dicho ordenamiento no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues, si tal ocurriera, al orden, que sustenta la vida comunitaria, se sustituiría la anarquía que la destruye. Porque es necesario admitir, que dentro de la comunidad pueden darse diversos modos de enjuiciamiento de la conducta humana, que se traducen en valoraciones discordantes, cada una de las cuales reclama para sí un título de prioridad. Es preciso, entonces, que alguien, asumiendo una actitud personificadora de la comunidad misma, establezca un esquema cierto e indiscutible, a partir del cual sea posible calificar el comportamiento humano, en cuanto comportamiento comunitario, como debido o indebido. El esquema en cuestión es la norma jurídica, y la conformidad con ella, la juridicidad.

La conducta prescrita es el deber jurídico, y su inobservancia, el hecho condicionante de un acto coactivo. Por eso es presupuesto indispensable que quien dicta la norma esté en posibilidad de ejercitar la coacción. En otros términos, que esté respaldado por el poder.

Se ve entonces cómo de la norma, instauradora del orden, que es supuesto de la vida comunitaria, surge el deber ser jurídico, que no destruye la libertad, como pretende Laun, sino que la confirma al brindar una nueva posibilidad de elección: o se acata la prescripción normativa y ningún daño habrá de soportarse, o se la transgrede y se provoca entonces, en detrimento propio, el ejercicio de la coacción, en calidad y grado previsibles de antemano.

No puede, pues, admitirse que la heteronomía, y más específicamente aún la coercibilidad, maten el deber transformándolo en pura necesidad. El mandato contenido en la norma jurídica es auténtico deber, distinto, eso sí, del deber moral, por su modalidad vinculante: mientras este último postula un comportamiento bueno por esencia y aceptado como tal por la conciencia del individuo, que estampa en él la impronta de obligatoriedad (validez moral), el primero sólo prescribe la observancia de una cierta conducta, escogida entre muchas posibles, como la única que ha de ligar a los miembros de una determinada comunidad, y que al ser garantizada por ésta, a través de los órganos que la personifican, es consagrada como socialmente obligatoria o, lo que es lo mismo, jurídicamente debida.

EL DERECHO Y LAS NORMAS DEL DECORO

1.- *Presentación del problema.* Hemos sentado en el capítulo anterior, que tanto las normas morales como las jurídicas regulan la conducta humana en su integridad, aunque su modalidad normativa es diferente. Pero existen además ciertos preceptos —no reductibles a la moral ni al derecho— que constituyen pautas valorativas del comportamiento en su nivel más superficial. No alcanzan el sentido ético de la conducta, sino califican su forma de presentación. Podemos decir, con alguna licencia, que compendian la “estética” de la conducta, caprichosamente modelada por factores sociales variables, que determinan una vigencia normativa un tanto precaria y en exceso circunstancial. Es decir: el quehacer humano no sólo debe ser moral y jurídico sino también decoroso. A este último aspecto atienden los preceptos en cuestión, que integran un ordenamiento llamado indistintamente usos o convencionalismos sociales, reglas del trato o normas del decoro.

Al señalamiento de sus caracteres específicos nos aplicaremos en el presente capítulo. Pero antes debemos indicar que algunos autores, por cierto muy ilustres, discrepan fundamentalmente del anterior planteamiento, aduciendo que las reglas del trato no constituyen un sistema independiente, sino que son normas morales o jurídicas de estructura poco definida, que oponen, en consecuencia, dificultades para su clasificación. Presentaremos, en apretada síntesis, sus puntos de vista. Por otra parte, no nos conformaremos con enunciar escuetamente las notas esenciales —distintivas— que a nuestro juicio deben predicarse de esa categoría de reglas, sino que las extraeremos, a modo de conclusión, después que hayamos expuesto algunas de las doctrinas más importantes que sobre el tema se han elaborado. Apelaremos a esa modalidad expositiva, a fin de lograr una imagen lo más completa y nítida posible del asunto, todavía en disputa, y no por afán de vana erudición.

2.- *Doctrinas que niegan entidad autónoma a las reglas del trato.*
a) *Giorgio Del Vecchio.* Afirma el eminente jusfilósofo italiano (1), que la conducta humana está regida íntegramente por el derecho y la moral, y sólo por ellos, que no dejan resquicio a ninguna otra norma. La obligación que en un determinado momento vincula a una persona es moral o jurídica, sin que haya lugar a término medio. O la nor-

(1) Del Vecchio, ob. cit., pgs. 336 y ss.

ma que la impone es simplemente imperativa (valoración a parte subjecti) y hay que ubicarla entonces dentro de la moral, o es imperativo-atributiva (valoración a parte objecti), caso en el cual debe predicarse de ella la juridicidad. No obstante, lo admite el propio maestro italiano, nos encontramos a cada instante con infinidad de preceptos cuya naturaleza es difícilmente determinable. Pues bien: esas reglas de índole equívoca (en ocasiones aparecen como jurídicas y a veces como morales), no son otra cosa que normas de derecho cuyo carácter se ha menudado por derrumbamiento de su estructura bilateral (imperativo-atributiva) o, al revés, normas de moral, unilaterales, que aspiran a exhibir juridicidad.

En términos generales puede decirse que los convencionalismos o usos sociales pertenecen al ámbito de la moral, y quedan allí bien ubicados, pues a nadie facultan para exigir su cumplimiento. Y esto, en el sentir de Del Vecchio, vale también para los preceptos religiosos que "imponen deberes para con Dios, para con los semejantes y para consigo mismo", es decir, simulan a veces estructura bilateral y otras muestran, con toda nitidez, su carácter meramente imperativo. Integran un tipo de ordenamiento moral vinculado estrechamente con otro de carácter jurídico, cuyas sanciones pertenecen al reino de ultratumba.

b) *Gustavo Rádbruch*. El brillante filósofo y criminalista alemán, enfoca el problema de modo diferente (2). Los productos de la cultura están siempre signados por su tendencia hacia la realización de lo valioso (la impronta del neokantismo badense es fácilmente advertible). El arte, la religión, la moral, el derecho, son auténticos productos culturales pues su objetivo consiste en realizar la belleza, la santidad, la bondad, la justicia (valores). Pero si inquirimos a qué valor apuntan las reglas del decoro no encontraremos respuesta adecuada, lo que evidencia que, como productos culturales, carecen de entidad propia. Los usos sociales no hallan sitio en el campo de la cultura, pues para ubicar allí un objeto cualquiera es necesario descubrir previamente el valor a que se orienta. La moral está referida al valor bondad y el derecho al valor justicia. Pero, a qué valor refieren los usos sociales? Cualquier ensayo de respuesta resulta fallido. El carácter de tales preceptos es más bien interino o, como dice Rádbruch, simplemente "preparatorio del derecho y la moral".

Veremos luego cómo el citado autor, sin llegar a conclusiones positivas, ha indicado un derrotero metódico que parece promisorio.

(2) Rádbruch: ob. cit., 65 y ss.

3.- *Doctrinas que afirman la entidad autónoma de las reglas del trato.* a) *Rudolf Stammler*. Para Stammler (el primero en hacer una aplicación rigurosa de la gnoseología kantiana a la indagación jurídica), el asunto debe enjuiciarse a partir del grado de pretensión de validez que cada ordenamiento reclama (3). El derecho, en cuanto "voluntad autárquicamente vinculatoria", pretende vigencia absoluta, es decir, obliga sin consideración al consenso de los destinatarios. Es un ordenamiento normativo heterónomo, por oposición a la moral que extrae su fuerza vinculante del querer mismo del obligado, es decir, halla en la autonomía condición a priori de su validez. Los usos o convencionalismos sociales, en cambio, no obligan —strictis sensu— sino que "invitan" a observar cierta conducta, de acuerdo a las circunstancias, razón por la cual sólo en sentido lato puede predicarse de ellos normatividad. Al querer de cada destinatario queda diferido su cumplimiento y, en consecuencia, cabe atribuirseles autonomía.

En este último punto ciframos nuestra discrepancia con Stammler, pues no entendemos cómo pueda decirse autonomía de las reglas del trato, que en ningún caso son el resultado de un proceso autolegislativo (obra de la conciencia individual), sino imposición de un grupo social a los individuos que a él se integran, con toda su secuela de sanciones (peculiares), acarreadas por la transgresión.

b) *Hans Kelsen* (4). Asumiendo la heteronomía como rasgo común al derecho y a los usos sociales, y distintivo de ambos frentes a la moral, plantea Kelsen la diferencia en estos términos: mientras que las reglas del trato sólo pueden ser seguidas (observadas) o desatendidas, las normas jurídicas pueden además ser aplicadas. Eso significa que el ordenamiento jurídico implica y exige una organización externa coactiva (jueces y tribunales, en una palabra el Estado), encargada de actuarlo, con la ayuda de la fuerza, mientras que el ordenamiento de los usos sociales carece de órganos competentes para aplicarlo. El órgano de aplicación es inmanente al primero y extraño al segundo.

Fácilmente se advierte que la nota diferencial destacada por Kelsen como propia del derecho, no es otra que la coacción estatal (coercibilidad, para nosotros), ajena por igual a la moral y a las normas del decoro.

c) *Juan Llambías de Azevedo*. (5) Siguiendo el derrotero metódico indicado por Rádbruch, pero apartándose de éste en las conclusiones,

(3) Stammler: "Filosofía del Derecho", pgs. 102 y ss. ed. Reus S. A., Madrid, 1.930, p. 340. 1. S. 783. t.

(4) Kelsen: citado por Llambías de Azevedo, ob. cit., pg. 132.

(5) Llambías de Azevedo: Ob. cit., pgs. 123 y ss.

el señalado jurista y filósofo uruguayo ha elaborado una teoría aguda y sugestiva sobre el tema que nos ocupa.

Eligiendo como punto de perspectiva la distinción de valores (también elaboración suya), Llambías de Azevedo formula así su doctrina: todas las normas de conducta hallan su fundamento en los valores y sólo en ellos. Si alguien se pregunta "por qué debo hacer esto o aquello", sólo encontrará la justificación de ese deber ser fáctico en un deber ser ideal (valor). "Debo obrar de esta manera porque es bueno o porque es justo", o de otro modo, "porque así realizo el valor justicia o el valor bondad". (En los que echan sus raíces la moral y el derecho).

Pues bien: los usos y convencionalismos sociales se fundan en valores de conducta que no son morales ni jurídicos —las reglas del trato no derivan de la justicia ni de la bondad— pero que tienen con ellos una estrecha vinculación. "Están colocados a la entrada y a la salida del reino de los valores éticos", por lo que puede llamárseles "*valores de acceso*". Tales valores no son independientes, pues presuponen ya la existencia de "*valores centrales*" —morales y jurídicos— a los que hacen referencia. Por ejemplo: el saludo es una forma de cortesía. Pero ésta no es un valor en sí (central), sino que sirve de acceso a otros que sí lo son. Así, si una persona saluda afablemente exterioriza una actitud pacífica, leal, amistosa. Y si por el contrario, a pesar de hallarse en circunstancias en que el saludo está prescrito, lo omite deliberada y notoriamente, no aparece como portadora de paz sino más bien de hostilidad, que es el reverso de la moneda, el valor negativo que halla su correlato en el primero. O sea: que los valores en que se fundan las reglas del trato, sólo constituyen una exteriorización de los valores éticos de que es alguien portador.

Ninguna sociedad puede estar regida únicamente por convencionalismos o reglas del decoro, lo que se explica por el carácter no independiente de los valores en que éstas se fundan.

d) *Recaséns Siches*. Luis Recaséns Siches, figura de primer orden en la filosofía del derecho hispanoamericana, ha elaborado un trabajo meritorio y completo acerca del problema que se viene exponiendo (6). Ensayo primero un alindamiento de los usos o convencionalismos frente a la moral, y luego los distingue de las normas jurídicas. En uno y otro caso señala con rigor no sólo los caracteres disímiles sino también los rasgos concordantes. Juzgamos que en el siguiente cotejo queda fielmente compendiado su pensamiento:

(6) Recaséns Siches: "Filosofía del Derecho", pgs. 199 y ss., ed. Porrúa S. A. México, 1.961.

I Moral y reglas del trato.

Convienen en las siguientes notas: 1) Ambos ordenamientos carecen de organización coactiva; 2) Sus sanciones no persiguen el cumplimiento forzoso de la norma violada.

Difieren en las siguientes facetas: 1) Las normas morales se dirigen al obligado como individuo, mientras los usos o convencionalismos sociales lo vinculan como miembro de un grupo; 2) La moral exige pureza en la motivación, y los convencionalismos —en cambio— se satisfacen con la exterioridad; 3) Las normas morales poseen validez ideal y las reglas del trato solamente vigencia social; 4) La normal moral es autónoma, los convencionalismos heterónomos.

II Derecho y reglas del trato

Acusan las siguientes semejanzas: 1) Uno y otras son hechos sociales; 2) Se satisfacen ambos con la conformidad externa de la conducta y la norma; 3) La heteronomía es rasgo que los caracteriza por igual.

Pero se anotan estas *discordancias*: 1) La naturaleza de sus sanciones y 2) El objetivo que ellas buscan. Así, la sanción jurídica tiende ante todo a obtener el cumplimiento forzado de la norma. En cambio la de los convencionalismos sociales, se traduce en una represalia del grupo que se siente afrentado con la inobservancia del uso, pero en manera alguna pretende forzar su cumplimiento.

Hay que reconocer lucidez y agudeza en el trabajo de Recaséns Siches, pero asimismo debe observarse que no es acertado por entero. En efecto, señala como rasgo común a la moral y a los usos sociales, el que sus sanciones no apuntan al cumplimiento forzoso de la norma infringida, como sí apunta la sanción jurídica. Pero cabe objetar que no siempre esta última tiende al cumplimiento forzado de la obligación. Muchos preceptos hay en el campo del derecho que imponen obligaciones de hacer, cuya transgresión acarrea tan sólo una indemnización a cargo del obligado, a quien no se le puede forzar al cumplimiento de la obligación primaria. En tales casos, la distinción propuesta por Recaséns de nada sirve, pues tampoco la sanción de derecho tiende al cumplimiento compulsivo de la norma violada. Tal criterio es, pues, acertado sólo parcialmente.

Cuando sí da en el blanco el profesor Recaséns Siches, de modo inobjetable, es al formular las diferencias entre la moral y los usos sociales y las semejanzas entre éstos y las normas jurídicas.

e) *García Maynez* (7). El distinguido tratadista mejicano Eduardo García Maynez, plantea la distinción entre las normas éticas (morales y jurídicas) y los convencionalismos sociales, en función de los conceptos antinómicos bilateralidad —unilateralidad y exterioridad-interioridad. De este modo: mientras los preceptos de derecho tienen estructura bilateral (imperativo-atributiva), las reglas del trato son unilaterales, pues sólo prescriben la obligatoriedad de una conducta en ciertas circunstancias, sin atribuir a nadie la facultad de exigir legítimamente su cumplimiento. No colocan, pues, frente al sujeto obligado un sujeto pretensor. Y en el momento en que así ocurriera, perderían su naturaleza de convencionalismos y devendrían normas jurídicas. Pero coinciden en la nota de exterioridad predominante, más acentuada aún en las reglas del trato, que sólo se interesan, decididamente, por el comportamiento externo del destinatario, sin intentar siquiera un escrutinio de las motivaciones. Así: cumple a cabalidad la norma de cortesía quien saluda a una persona que le es antipática, aunque lo haga contrariando sus más íntimos sentimientos.

Esa nota de exterioridad, de contera, delimita el campo de los usos sociales frente a las normas morales que, como ya se dijo, llevan el signo esencial de la interioridad, aunque ambos ordenamientos coinciden en la estructura unilateral de sus preceptos.

Por último, García Maynez traza la distinción entre normas jurídicas y reglas del trato, atendiendo a la naturaleza e intensidad de sus sanciones. Mientras el derecho determina anticipadamente la sanción aplicable en cada caso, y su intensidad, no es posible predecir cómo y con cuánto rigor sancionará la sociedad a quien menosprecie en determinado momento sus reglas convencionales. La represalia social se halla condicionada por circunstancias cambiantes, caprichosas, pues la violación de una misma norma provoca cada vez reacciones distintas.

4.- *A modo de conclusión.* La doctrina últimamente expuesta (la del profesor García Maynez) compendia con rigor los caracteres esenciales de las reglas del trato y permite afirmar su situación de independencia frente a la moral y al derecho. Autoriza para argüir en contra de Del Vecchio (y asumimos la réplica como inferencia nuestra), que no toda valoración a parte subjecti implica estimación moral. Queda la posibilidad de normas simplemente imperativas (unilaterales) que a nadie facultan para exigir legítimamente su observancia y que, a diferencia de las morales, regulan la conducta externa y no ya de modo

(7) *García Maynez*: Ob| cit. pg. 33.

preferencial —como lo hace el derecho— sino de manera exclusiva. Tales, las reglas del trato.

Signamos, además, el ordenamiento en cuestión como heterónimo e incoercible (caracteres opuestos en apariencia), pues si bien se lo impone al individuo el grupo social, carece este último de órganos específicos autorizados para ejecutar la coacción en caso de inobservancia.

Las coincidencias y discordancias de los órdenes normativos en examen, se precisan en el siguiente esquema, que los revela como maneras de normación diferentes:

Normas Jurídicas	{	Exterioridad (predominante) Alteridad Coercibilidad Heteronomía
Normas Morales	{	Interioridad (predominante) Unilateralidad Incoercibilidad Autonomía
Reglas del trato	{	Exterioridad (exclusiva) Unilateralidad Incoercibilidad Heteronomía

Lo que hasta aquí se ha expuesto nos permite concluir: el derecho pertenece a la esfera normativa y no al mundo físico. Se formula en reglas de deber ser y no en leyes causales. Ahora bien: dentro del campo normativo se halla claramente delimitado de otros ordenamientos reguladores de la conducta humana, como los preceptos morales y las reglas del trato.

Consiste pues, esencialmente, en normas de conducta de carácter bilateral imperativo-atributivo, que rigen de modo preferente el comportamiento externo, en las relaciones interpersonales, y que pueden ser impuestas coercitivamente por la autoridad estatal.

De dónde surgen tales normas, cuándo son formalmente válidas y cuándo lo son materialmente; quién ha de formularlas y en qué condiciones para que sean obligatorias, son problemas que se estudiarán en otros capítulos de este mismo curso.

(CONTINUARA)

LE DROIT COMPARE DU TRAVAIL

DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

POR ALEXANDRE BERENSTEIN

Doyen de la Faculté de Droit de Genève.

Traducción de *B. Mantilla Pineda*, Profesor Titular de Sociología y Filosofía Jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

LE DROIT COMPARE DU TRAVAIL

Alexandre Berenstein
Doyen de la Faculté de Droit de Genève.

I.

Il y a peu de temps encore, le droit du travail constituait un chapitre accessoire d'autres branches du droit: il était mélangé pour partie au droit public, pour partie au droit privé. Il était lié aussi à la "législation industrielle", qui comprenait tous les aspects de la vie de l'entreprise, dont le droit du travail était l'un parmi d'autres.

Mais au cours des années récentes, le droit du travail s'est puissamment développé, et nul ne conteste plus actuellement son caractère d'originalité, qui en fait une branche à part de la science du droit. Deux phénomènes ont contribué à ce développement: d'une part, l'interventionnisme, qui a été préconisé par de nombreux théoriciens dès le début du XIXe, siècle, puis le fait syndical, qui est l'autre phénomène ayant marqué de son sceau le droit du travail.

Il n'est pas nécessaire d'insister très longuement sur les caractéristiques de l'interventionnisme, dont les premiers promoteurs ont été SISMONDI et ROBERT OWEN. Qu'il nous suffise de rappeler que c'est à la suite des abus engendrés par la révolution industrielle dans les pays européens à la fin du XVIIIe. et au XIXe. siècle que l'État a,

DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Alexandre Berenstein,
Decano de la Facultad de Derecho de Ginebra.

I.

Hasta hace poco tiempo, el Derecho del trabajo constituía un capítulo accesorio de otras ramas del derecho. Estaba mezclado por una parte con el derecho público y por otra con el derecho privado. Estaba ligado también a la "legislación industrial", que comprendía todos los aspectos de la vida de la empresa, de los cuales el derecho del trabajo era uno de tantos.

Pero en el curso de los últimos años, el derecho del trabajo se ha desarrollado poderosamente, y nadie discute actualmente su carácter de originalidad, que ha hecho de él una rama aparte de la ciencia del derecho. Dos fenómenos han contribuido a este desarrollo: de una parte el intervencionismo, que ha sido preconizado por numerosos teóricos desde el principio del siglo XIX, y luego el hecho sindical, que es el otro fenómeno que ha impreso su sello al derecho del trabajo.

No es necesario insistir largamente sobre las características del intervencionismo, del cual los primeros promotores fueron Sismondi y Robert Owen. Basta recordar que es consecuencia de los abusos engendrados por la revolución industrial en los países europeos a fines del siglo XVIII y en el XIX que el Estado, en todos estos países y ulteriormente en el resto del mundo, ha sido conducido a acordar su protección a los trabajadores.

dans tous ces pays, et, ultérieurement, dans le reste du monde, été amené à accorder sa protection aux travailleurs.

Le phénomène syndical a la même origine. En dépit des interdictions décrétées par le pouvoir de l'État, les travailleurs eux-mêmes se sont groupés pour constituer des coalitions et des syndicats et pour essayer de lutter à armes égales avec les employeurs. De là sont nées les mouvements revendicatifs des travailleurs, de là sont nées les grèves, et par contrecoup également les conventions collectives de travail. Le but de la grève n'est-il pas le plus souvent d'obtenir des employeurs l'engagement d'observer dans le domaine des conditions de travail certaines normes dont l'adoption est réclamée par les ouvriers? Que l'accord soit réalisé, il se concrétisera dans un contrat conclu entre employeurs et association ouvrière, dans une convention collective de travail. Et c'est pourquoi, dans la plupart des pays, les conventions collectives sont nées en quelque sorte spontanément, sans l'intervention du législateur. Il en a été ainsi dans tous les pays européens. Font seule exception les pays dont l'industrialisation est plus récente, comme le Brésil, et où c'est l'exemple de la législation étrangère, c'est-à-dire le droit comparé, qui a conduit les pouvoirs publics à inscrire les conventions collectives de travail dans la loi avant qu'elles aient pu prendre naissance spontanément. Il n'en demeure pas moins que dans beaucoup d'autres pays, le législateur, s'apercevant de l'existence des conventions collectives et de l'extension qu'elles avaient prises, a cherché à les soumettre à une réglementation, se rendant compte que s'il ne le faisait pas, tout un secteur important du droit du travail échepperait à son emprise.

Actuellement, le droit du travail est partout constitué en une discipline qui comprend certes du droit public et du droit privé, mais qui n'est pas une sous-catégorie de l'un ou de l'autre de ces secteurs du droit, car elle constitue un tout harmonieux, qui, contenant de telles règles contient aussi des règles d'un troisième domaine du droit, qu'on appelle souvent le droit "autonome", c'est-à-dire des règles de droit qui n'émanent pas des pouvoirs publics, mais qui ont été créées par des groupements d'individus. Il existe, nous venons de le voir, des lois de l'État sur les conventions collectives —lois qui font partie intégrante du droit du travail— mais les textes auxquels ces règles s'appliquent, les conventions collectives de travail, constituent eux-mêmes des règles de droit qui forment une partie importante de cette discipline juridique. En effet, depuis longtemps déjà, on a admis que les conventions collectives ne sont pas de simples contrats, mais qu'elles remplissent dans la

1. Voir par exemple HUGO SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2me. éd., p. 43.

El fenómeno sindical tiene el mismo origen. A pesar de las prohibiciones decretadas por el poder del Estado, los trabajadores mismos se han agrupado para constituir coaliciones y sindicatos y para tratar de luchar con armas iguales con los patronos. De ahí han nacido los movimientos reivindicativos de los trabajadores, de ahí han nacido las huelgas, y por contragolpe igualmente las convenciones colectivas del trabajo. El fin de la huelga, ¿no es a menudo obtener de los patronos el compromiso de observar en el campo de las condiciones de trabajo ciertas normas, cuya adopción es reclamada por los obreros? Que el acuerdo sea realizado se concretará en un contrato concluido entre los patronos y la asociación obrera, en una convención colectiva de trabajo. Y esto porque, en la mayor parte de los países, las convenciones colectivas tienen origen espontáneamente, es decir, sin la intervención del legislador. Ello ha sido así en todos los países europeos. Solamente son una excepción los países cuya industrialización es más reciente, como el Brasil, y donde el ejemplo de la legislación extranjera, es decir, el derecho comparado, que ha llevado a los poderes públicos a inscribir las convenciones colectivas de trabajo en la ley antes que las mismas hubiesen nacido espontáneamente. Ello no obsta para que en muchos otros países, el legislador, dándose cuenta de la existencia de convenciones colectivas y de la extensión que ellas han alcanzado, haya tratado de someterlas a una reglamentación, a sabiendas de que si él no lo hace, todo un sector importante del derecho del trabajo escaparía de su poder.

El derecho del trabajo se ha constituido actualmente en todas partes en una disciplina que comprende por cierto parte del derecho público y parte del derecho privado, pero que no es una subcategoría de uno o de otro de los sectores del derecho, porque ella constituye un todo armonioso, que comprendiendo tales reglas contiene también las reglas de un tercer dominio del derecho, que se llama a menudo *derecho autónomo*¹, es decir, de reglas de derecho que no emanan de los poderes públicos, sino que han sido creadas por las agrupaciones de individuos. Existen y ya lo hemos visto, leyes del Estado sobre las convenciones colectivas —leyes que hacen parte integrante del derecho del trabajo—, pero los textos a los cuales estas reglas de trabajo se aplican, las convenciones colectivas del trabajo, constituyen ellas mismas reglas de derecho que forman una parte importante de esta disciplina jurídica. En efecto, después de mucho tiempo, se ha admitido que las convenciones colectivas no son simples contratos, sino que desem-

1. Ver por ejemplo Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2ª ed., p. 43.

plupart des cas une fonction qui est celle de la loi: elles posent des règles générales et permanentes qui vont s'appliquer à toute une catégorie de personnes sans que le consentement individuel de chacune de ces personnes soit requis.

L'étude du contenu des conventions collectives, des règles normatives qu'elles pour toute une catégorie d'individus, de même que des structures qu'elles organisent dans les rapports entre employeurs et travailleurs, cette étude est aussi de règles de droit comme celle de la loi.

Il convient d'ajouter que le droit du travail acquiert une place éminente dans la science juridique, parce qu'il s'applique à l'homme et à son activité.

Quoi de plus passionnant que d'étudier les règles qui viennent régir le travail de l'homme et qui par là même déterminent le genre de vie de toute une population? Que les règles du droit du travail prévoient une durée du travail de 7 heures au lieu de 11 heures par jour, c'est le mode d'existence de tout un peuple qui peut s'en trouver bouleversé. Qu'elles accordent des vacances payées, de nouveau c'est l'ensemble du pays qui ressentira les conséquences des dispositions contenues à cet égard soit dans la loi, soit dans les conventions collectives qui règlementent cette matière. Qu'elles prévoient la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, c'est tout le principe de la "libre entreprise", de l'autonomie de la volonté du patronat dans la direction de l'entreprise, qui peut s'en trouver affecté, et les bases mêmes de la structure économique peuvent ainsi être transformées.

II.

Le droit du travail s'est, bien entendu, développé à l'intérieur de chaque pays, mais il s'est aussi développé internationalement, surtout depuis la création en 1919 de l'Organisation Internationale du Travail. Et c'est pourquoi l'étude du droit comparé du travail revêt un intérêt tout particulier.

Mais, avant de nous pencher sur le droit comparé du travail, il nous faut tout d'abord nous demander ce qu'il y a lieu d'entendre par le "droit comparé" tout court.

Les auteurs l'ont défini diversement. Nous citeron par exemple EDOUARD LAMBERT, l'ancien directeur du célèbre Institut de droit comparé de l'Université de Lyon, qui déclarait ce qui suit:

peñan en la mayor parte de los casos una función que es la de la ley: suponen reglas generales y permanentes que se aplican a toda una categoría de personas sin que se requiera el conocimiento individual de cada una de estas personas.

El estudio del contenido de las convenciones colectivas, de las reglas normativas que plantean para toda una categoría de individuos, lo mismo que las estructuras que organizan las relaciones entre patronos y trabajadores, es también el de las reglas de derecho como el de la ley.

Conviene añadir que el derecho del trabajo adquiere un lugar eminente en la ciencia jurídica, porque él se aplica al hombre y a su actividad.

¿Qué más apasionante que el estudio de las reglas que rigen el trabajo del hombre y que por lo mismo determinan el género de vida de toda una población? Si las reglas del derecho del trabajo preven una duración del trabajo de siete (7) horas en lugar de once (11) por día, es el modo de existencia de todo un pueblo que se encuentra trastornado. Si ellas acuerdan vacaciones pagadas, de nuevo es el país en conjunto que sentirá las consecuencias de las disposiciones contenidas a este respecto sea en la ley, sea en las convenciones colectivas que reglamenten esta materia. Si ellas preven la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, es todo el principio de la libre empresa, de la autonomía de la voluntad del patrono en la dirección de la empresa, que puede encontrarse afectado, y las bases mismas de la estructura económica pueden de esta manera ser transformadas.

II.

El derecho del trabajo, bien entendido, se ha desarrollado en el interior de cada país, pero también se ha desarrollado internacionalmente, sobre todo después de la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo. Y esto porque el estudio del derecho comparado del trabajo reviste un interés particular.

Pero, antes de ocuparnos del derecho comparado del trabajo, es necesario en primer término preguntarnos qué entendemos por *derecho comparado*.

Los autores lo definen diversamente. Citemos, por ejemplo, a Eduardo Lambert, el antiguo director del célebre Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Lyon, quien declaró los siguiente:

"El derecho comparado tiene por función separar, de la confrontación de sistemas jurídicos que él compara, el fondo

“Le droit comparé a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu’il comparé, le fond commun de conceptions et d’institutions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et de l’enrichir constamment par des empiétements successifs sur le domaine du particularisme”².

Il ne semble pas que cette vue du droit comparé puisse être appliquée telle quelle au droit du travail. Il ne s’agit pas d’utiliser le droit comparé, c’est-à-dire l’étude des droits nationaux des différents pays, à la recherche d’une conception commune, qui soit en quelque sorte le dernier mot de la sagesse humaine, afin d’unifier sur cette base les différentes lois. En effet, ce serait adopter une conception statique, alors que le droit du travail est une branche avant tout dynamique. Il s’agit d’améliorer toujours, de progresser, et de rechercher dans les droits des pays étrangers quelles sont les innovations qui y ont été introduites, afin d’examiner dans quelle mesure ces innovations peuvent servir au développement du droit national.

Mais le droit comparé a aussi une autre fonction: son étude permet se rendre compte de la relativité des notions juridiques admises dans les différents pays: relativité en ce sens qu’il n’y a pas de notion juridique absolue qui vaille par elle-même. Le droit n’est que le reflet de la vie sociale. Nous venons d’en voir une preuve dans l’étude de l’origine des conventions collectives de travail. Le droit du travail, quant à lui, est une branche particulièrement concrète du droit —branche, qui, plus, qu’une autre, subit les contrecoups des phénomènes sociaux. Que l’on compare par exemple le contrat de vente au contrat de travail! Le contrat de vente, dans son principe, n’a que peu varié depuis les temps du droit romain; il repose avant tout sur des principes abstraits qu’étudie un pur juriste, comme le transfert de la propriété, le transfert des risques de la chose vendue. En revanche, le contrat de travail reposant sur une base plus concrète, ce n’est pas seulement par l’analyse juridique proprement dite qu’on parviendra à modeler les dispositions législatives qui s’y rapportent. Il y faut autre chose. Il y faut une connaissance intime des rapports sociaux; il faut tenir compte des revendications ouvrières et des résistances patronales; il faut, en un mot, se plier à la situation sociale.

MONTESQUIEU disait déjà que les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. Mais précisément en ce qui

2. EDOUARD LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, p. 916.

común de concepciones y de instituciones que ahí están latentes; de reunir así un depósito de máximas comunes a estas legislaciones y de enriquecer constantemente por subtracciones sucesivas sobre el dominio del particularismo”².

No parece que esta visión del derecho comparado se pueda aplicar tal cual al derecho del trabajo. No se trata de utilizar el derecho comparado, es decir, el estudio de los derechos nacionales de diferentes países, para la búsqueda de una concepción común, que sea de todas maneras la última palabra de la sabiduría humana, con el fin de unificar sobre esta base las diferentes leyes. En efecto, esto sería adoptar una concepción estática, cuando el derecho del trabajo es una rama ante todo dinámica. Se trata de mejorar siempre, de progresar y de investigar en los derechos de los países extranjeros cuáles son las innovaciones que allí se han introducido, a fin de examinar en qué medida estas innovaciones pueden servir al desarrollo del derecho nacional.

Pero el derecho comparado tiene también otra función: su estudio permite darse cuenta de la relatividad de las nociones jurídicas admitidas en los diferentes países: relatividad en este sentido que no tiene la noción jurídica absoluta que vale por sí misma. El derecho no es más que el reflejo de la vida social. Tenemos una prueba de esto en el estudio del origen de las convenciones colectivas del trabajo. El derecho del trabajo, en cuanto tal, es una rama particularmente concreta del derecho —rama que, más que cualquiera otra sufre los contragolpes de los fenómenos sociales. Qué se compare, por ejemplo, el contrato de venta con el contrato de trabajo! El contrato de venta en principio ha cambiado muy poco después de los tiempos del derecho romano; reposa ante todo sobre principios abstractos que estudia un jurista puro, como el traspaso de la propiedad, el traspaso de los riesgos de la cosa vendida. Por el contrario, el contrato de trabajo reposa sobre una base más concreta, de modo que no es solamente por el análisis jurídico propiamente dicho que se llega a modelar las disposiciones legislativas que a él se refieren. Es necesario otra cosa. Es necesario un conocimiento íntimo de las relaciones sociales; es necesario tener en cuenta las reivindicaciones obreras y las resistencias patronales; es necesario, en una palabra, plegarse a la situación social.

Ya Montesquieu dijo que las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. Pero precisamente en lo que concierne a las relaciones sociales que rige el derecho del trabajo, la

2. Edouard Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, p. 916.

concerne les rapports sociaux que régit le droit du travail, la nature des choses varie énormément selon les époques et les pays, et le droit lui-même varie avec elle.

C'est donc dire que l'étude du droit comparé ne saurait avoir pour but, dans la situation actuelle de l'humanité, d'instaurer des règles identiques pour l'ensemble des hommes. Ce qui est bon en France n'est pas forcément bon en Suisse ou au Brésil; à plus forte raison n'est-ce pas forcément bon au Congo!

RAMOND SALEILLES a déclaré que le droit comparé doit découvrir, par delà la loi positive, le "devoir social", la loi future. Et il ajoutait que c'est la répercussion des lois dans le domaine social qui doit être en quelque sorte mesurée afin de constater, d'une manière aussi expérimentale que possible, si l'institution correspond exactement au besoin pour la satisfaction duquel elle a été créée³.

C'est, croyons-nous, précisément dans ce sens que le droit comparé du travail a son utilité. Il permet au législateur d'un pays d'examiner les législations étrangères afin de rechercher des modèles dont il pourrait s'inspirer. Mais le législateur ne pourra jamais reprendre telle quelle une institution étrangère sans examiner si son introduction dans le pays sera conforme au contexte social et économique de ce pays.

III.

Le droit comparé du travail n'a pas attendu de faire l'objet d'une étude scientifique pour servir à l'avancement de la législation. Depuis les débuts de la législation du travail, les lois de différents pays ont servi de modèles aux autres pays. Les lois anglaises, les premiers *Factory Acts*, qui, au début du XIX^e siècle, ont réalisé pour la première fois la protection légale des enfants et des femmes dans les fabriques, ont été à l'origine de lois semblables qui, peu d'années après, ont été adoptées en Allemagne, en Suisse, en France puis dans les autres pays du monde. L'Angleterre est en effet le pays où la révolution industrielle, consécutive à la découverte de la machine à vapeur, est apparue en premier lieu, et aussi le pays où l'exploitation des enfants et des femmes dans les fabriques s'est produite en premier lieu. Les abus qui se sont produits alors ont été décrits par des économistes comme MARX et ENGELS, par écrivains comme CHARLES DICKENS. Il se faisait un véritable commerce d'enfants qui, trop souvent, étaient traités comme

3. *Bulletin de la Société de législation comparée* 1900, p. 300, et *Revue trimestrielle de droit civil* (I) 1902, p. 110. (Cité par G. SAUSER-HALL, *Fonction et méthode du droit comparé*, p. 73 ss.).

natureza de las cosas varía enormemente según las épocas y los países y el derecho mismo varía con ella.

Es decir que el estudio del derecho comparado no tendría por fin, en la situación actual de la humanidad, instaurar reglas idénticas para el conjunto de hombres. Lo que es bueno en Francia no es esencialmente bueno en Suiza o en el Brasil; con mayor razón no es esencialmente bueno en el Congo!

Raymond Saleilles ha declarado que el derecho comparado debe descubrir, más allá de la ley positiva, el "deber social", la ley futura. Y ha añadido que es la repercusión de leyes en el dominio social, la que debe ser medida en algún grado a fin de constatar, de una manera tan experimental como fuere posible, si la institución corresponde exactamente a la necesidad para la satisfacción de la cual ella ha sido creada³.

Es justamente en este sentido, como creemos nosotros, que el derecho comparado del trabajo tiene su utilidad. El permite al legislador de un país examinar las legislaciones extranjeras con el fin de buscar los modelos en los cuales se puede inspirar. Pero el legislador no podrá jamás volver a tomar tal cual es una institución extranjera sin examinar si su introducción en el país será conforme al contexto social y económico de tal país.

III.

El derecho comparado del trabajo no ha esperado llegar a ser objeto de estudio científico para servir al progreso de la legislación. Desde los comienzos de la legislación del trabajo, las leyes de diferentes países han servido de modelos a las leyes de otros países. Las leyes inglesas, las primeras *Factory Acts*, que, a principios del siglo XIX, han realizado por primera vez la protección legal de los niños y de las mujeres en las fábricas, están en el origen de las leyes parecidas que, pocos años después, han sido adoptadas en Alemania, Suiza, Francia y luego en otros países del mundo. Inglaterra es, en efecto, el país donde la revolución industrial, consecuente con el descubrimiento de la máquina de vapor, ha aparecido en primer lugar, y también el país donde la explotación de los niños y mujeres en las fábricas se ha producido en primer lugar. Los abusos que se produjeron entonces han sido descritos por economistas como Marx y Engels y por escritores como Char-

3. *Bulletin de la Société de législation comparée* 1900, p. 300, y *Revue trimestrielle de droit civil* (I) 1902, p. 110. (Citado por G. SAUSER-HALL, *Fonction et méthode du droit comparé*, p. 73 ss.).

des esclaves, qui travaillaient jour et nuit sans prendre de repos et qu'on enchaînait pour les empêcher de s'enfuir. Il n'est que trop naturel qu'après de longues péripéties, on ait finalement été amené à adopter une législation protectrice de ces enfants en limitant la durée du travail et en fixant un âge minimum d'admission au travail. Tel fut l'objet de lois qui se succédèrent dès 1802 et surtout dès 1833 jusqu'en 1853. C'est donc à juste titre que KARL MARS pouvait écrire que la législation de fabrique est un fruit tout aussi nécessaire de la grande industrie que les filés de coton, les machines automatiques et le télégraphe électrique⁴.

Après que des abus semblables se furent manifestés sur le continent européen, on s'y rendit compte également de la nécessité de légiférer pour, sinon les supprimer, tout au moins les atténuer. Et c'est ainsi que fut adopté en Prusse le fameux *Regulativ* du 9 mars 1838 qui, à l'instar de la législation anglaise, limitait à 10 heures par jour la durée du travail des enfants de 9 à 16 ans. L'un des promoteurs de la législation du travail, et en même temps le pionnier de la législation sociale internationale, DANIEL LE GRAND, un Français d'origine suisse, prit prétexte de ce *Regulativ* pour inviter tous les États d'Allemagne, de Suisse, ainsi que la France, à s'en inspirer.

C'est en Suisse que pour la première fois fut adoptée une loi limitant la durée du travail de tous les adultes, durée fixée à 13 à 14 heures par jour; il s'agit d'une ordonnance de 1846 prise dans le canton de Glaris. En 1863, dans ce même canton suisse, quatre ouvriers de fabrique d'un petit bourg demandèrent au Parlement cantonal de suivre l'exemple de l'Angleterre, l'État industriel le plus grand du monde qui, disaient-ils, a reconnu la nécessité d'imposer certaines restrictions à son industrie grandissante dans l'intérêt de la population qui y est occupée. Le Parlement cantonal nomma une commission qui fut chargée d'étudier ce problème et à la suite des travaux de cette commission, il élaborait un projet de loi qui fut approuvé par la Landsgemeinde, l'assemblée générale des citoyens, en 1864, et cette même loi, inspirée en partie de la législation anglaise, mais allant plus loin qu'elle sur certains points, eut à son tour une influence décisive tout d'abord sur la législation des autres cantons suisses et sur le droit fédéral, puisqu'elle fut à l'origine de la première loi fédérale sur le travail dans les fabriques, mais elle exerça également une influence sur la législation de divers pays étrangers, car pour la première fois cette loi réglementait la durée du travail dans toutes les fabriques et pour tous les ouvriers sans exception.

4. *Das Kapital*, 1er. vol., titre IV, chap. 13,9.

les Dickens. Se hacía un verdadero comercio de niños que, muy a menudo, fueron tratados como esclavos, que trabajaban día y noche sin tomar reposo y que se encadenaban a fin de evitar su huida. Es apenas natural que después de largas peripecias se haya llegado a adoptar una legislación protectora de los niños limitando la dureza del trabajo y fijando la edad mínima de admisión al trabajo. Tal fue el objeto de las leyes que se sucedieron desde 1802 y sobre todo desde 1833 hasta 1853. Es pues, a justo título, que Marx pudo escribir que la legislación fabril es un fruto tan necesario de la gran industria como los hilos de algodón, las máquinas automáticas y el telégrafo eléctrico⁴.

A medida que abusos semejantes se fueron manifestando sobre el continente europeo, se llegó a tener conciencia igualmente de la necesidad de legislar para suprimirlos o al menos atenuarlos. Es así como se adoptó en Prusia el famoso *Regulativ* del nueve (9) de marzo de 1839 que, a la manera de la legislación inglesa, limitó a diez horas diarias la duración del trabajo de los niños de nueve (9) a dieciseis (16) años. Uno de los promotores de la legislación del trabajo y al mismo tiempo el pionero de la legislación social internacional, Daniel Le Grand, un francés de origen suizo, echó mano de este *regulativ* para invitar a todos los Estados de Alemania y de Suiza, así como también a Francia a inspirarse en él.

Es en Suiza donde por primera vez se adoptó una ley que limitó la duración del trabajo de todos los adultos, duración fijada en trece (13) a catorce (14) horas diarias; se trata de una ordenanza dada en el cantón de Glaris. En 1863, en este mismo cantón suizo, cuatro obreros de una fábrica de un pequeño pueblo solicitaron al Parlamento cantonal seguir el ejemplo de Inglaterra, el Estado industrial más grande del mundo que, decían ellos, ha reconocido la necesidad de imponer ciertas restricciones a su industria creciente en interés de la población que en ella se ocupa. El Parlamento cantonal nombró una comisión que se encargó de estudiar este problema y como consecuencia los trabajos de esta comisión, elaboró un proyecto de ley que fue aprobado por la Landsgemeinde, la asamblea general de ciudadanos, en 1864, y esta misma ley, inspirada en parte en la legislación inglesa, pero que va más lejos que ésta sobre ciertos puntos, tuvo a su turno una influencia decisiva ante todo sobre la legislación de otros cantones suizos y sobre el derecho federal, puesto que ella fue el origen de la primera ley federal sobre el trabajo en la fábricas, y ejerció igualmente una influencia sobre la legislación de diversos países extranjeros, porque por primera

4. *Das Kapital*, vol. I, título IV, cap. 13, 9.

Cette influencia réciproque des législations nationales les unes sur les autres est une manifestation du droit comparé; l'étude et la connaissance des droit étrangers ont ainsi encouragé et facilité le progrès des droits nationaux.

IV.

Aux exemples que nous venons de donner, on pourrait sans doute en ajouter une longue liste. Mais il convient de signaler qu'un autre phénomène est venu accroître l'importance du droit comparé. Ce phénomène, c'est le développement que le droit international a pris dans le domaine du travail. Le droit international du travail ne saurait être dissocié du droit comparé. En effet, dans le domaine du droit du travail, les règles contenues dans les conventions internationales ont pour but avant tout, non pas tant de poser des normes juridiques applicables aux rapports entre les États, que d'inscrire des règles uniformes dans le droit interne des différents États, de façon à créer un droit commun du travail.

Bien entendu, le droit comparé est d'une utilité primordiale pour l'élaboration des conventions et recommandations internationales du travail. Il n'est pas possible de présenter des propositions à la Conférence internationale du travail sans les faire précéder d'une étude approfondie des différents systèmes nationaux, tant au point de vue législatif que, le cas échéant, dans le domaine des conventions collectives de travail, sur le problème en question. Il faut en effet connaître ce qui existe dans les différents pays et dans les différents systèmes juridiques pour savoir si les propositions que l'on désire présenter ont des chances d'être acceptées. Il faut aussi étudier à fond les législations existantes pour essayer d'y trouver des suggestions touchant la réglementation internationale à proposer.

Et c'est ainsi que les conventions internationales reprennent, afin de les incorporer dans leur texte, des règles qui, pour la plupart, sont déjà inscrites dans les lois nationales. Ces règles, on les retrouve par la suite, ayant été rebaptisées règles de droit international, dans les législations de nombreux autres pays. Ces autres pays sont naturellement ceux qui ont ratifié la convention dont il s'agit et en ont transplanté les clauses dans le droit national; mais très souvent ce sont aussi des pays qui n'ont pas ratifié la convention mais qui, recherchant un modèle pour les besoins de leur législation interne, se sont naturellement tournés vers les règles internationales et y ont trouvé ce modèle qu'ils ont peut être modifié quelque peu, auquel ils ont apporté quelques retouches

vez esta ley reglamentó la duración del trabajo en todas las fábricas y para todos los obreros sin excepción.

Esta influencia recíproca de las legislaciones nacionales es una manifestación del derecho comparado; el estudio y el conocimiento de derechos extranjeros ha fomentado y facilitado de esta manera el progreso de los derechos nacionales.

IV.

A los ejemplos que acabamos de dar, se puede añadir una larga lista. Pero conviene señalar otro fenómeno que vino a acrecentar la importancia del derecho comparado. Este fenómeno es el desarrollo que el derecho internacional ha alcanzado en el campo del trabajo. El derecho internacional del trabajo no puede ser dissociado del derecho comparado. En efecto, en el campo del derecho del trabajo, las reglas contenidas en las convenciones internacionales tienen por fin ante todo no tanto poner normas jurídicas aplicables a las relaciones entre los Estados, cuanto inscribir las reglas uniformes en el derecho interno de los diferentes Estados, de manera que se pueda crear un derecho común del trabajo.

Bien entendido, el derecho comparado es de una utilidad primordial para la elaboración de convenciones y recomendaciones internacionales del trabajo. No es posible presentar proposiciones a la Conferencia internacional del trabajo sin hacerlas preceder de un estudio profundizado de los diferentes sistemas nacionales, tanto desde el punto de vista legislativo como en el caso pertinente en el dominio de las convenciones colectivas del trabajo, sobre el problema en cuestión. Es necesario en efecto conocer lo que existe en los diferentes países y en los diferentes sistemas jurídicos para saber si las proposiciones que se desea presentar tienen chance de ser aceptadas. Es necesario también estudiar a fondo las legislaciones existentes para tratar de encontrar sugerencias tocantes a la reglamentación internacional a proponer.

Y es así como las convenciones internacionales vuelven a tomar, a fin de incorporarlas en su texto, reglas que, para la mayor parte, están ya inscrites en las leyes nacionales. Estas reglas, se las encuentra luego, habiendo sido rebautizadas reglas de derecho internacional, en las legislaciones de numerosos otros países. Estos países son naturalmente los que han ratificado la convención de la cual se trata y de ella han transplantado las cláusulas en el derecho nacional; pero muy a menudo hay también países que no han ratificado la convención, mas que, buscando

pour l'adapter à leur taille et à leur pointure, mais dont ils ont tout de même repris l'essentiel.

On pourrait citer de nombreux exemples de ce phénomène. Nous en donnerons un seul, qui est extrêmement curieux, et qui est en même temps caractéristique. Pendant la dernière guerre mondiale, la Suisse, qui n'a pas d'accès direct à la mer, mais qui a tout de même un port sur le Rhin. Bâle, a décidé de créer une flotte, qui pût naviguer sur les océans et lui apporter son ravitaillement. Il fallut donc créer une marine marchande, un registre suisse des bateaux, et il fallut créer en même temps une législation maritime. Il était évidemment difficile à un pays qui n'avait jamais eu de marine nationale de fabriquer de toutes pièces et d'urgence un code maritime. La Suisse a donc décidé, dans le domaine du travail maritime, de déclarer obligatoires sur son territoire un certain nombre de conventions internationales adoptées par la Conférence internationale du travail. Ces conventions ont été ainsi déclarées obligatoires sans que la Suisse les ait ratifiées, c'est-à-dire qu'elles ont été déclarées obligatoires sur le plan interne et non sur le plan international; elles ont été incorporées au droit interne, à l'égal d'une loi nationale. En effet, le gouvernement suisse ne savait pas encore si la création de la flotte suisse était une mesure provisoire, destinée à durer seulement pendant la guerre, mais qui prendrait fin une fois la guerre terminée, ou si au contraire cette flotte serait maintenue (ce qui a été effectivement le cas). Et puis, il fallait aussi prendre le temps de la réflexion et de l'expérience pour établir une législation définitive. Ce qui était particulièrement curieux dans le système adopté, c'est qu'on introduisait dans le droit national des textes rédigés en français et en anglais, alors que les lois suisses sont rédigées en allemand, en français et en italien. Par conséquent, pour l'interprétation de cette législation nationale, les tribunaux devaient le cas échéant rechercher le sens du texte anglais de la convention, texte qui la même valeur que le texte français.

V.

Si, dans une recherche de droit comparé du travail, on examine les institutions des différents pays, on constate que des problèmes de même nature se sont posés dans tous les pays qui ont un développement industriel analogue.

C'est ainsi que les mêmes phénomènes et les mêmes causes ont conduit dans les différents pays à l'écllosion des conventions collectives de travail. Mais ces conventions ont une efficacité juridique diverse, qui

un modelo para las necesidades de su legislación interna, se vuelven naturalmente hacia las reglas internacionales y encuentran el modelo que ellos pueden modificar un poco, aportando algunos retoques para adaptarlos a su talla y puntura, pero de la cual han tomado lo más esencial.

Se pueden citar numerosos ejemplos de este fenómeno. Nosotros daremos uno solo, que es extremadamente curioso y que es al mismo tiempo característico. Durante la última guerra mundial, Suiza, que no tiene acceso directo al mar, pero que tiene sin embargo, un punto sobre el Rin. Basilea decidió crear una flota que pudo navegar sobre los océanos y aportarle su abastecimiento. Era necesario pues crear una marina mercante, un registro suizo de barcos, y era necesario al mismo tiempo, crear una legislación marítima. Era evidentemente difícil a un país que jamás tuvo una marina nacional fabricar todas las piezas y de urgencia un código marítimo. Suiza entonces decidió, en el dominio del trabajo marítimo, declarar obligatorio sobre su territorio cierto número de convenciones internacionales adoptadas por la Conferencia internacional del trabajo. Estas convenciones fueron así declaradas obligatorias sin que Suiza las hubiese ratificado, es decir, que ellas fueron declaradas obligatorias sobre el plano interno y no sobre el internacional; ellas fueron incorporadas al derecho interno, igual que una ley nacional. En efecto, el gobierno suizo no sabía aún si la creación de la flota suiza era una medida provisional, destinada a durar solamente durante el tiempo de guerra, pero que llegaría a su fin una vez que ésta terminara, o si por el contrario esta flota sería mantenida (lo que ha ocurrido efectivamente). Y después era necesario también tomar el tiempo de la reflexión y de la experiencia para establecer una legislación definitiva. Lo que era particularmente curioso en el sistema adoptado, era la introducción en el derecho nacional de textos redactados en francés y en inglés, mientras que las leyes suizas son redactadas en alemán, francés e italiano. Por consiguiente, para la interpretación de esta legislación nacional, los tribunales deberían en el caso pertinente investigar el sentido del texto inglés de la convención, texto que tiene el mismo valor que el texto francés.

V.

Si, en una investigación de derecho comparado del trabajo, se examinan las instituciones de diferentes países, se constata que problemas de la misma naturaleza son planteados en todos los países que tienen un desenvolvimiento industrial análogo.

varie selon la nature des systèmes juridiques en vigueur dans chaque pays, selon le tempérament juridique de chaque pays.

Dans les pays de *common law*, comme la Grande Bretagne, la loi ne régleme pas la convention collective, laissant aux organisations professionnelles le soin d'en assurer elles-mêmes l'exécution. Mais dans la plupart des pays, la convention collective est réglementée, en ce sens que le législateur en fixe notamment l'effet normatif; il prévoit que les normes juridiques applicables aux rapports entre les parties aux contrats individuels de travail soumis au contrat collectif seront fondées non pas sur le contrat individuel, mais bien sur le contrat collectif dans toute la mesure où le contrat individuel déroge à ce dernier. Dans un premier groupe de ces pays, l'intervention de l'État en cette matière est limitée à une telle règle; il s'agit des pays à tendance dites libérales, comme la Suisse. Dans d'autres pays, comme la France, l'État intervient d'une façon plus active dans la formation des rapports collectifs du travail. Il impose par exemple aux parties à la convention collective l'obligation de la rendre publique; toute organisation syndicale, même si elle est en dehors du cercle des parties contractantes, peut alors adhérer à la convention; la convention liant l'employeur doit être appliquée par lui à tous ses travailleurs, même non membres de l'organisation contractante; autrement dit, la convention collective déborde du cadre de l'autonomie de la volonté des parties contractantes pour sortir des effets en dehors de ce cadre. Lorsque les conventions collectives ont fait l'objet d'une décision d'extension aux tiers, décrétée par l'autorité publique, ces conventions sont, dans ce dernier système, assimilées au droit public, en ce sens que leur violation déclenche l'intervention de l'appareil punitif de l'État. Enfin, dans un dernier groupe de pays, la convention collective s'applique automatiquement à toute la catégorie des employeurs et des travailleurs intéressés. C'est notamment le cas en vertu de la législation argentine.

Voilà donc quatre types de systèmes de conventions collectives bien distincts; dans l'un, le système britannique, la loi n'intervient pas du tout; dans le second, le système suisse, l'intervention du législateur est réduite au minimum; dans le troisième, le système français, l'État abandonne aux parties à la convention collective une compétence quasi législative non seulement sur les membres du groupe que représentent les individus qui ont conclu la convention, mais aussi sur des cercles de personnes qui sont en dehors des groupements contractants, enfin, dans la législation argentine, par exemple, les auteurs des conventions collectives de travail ont une véritable compétence législative.

Es así como los mismos fenómenos y las mismas causas han conducido en los diferentes países a la abertura de convenciones colectivas de trabajo. Pero estas convenciones tienen una eficacia jurídica diversa, que varía según la naturaleza de los sistemas jurídicos en vigor en cada país, según el temperamento jurídico de cada país.

En los países de *common law*, como la Gran Bretaña, la ley no reglamenta la convención colectiva, dejando a las organizaciones profesionales el cuidado de asegurarse ellas mismas la ejecución. Pero en la mayor parte de los países, la convención colectiva está reglamentada, en el sentido de que el legislador fija particularmente el efecto normativo de la misma; prevé que las normas jurídicas aplicables a las relaciones entre las partes a los contratos individuales de trabajo sometidos al contrato colectivo estén fundadas no sobre el contrato individual sino más bien sobre el contrato colectivo en la medida en que el contrato individual deroga a este último. En un primer grupo de estos países, la intervención del Estado en esta materia se limita a tal regla; se trata de países de tendencias llamadas liberales, como Suiza. En otros países, como Francia, el Estado interviene de una manera más activa en la formación de relaciones colectivas de trabajo. El impone, por ejemplo, a las partes en la convención colectiva la obligación de volverse pública; toda organización sindical, lo mismo si ella está fuera del círculo de las partes contratantes, puede, entonces, adherir a la convención; la convención elástica al patrón debe ser aplicada por él a todos sus trabajadores, igual que a los miembros de la organización contratante; o dicho de otra manera, la convención colectiva desborda el cuadro de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para surtir efectos fuera de este cuadro. Cuando las convenciones colectivas han hecho objeto de una decisión de extensión a terceros, decretada por la autoridad pública, estas convenciones son, en este último sistema, asimiladas al derecho público, en el sentido de que su violación abre las puertas al aparato punitivo del Estado. En fin, en un último grupo de países, la convención colectiva se aplica automáticamente a toda la categoría de patrones y de trabajadores interesados. Este es muy particularmente el caso que se da en la legislación argentina.

He aquí, pues, cuatro tipos de sistemas de convenciones colectivas muy distintas; en el primero, el sistema británico, la ley no interviene para nada; en el segundo, el sistema suizo, la intervención del legislador se reduce al mínimo; en el tercero, el sistema francés, abandona a las partes de la convención colectiva una competencia cuasi legislativa no solamente sobre los miembros del grupo que representa a los indivi-

Et cependant, on a souvent constaté que sans disposition légale, les conventions collectives anglaises, les *collective agreements*, étaient respectées tout autant et souvent même mieux que dans les pays où le législateur a fait à ces conventions une place dans le système juridique national. Considérées comme des *gentlemens agreements*, les conventions collectives anglaises acquièrent toute la valeur qu'a un *gentlemens' agreement*, lorsqu'il a été réellement conclu par des *gentlemen*. Et l'on peut en déduire que pour étudier le droit comparé du travail, l'analyse des lois ne suffit pas; cette analyse toute nue pourrait fournir une idée fautive de la situation réelle. C'est pourquoi aussi le comparatiste ne peut se passer de la pratique d'une autre discipline, la sociologie. Cela est vrai surtout dans le domaine du travail, puisque nous avons vu que le droit du travail plus qu'une autre branche du droit est une branche proche de la réalité sociale et qui se modèle sur la vie sociale. Le droit du travail est ainsi intimement lié à la sociologie, et c'est grâce aux lumières que lui donne cette dernière science que le comparatiste pourra faire oeuvre utile. C'est en effet le sociologue — le spécialiste de la sociologie juridique qui pourra expliquer la valeur, l'efficacité des dispositions légales ou des dispositions conventionnelles.

Mais il existe une telle interaction entre les différents systèmes juridiques que même en Angleterre, au cours des années récentes, la législation dans le domaine du travail a pris une très grande extension et que les décisions des conseils des employeurs et des salariés et de personnes indépendantes, ont, en vertu de la législation, reçu des effets de droit public. Dans une série de branches professionnelles comme le commerce, l'hôtellerie, l'agriculture, c'est-à-dire dans les branches sur lesquelles les conventions collectives n'ont que peu de prise, on a assisté à ce phénomène; et c'est alors ce système mixte, qui mêle la loi et la convention, qui permet d'assurer la protection des travailleurs.

Les Anglais sont des gens pratiques et pragmatiques. Dans la mesure où leur système du *collective bargaining* ne permet pas d'assurer une protection suffisante, dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, ils s'écartent de leur système traditionnel et font usage de règles de droit public. Il appartiendra au sociologue d'expliquer, ce qui sera d'ailleurs assez facile, les raisons pour lesquelles le système de la négociation collective n'a pu être appliqué avec efficacité dans certaines branches de la vie professionnelle, notamment dans celles dans lesquelles les travailleurs et quelquefois même les employeurs sont mal organisés, ce qui a amené les intéressés à obtenir le remplacement de ce système par un système appelant l'intervention de l'État.

duos que han concluido la convención, sino también sobre los círculos de personas que están fuera de las agrupaciones contratantes; finalmente, en la legislación argentina, por ejemplo, los autores de las convenciones colectivas de trabajo tienen una verdadera competencia legislativa.

Y sin embargo, se ha constatado a menudo que sin disposición legal, las convenciones colectivas inglesas, los *collective agreements*, son respetadas tanto y mejor que en los países donde el legislador ha dado a estas convenciones un lugar dentro del sistema jurídico nacional. Consideradas como *gentlemens agreements*, las convenciones colectivas inglesas adquieren todo el valor que tiene un *gentlemens agreement*, cuando él ha sido realmente concluido por *gentlemen*. Y se puede deducir de esto que para estudiar el derecho comparado del trabajo, el análisis de las leyes no es suficiente; porque este análisis escueto puede suministrar una idea falsa de la situación real. Es por esto también que el comparatista no puede pasarse sin la práctica de una disciplina: la sociología. Esto es verdad sobre todo en el campo del trabajo, puesto que nosotros hemos visto que el derecho del trabajo más que otra rama del derecho es una rama próxima de la realidad social y que se modela sobre la vida social. El derecho del trabajo está así íntimamente ligado a la sociología y es gracias a las luces que le da esta última ciencia que el comparatista puede hacer obra útil. En efecto, es el sociólogo — el especialista de la sociología jurídica — quien podrá explicar el valor, la eficacia de las disposiciones legales o de las disposiciones convencionales.

Pero existe una tal interacción entre los diferentes sistemas jurídicos que aun en Inglaterra, en el curso de los años recientes, la legislación en el dominio del trabajo ha tomado una muy grande extensión y que las decisiones de los consejos de salarios, de los *Wage Boards*, compuestos de los representantes de los patrones y de los asalariados y de las personas independientes, han recibido efectos del derecho público en virtud de la legislación. En una serie de ramas profesionales como el comercio, la hotelería, la agricultura, es decir, en las ramas sobre las cuales las convenciones colectivas no tienen mucha presa, se ha asistido a este fenómeno; y es entonces el sistema mixto, que mezcla la ley y la convención, que permite asegurar la protección de los trabajadores.

Los ingleses son genios prácticos y pragmáticos. En la medida donde su sistema del *collective bargaining* no permite asegurar una protección suficiente, en esta medida y en esta medida solamente, se separan de su sistema tradicional y hacen uso de reglas de derecho público. Corresponderá al sociólogo explicar, lo que será por otra parte bastante fácil, las razones por las cuales el sistema de la negociación colec-

VI.

Si l'étude comparée des règles juridiques relatives aux conventions collectives de travail constitue un facteur enrichissant et stimulant pour le juriste du travail le "travailleiste", il convient d'étudier de la même façon la mesure dans laquelle, dans chaque pays, les règles normatives du droit du travail sont réparties entre la loi et la convention collective de travail.

Aucun pays ne peut, croyons-nous, se passer tant de la loi que de la convention collective de travail. Toutes deux sont indispensables, la loi fixant un minimum de protection, dont la nécessité apparaît à deux points de vue: tout d'abord dans la mesure où certains travailleurs où certaines catégories de travailleurs ne bénéficient pas de la protection de conventions collectives, soit parce qu'il s'agit de travailleurs qui, pour une raison quelconque, ne sont pas organisés, soit que la branche dans laquelle ils travaillent ne possède pas une telle convention. La deuxième raison pour laquelle la loi est indispensable, c'est que les conventions collectives ne sont pas conclues pour l'éternité. Il peut arriver un jour qu'elle soient dénoncées et qu'elles ne soient pas remplacées. Que se passerait-il s'il n'y avait pas de protection légale? Ce serait le vide, le chaos. On peut craindre surtout qu'en période de *décession* économique, les employeurs ne dénoncent ces conventions, et à ce moment la protection légale retrouvera toute son utilité.

Tout cela est certes incontestable. Mais il n'en demeure pas moins que, dans chaque cas concret, l'on doit discuter de la mesure dans laquelle la loi doit prévaloir sur la convention collective. Certains pays prévoient une protection légale très stricte, qui laisse peu de champ à la convention collective. D'autres, au contraire — et ce sont le plus la convention collective. D'autres — et ce sont naturellement ceux où les convention collectives se sont le plus développées et ont accordé le plus d'avantages aux travailleurs, leur laissent un champ d'action beaucoup plus large. Dans certains pays, la convention collective peut même déroger à la loi. Dans ce cas, de nouveau, la tâche du comparatiste sera délicate; il lui appartiendra d'examiner si de telles dérogations ne sont autorisées que lorsque la convention collective accorde aux travailleurs une protection tout aussi efficace, ou si, au contraire, la convention collective peut déroger à toute disposition légale même plus favorable, et dans ce dernier cas il sera utile d'examiner si les conventions comportant de telles dérogations ont bien été conclues par des syndicats régulièrement constitués. On voit donc qu'ici le simple examen des textes ne suffit pas. Le comparatiste doit pousser plus loin ses recherches.

tiva no ha podido ser aplicado con eficacia en ciertas ramas de la vida profesional, particularmente en aquellas en las cuales los trabajadores y a veces hasta los patronos están mal organizados, lo que ha llevado a los interesados a obtener la sustitución de este sistema por un sistema que apela a la intervención del Estado.

VI.

Si el estudio comparado de las reglas jurídicas relativas a las convenciones colectivas de trabajo constituyen un factor enriquecedor y estimulante para el jurista del trabajo, para el laboralista, conviene estudiar de la misma manera en la cual, en cada país, las reglas normativas del derecho del trabajo son repartidas entre la ley y la convención colectiva de trabajo.

Ningún país puede, creemos nosotros, pasarse tanto sin la ley como sin la convención colectiva del trabajo. Ambas son indispensables, la ley que fija un mínimo de protección, cuya necesidad aparece desde dos puntos de vista: ante todo en la medida en que ciertos trabajadores o ciertas categorías de trabajadores no se benefician de la protección de convenciones colectivas, sea porque se trata de trabajadores que, por cualquier razón, no están organizados, sea porque la rama en la cual ellos trabajan no posee una tal convención. La segunda razón por la cual la ley es indispensable, es la que las convenciones colectivas no contratan por la eternidad. Puede llegar un día en que ellas sean denunciadas y en que ellas no sean reemplazadas. ¿Qué pasaría si no hubiera protección legal? Sería el vacío y el caos. Se puede temer sobre todo que en un período de *recesión* económica, los patronos no denuncien las convenciones y en este momento la protección legal encontraría toda su utilidad.

Todo esto es ciertamente incontestable. Pero no obstante, en cada caso concreto, se debe discutir la medida en la cual la ley debe prevalecer sobre la convención colectiva. Ciertos países prevén una protección legal muy estricta, que deja poco campo a la convención colectiva. Otros, por el contrario — y estos son naturalmente aquellos donde las convenciones colectivas son las más desarrolladas y han acordado las ventajas a los trabajadores, dejándoles un campo de acción mucho más amplio. En ciertos países, la convención colectiva misma puede derogar la ley. En este caso, de nuevo, la tarea del comparatista será delicada; a él le corresponderá examinar si tales derogaciones no son autorizadas sino cuando la convención colectiva acuerda a los trabajadores una pro-

VII.

A propos des conventions collectives, il convient d'examiner rapidement un autre problème encore. Celui de l'étude des structures juridiques créées par la convention collective de travail. Dans certains pays comme la Suisse, les conventions collectives de travail édifient tout un système de rapport juridiques entre employeurs et travailleurs, des commissions paritaires destinées à surveiller l'exécution de la convention, des tribunaux arbitraux, des caisses de compensation, etc. L'étude des conventions collectives ne sert pas à grand chose si l'on ne connaît pas le fonctionnement de ces organes. Sont-ce des textes pour la *parade*, ou sont-ce des textes qui expriment une *réalité* sous-jacente, la volonté fermement arrêtée des employeurs et des travailleurs de régler leurs rapports sur la base de la convention collective et par de libres discussions. Si nous avons dit tout à l'heure que le juriste doit être aidé du sociologue, le sociologue de son côté trouve, ou devrait trouver, une inspiration dans l'étude du droit comparé du travail: le sociologue, ou le juriste sociologue — car pourquoi le juriste ne serait-il pas lui-même doublé d'un sociologue?

VIII.

Enfin, dernier problème qui retiendra brièvement notre attention: le mode de règlement des conflits collectifs du travail. Dans certains pays, ces conflits sont réglés par l'arbitrage obligatoire (Australie, Nouvelle Zélande). Ailleurs, employeurs et travailleurs sont opposés à l'arbitrage obligatoire imposé par l'État, mais ils instituent quelquefois eux-mêmes un tel arbitrage. Dans d'autres pays, la grève et le lock-out sont seuls l'*ultima ratio* des "partenaires sociaux".

Quel riche champ d'investigations pour le juriste sociologue! Pourquoi donc l'arbitrage obligatoire, refusé lorsqu'il est organisé par l'État, est-il accepté dans une convention collective? Souvent parce qu'il n'est prévu que dans une mesure et pour une durée limitée dans une convention qui pourra être dénoncée. C'est la soupape de sûreté, qui a été prévue mais qui souvent n'est guère utilisée.

IX.

Il nous reste à dire quelques mots des *instruments* du droit comparé du travail.

tección completamente eficaz, o si al contrario, la convención colectiva puede derogar toda disposición legal, incluso la más favorable, y en este último caso será útil examinar si las convenciones que encierran tales derogaciones han sido bien concluidas por los sindicatos regularmente constituidos. Se ve pues que aquí el simple examen de los textos no es suficiente. El comportamiento debe empujar más lejos sus investigaciones.

VII.

A propósito de convenciones colectivas conviene examinar rápidamente otro problema. Aquel de las estructuras jurídicas creadas por la convención colectiva de trabajo. En ciertos países como Suiza, las convenciones colectivas de trabajo edifican todo un sistema de las relaciones jurídicas entre patrones y trabajadores, comisiones paritarias destinadas a vigilar la ejecución de la convención, tribunales de árbitros, cajas de compensación, etc. El estudio de convenciones colectivas no sirve para gran cosa si no se conoce el funcionamiento de estos órganos. Son textos para la *parade*, o textos que expresan una *réalité* subyacente, la voluntad firmemente decretada de los patrones y trabajadores de reglamentar sus relaciones sobre la base de la convención colectiva y por medio de la libre discusión. Si hemos dicho a toda hora que el jurista debe ser ayudado del sociólogo, éste por su parte encuentra o debe encontrar, inspiración en el estudio del derecho comparado del trabajo: el sociólogo, o el jurista sociólogo —pues ¿por qué el jurista no será al mismo tiempo duplicado del sociólogo?

VIII.

En fin, el último problema que retendrá brevemente nuestra atención: el mundo de la reglamentación de los conflictos colectivos del trabajo. En ciertos países, estos conflictos son regulados por el arbitraje obligatorio (Australia, Nueva Zelandia). Por otra parte, patrones y trabajadores son opuestos al arbitraje obligatorio impuesto por el Estado, porque ellos mismos instituyen un tal arbitraje. En otros países, la huelga y el lock-out son solos la *ultima ratio* de la solidaridad social.

¡Qué rico campo de investigaciones para el jurista sociólogo! ¿Por qué pues el arbitraje obligatorio, rechazado cuando él es organizado por el Estado, es aceptado en una convención colectiva? A menudo porque él no está previsto más que en una medida y por una duración limitada

Il convient de mentionner tout d'abord à cet égard les *Actes des Congrès internationaux*. Jusqu'ici quatre Congrès internationaux de droit social ou de droit du travail se sont réunis: le premier à Trieste (Italie) en 1951; le second à São Paulo, en 1954; le troisième à Genève (Suisse), en 1957; et le quatrième à Bruxelles (Belgique), en 1958; en attendant le cinquième qui siégera à Lyon (France), en 1963 sous les auspices de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, présidée par le Prof. O. KAHN-FREUND (Londres) et dont le Prof. CESARINO JR. est l'un des présidents d'honneur.

Les Congrès internationaux de droit du travail sont en réalité avant tout des congrès de droit comparé du travail.

Si nous prenons comme exemple les deux Congrès les plus récents, celui de Genève et celui de Bruxelles, on y trouve, sur des questions déterminées, par exemple sur les conventions collectives, des rapports nationaux décrivant la situation dans les différents pays du monde, et des rapports généraux faisant la synthèse de ces rapports nationaux. Tous ces rapports constituent une matière précieuse pour le comparatiste; ils le sont parce qu'ils ont été rédigés par des représentants de chaque pays connaissant particulièrement bien la matière. Le droit comparé est une science très difficile, et le juriste qui entend traiter un problème intéressant un pays étranger risque fort de se tromper; même s'il connaît la loi, il peut errer dans son interprétation, ignorer la jurisprudence, néconnaître l'application pratique. Il vaut beaucoup mieux dans ces cas s'en remettre à un spécialiste du pays même dont l'on entend étudier le système juridique.

A côté des Congrès internationaux de droit du travail et du droit social, il faut citer encore les Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, qui sont consacrés à toutes les branches du droit, et non pas au seul droit du travail. Toutefois, les rapports présentés à ces Congrès n'ont malheureusement pas été tous publiés.

Pour l'étude des textes législatifs des différents pays, il existe un instrument particulièrement utile: la *Série législative* du Bureau international du travail a pris la suite de l'association privée qui en a été le précurseur, l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs (actuellement Association internationale pour le progrès social), créée en 1900 et dont le secrétariat international, sis à Bâle, publiait un bulletin contenant en plusieurs langues le texte des lois des différents pays dans le domaine du travail. Dès cette époque en effet, on avait compris l'intérêt du droit comparé dans le domaine du travail et, avant l'adoption des premières conventions internationales

en una convención que podrá ser denunciada. Es la válvula de seguridad, que ha sido prevista, pero que ha menudo es utilizada escasamente.

IX.

Nos falta por decir algunas palabras acerca de los *instruments* del derecho comparado del trabajo.

Conviene mencionar ante todo a este respecto las *Actas des Congrès internationaux*. Hasta ahora cuatro congresos internacionales de derecho social o del derecho del trabajo se han celebrado: el primero en Trieste (Italia) en 1951; el segundo en Sao Paulo en 1954; el tercero en Ginebra en 1957; y el cuarto en Bruselas en 1958; se espera el quinto que tendrá su sede en Lyon en 1963, bajo los auspicios de la Sociedad internacional de derecho del trabajo y de seguridad social, presidida por el prof. O. Kahn-Freund (Londres) y del cual el prof. Cesarino Jr. es uno de los presidentes honorarios.

Los congresos internacionales del derecho del trabajo son en realidad y ante todo congresos de derecho comparado del trabajo.

Si tomamos como ejemplo los dos Congresos más recientes, el de Ginebra y el de Bruselas, se encuentra en ellos, sobre cuestiones determinadas, por ejemplo sobre las convenciones colectivas, informes nacionales que describen la situación en los diferentes países del mundo e informes generales que sintetizan aquellos. Todos estos informes constituyen un material precioso para el comparatista; y esto es así porque ellos han sido redactados por representantes de cada país que conocen particularmente muy bien la materia. El derecho comparado es una ciencia muy difícil y el jurista que pretende tratar un problema que interesa a un país extranjero, corre el riesgo de engañarse; aunque él conozca la ley, puede engañarse en su interpretación, ignorar la jurisprudencia, menospreciar la aplicación práctica. Vale mucho más en estos casos remitirse a un especialista del mismo país del cual se pretende estudiar su sistema jurídico.

Junto a los Congresos internacionales de derecho del trabajo y del derecho social, conviene citar aún los Congresos de la Academia internacional de derecho comparado, que son dedicados a todas las ramas del derecho y no solamente al derecho del trabajo. Sin embargo, los informes presentados a estos Congresos no han sido desafortunadamente publicados en su totalidad.

Para el estudio de los textos legislativos de los diferentes países, existe un instrumento particularmente útil: la *Série législative* de la

du travail, on avait pensé que la tâche la plus urgente était de faire connaître sur le plan international les lois et ordonnances les plus importantes. Le Bureau international du travail publie actuellement en trois langues, français, anglais, espagnol, dans cette *Série législative*, tous les textes de lois. Et c'est ainsi que, dans le domaine du travail et de la sécurité sociale, plus que dans n'importe quel autre domaine juridique, il est facile de trouver immédiatement le texte d'une loi de n'importe quel pays du monde.

Une autre source de documentation réside dans les rapports de la Conférence internationale du travail. Avant chaque réunion de la Conférence, le Bureau international du travail publie sur les sujets qui ont été mis à l'ordre du jour pour faire l'objet de projets de conventions ou recommandations, un volume contenant un résumé des législations nationales sur le problème soumis à discussion. On peut consulter avec profit ces rapports qui donnent un aperçu synthétique de la législation et souvent de la pratique des différents pays au sujet du problème étudié.

Il existait avant la dernière guerre un *Recueil international de jurisprudence du travail*, publié également par le Bureau international du travail. Malheureusement, ce recueil a cessé de paraître.

Enfin, il convient de signaler les revues qui publient des articles sur le droit du travail dans les différents pays du monde. Il y a tout d'abord une revue spéciale, la *Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro*, publiée par le Prof. RENATO BALZARINI; et d'autre part la revue publiée par le Bureau international du travail, la *Revue internationale du travail*, qui, bien qu'elle s'occupe pas seulement de problèmes juridiques, contient de nombreuses études sur la législation du travail dans divers pays. En dehors de la documentation du Bureau international du travail, il ne convient pas d'oublier les documents établis par les organismes régionaux, comme les organisations européennes, la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté économique européenne, soit encore l'Union Panaméricaine. Ces différentes organisations intergouvernementales ont procédé à d'importantes études dans le domaine du droit comparé du travail.

La documentation dans ce domaine est donc assez facilement accessible. Il convient de l'utiliser. Pour l'instant, le droit comparé du travail n'a pas encore suscité de recherches très étendues. Le champ est donc en friche. Il appartient aux jeunes de le défricher et de le cultiver. Il y a beaucoup à faire dans cette direction et les efforts des chercheurs seront vite récompensés.

Oficina Internacional del Trabajo. Después de su creación en 1920, esta oficina ha tomado la orientación de la asociación privada que fue su precursora, la Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores (actualmente Asociación internacional para el progreso social), creada en 1900 y de la cual el secretariado internacional, con sede en Basilea, publicó un boletín que contiene en varias lenguas el texto de leyes de los diferentes países en el campo laboral. Desde esta época en efecto, se había comprendido el interés del derecho comparado en el campo laboral, y antes de la adopción de las primeras convenciones internacionales del trabajo, se había pensado que la tarea más urgente era hacer conocer a escala internacional las leyes y ordenanzas más importantes. La Oficina internacional del trabajo publica actualmente en tres lenguas —francés, inglés y español— en la *Série législative* todos los textos legales. Y es así como, en el campo del trabajo y de la seguridad social, más que en cualquier otro campo jurídico, es fácil encontrar inmediatamente el texto de una ley de no importa qué país del mundo.

Otra fuente de documentación son los informes de la Conferencia internacional del trabajo. Antes de cada reunión de la Conferencia, la Oficina internacional del trabajo publica sobre los proyectos que han sido puestos a la orden del día para hacer el objeto de proyectos de convenciones o recomendaciones, un volumen que contiene un resumen de las legislaciones nacionales sobre el problema puesto en discusión. Se puede consultar con provecho estos informes que dan un resumen sintético de la legislación y a menudo de la práctica de los diferentes países objeto del problema estudiado.

Existía antes de la segunda guerra un *Recueil international de jurisprudence du travail*, publicado igualmente por la Oficina internacional del trabajo. Desventuradamente esta compilación ha dejado de aparecer.

En fin, conviene señalar las revistas que publican artículos sobre derecho del trabajo en los diferentes países del mundo. Hay sobre todo una revista especial, la *Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro*, publicada por el prof. Renato Balzarini; y además la revista publicada por la Oficina internacional del trabajo, la *Revue internationale du travail*, que, aunque se ocupa solamente de problemas jurídicos, contiene numerosos estudios sobre la legislación del trabajo en diversos países. Fuera de la documentación de la Oficina internacional del trabajo, conviene no olvidar los documentos establecidos por los organismos regionales, como las organizaciones europeas, la Comunidad euro-

pea del carbón y del acero, y la Comunidad económica europea y también la Unión Panamericana. Estas diferentes organizaciones intergubernamentales han emprendido importantes estudios en el campo del derecho comparado del trabajo.

La documentación en este campo es pues bastante accesible. Es necesario utilizarla. Por el momento, el derecho comparado del trabajo no ha suscitado todavía investigaciones muy extendidas. El campo está pues sin cultivar. Corresponde a los jóvenes roturarlo y cultivarlo. Hay mucho que hacer en esta dirección y los esfuerzos de los investigadores serán rápidamente recompensados.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA

Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez
Rector de la Universidad de Antioquia.

El primer intento de codificación del Derecho Internacional Privado en América se hizo en 1.826 en el Congreso de Panamá. Pero, al fracasar el Congreso, ese intento no tuvo éxito.

Congreso de Montevideo.

En los años de 1.888 y 1.889, por iniciativa de los gobiernos de Argentina y Uruguay se reunió el Congreso de Montevideo, al cual fueron invitados todos los países de la América del Sur. La finalidad del Congreso era uniformar, por medio de un tratado, el Derecho Internacional Privado suramericano. Asistieron siete países y se excusaron tres (Colombia, Venezuela y Ecuador). El Congreso redactó y aprobó ocho tratados:

- 1) Sobre derecho procesal (determina los principios aplicables en materia de legalizaciones, exhortos, fallos arbitrales y sentenciales). Colombia adhirió a este tratado, por medio de la ley 68 de 1.920.
- 2) Sobre propiedad artística y literaria.
- 3) Sobre patentes de invención.
- 4) Sobre marcas de comercio y de fábrica.

- 5) Sobre derecho penal internacional. (trata de jurisdicción, asilo, extradición, prisión preventiva).
- 6) Sobre el ejercicio de las profesiones liberales, al cual adhirió Colombia por medio de la ley 5ª de 1.917.
- 7) Sobre derecho civil internacional (abarca las siguientes materias: personas, domicilio, ausencia, matrimonio, patria potestad, filiación, tutela, curaduría, bienes, actos jurídicos, capitulaciones matrimoniales, sucesiones y prescripción). Colombia adhirió a este tratado por medio de la ley 40 de 1.933.
- 8) Sobre derecho comercial internacional (actos de comercio, comerciantes, sociedades, seguros terrestres, marítimos y de vida, choques de navíos, abordajes y naufragios, fletamentos, préstamos a la gruesa ventura, letras de cambio, quiebras). Colombia adhirió a ese tratado mediante la ley 40 de 1.933.

Los tratados de Montevideo se caracterizan por haber adoptado la *teoría o sistema del domicilio*, o sea que generalmente la ley aplicable es la del domicilio de las partes. Para estos países, donde la inmigración es muy fuerte, es peligroso adoptar el sistema de la ley personal, porque en muchos casos la ley extranjera sería más aplicable que la ley nacional, debido al gran número de extranjeros. Por esta misma razón, los países americanos, generalmente, prefieren la ley del domicilio.

Segundo Congreso de Montevideo.

Para celebrar el 50º aniversario de los primeros tratados de Montevideo, los gobiernos de Argentina y Uruguay invitaron, en 1.939, a una segunda reunión, también en Montevideo, con el fin de revisar los primeros tratados. Después de algunas dilaciones, todos los países asistieron, excepto Venezuela y Ecuador. Como resultado de este Congreso se elaboraron los siguientes tratados: tratado de derecho civil, tratado de derecho comercial terrestre, tratado de navegación comercial y tratado de derecho procesal. Algunos países no firmaron ciertos tratados. El Brasil no firmó el de derecho civil, Chile no firmó éste ni el de derecho procesal. Colombia no ha ratificado ninguno de esos tratados.

El Panamericanismo y la codificación.

En los Congresos panamericanos se ha tratado a menudo de llevar a cabo una codificación del Derecho Internacional Público y Privado

americano, con éxito diverso. Así: en el tercer Congreso Panamericano reunido en Río de Janeiro en 1906, se nombraron varias comisiones para redactar proyectos de codificación: la primera comisión, que debía funcionar en Washington, debía preparar proyectos sobre guerra marítima y neutralidad. Esta comisión no funcionó. La segunda comisión, con sede en Río de Janeiro, debía hacer lo mismo sobre guerra terrestre, guerra civil y reclamaciones de extranjeros. Esta comisión funcionó y presentó proyectos interesantes. La tercera comisión con sede en Santiago de Chile, debía recopilar el Derecho Internacional Público en tiempo de paz. También funcionó y presentó proyectos. La cuarta, con sede en Buenos Aires, trabajaría en la solución pacífica de los conflictos y organización de tribunales internacionales. No funcionó. La quinta, con sede en Montevideo, tenía la misión de recopilar el Derecho Internacional Privado (capacidad, condición jurídica de los extranjeros, derecho de familia y sucesiones). Estaba integrado por Brasil, Uruguay y Paraguay, y en ella hubo una discusión interesantísima entre el delegado del Brasil, Cándido Oliveira, quien defendió el sistema de la ley personal, con el argumento de que facilita la venida a América de inmigrantes y de capital extranjero, y el del Uruguay, doctor José Pedro Varela, quien defendió las estipulaciones de los tratados de Montevideo que consagran, como vimos, la ley del domicilio. La sexta comisión funcionó en Lima y presentó un proyecto de derecho civil que comprende: derechos reales y obligaciones, otros sobre competencia judicial, otro sobre derecho comercial y otro sobre derecho penal.

Código de Bustamante.

La quinta conferencia Panamericana reunida en Santiago de Chile, en 1.923 recomendó:

- 1) Que la codificación del Derecho Internacional Público americano se hiciera gradualmente;
- 2) Que por el contrario, el Derecho Internacional *privado* americano se elaborara en un código que abarcara toda la materia. La conferencia le pidió al Instituto Americano de Derecho Internacional que iniciara trabajos para cumplir esas dos recomendaciones; y el Instituto presentó los siguientes trabajos: en primer lugar, treinta proyectos de tratados sobre Derecho Internacional Público, prohibió el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, redactado por Antonio Sánchez de Bustamante, profesor cubano.

Esos proyectos fueron presentados a una conferencia de juriscónsultos reunida en Río de Janeiro en 1.927.

El código de Bustamante se divide así: *un título preliminar* que contiene las reglas generales.

Libro 1º Derecho Civil Internacional; trata de: personas, nacionalidad y naturalización, domicilio, nacimiento y extinción de la personalidad civil, matrimonio y divorcio (condiciones para la celebración del matrimonio, forma del matrimonio, efectos del matrimonio, nulidad, separación de cuerpos y divorcio), paternidad y filiación, alimentos, patria potestad, adopción, ausencia, tutela, prodigalidad, emancipación, registro civil, bienes, propiedad, modos de adquirir, donaciones, testamentos, herencia, obligaciones y contratos, capitulaciones matrimoniales, compraventa, permuta, cesión de créditos, arrendamiento, censo, sociedad, mutuo, depósito, contratos aleatorios, transacciones y compromisos, fianza, prenda, hipoteca, anticrisis, cuasi-contratos, prelación de créditos y prescripción.

Libro 2º Derecho Mercantil Internacional, trata de: comerciantes, actos de comercio, registro mercantil, cotización oficial de efectos públicos y documentos de crédito, contratos mercantiles, compañías mercantiles, comisión mercantil, depósitos y préstamos mercantiles, transporte terrestre, seguros, letras de cambio y efectos mercantiles análogos, falsedad, robo, hurto y extravío de documentos de crédito y efectos al portador, comercio marítimo y aéreo, prescripción.

Libro 3º Derecho Penal Internacional, se refiere sobre todo a extradición y delitos cometidos en un Estado contra otro Estado.

Libro 4º Derecho Procesal Internacional, trata de: competencia civil, mercantil y penal, derecho a comparecer en juicio, exhortos y comisiones rogatorias, prueba de las leyes extranjeras, quiebra, ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y en materia penal.

El Código Bustamante adoptó para los conflictos de leyes, generalmente, el sistema de la ley personal entendiéndose por ésta la ley nacional o la del domicilio, según el sistema de la respectiva legislación. El Código de Bustamante tal vez necesite revisión en algunos puntos para adaptarlo mejor a todas las legislaciones americanas y actualizarlo.

Este código fue aprobado por la sexta conferencia Panamericana, reunida en La Habana en 1.928, con excepción de los EE. UU., porque dentro del sistema legal de este país la facultad para legislar en materias civiles y comerciales corresponde a los diversos Estados y, por lo tanto, el gobierno federal no puede celebrar tratados sobre esos asuntos. Colombia aprobó el tratado con reservas sobre estos puntos: Primero. El código acepta la nacionalidad de las sociedades = La salvedad dice: "las personas jurídicas no pueden tener nacionalidad, ni de acuerdo con los principios científicos, ni de conformidad con las conveniencias de América". Segunda. Relativa a la no admisión del sistema del domicilio. Tercera. Con relación al divorcio vincular. Pero esas salvedades tienen poca importancia, porque Colombia no ha ratificado el Código. Los países que ratificaron el Código fueron quince a saber: Brasil, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Pero de esos quince países, cinco ratificaron de una manera tan absurda que es como si no hubieran ratificado, p. ej.: Costa Rica hizo la reserva expresa de todo lo que pueda estar en contradicción con la legislación costarricense. Los otros países que ratificaron con salvedades fueron Chile, Bolivia, Ecuador y El Salvador. De tal manera que el Código de Bustamante sólo rige en diez países.

Medellín, abril 26, 1.967.

HACIENDA PUBLICA

IMPUESTOS

Por el Profesor Dr. Luis Arcila Ramírez

Parte General

Definición.- Apoyado en el concepto moderno de impuesto, desarrollado principalmente por el Profesor Seligman, define el impuesto el Dr. Esteban Jaramillo, de la siguiente manera:

"Impuesto es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los particulares, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensación o beneficios especiales". (Pág. 146).

Al decir que "es el tributo obligatorio" se quiere distinguir el impuesto de los ingresos públicos de carácter gratuito, como donaciones y voluntarios, como las tasas. Al agregar "sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales", se diferencia el impuesto de las contribuciones especiales y de los honorarios.

Autores como Eheberg, Ahumada, Dalton, Morselli, etc., coinciden en términos generales, con la anterior definición, es decir, que en sus respectivas definiciones se encuentran los mismos elementos estructurales.

De la anterior definición se saca en claro que el impuesto es creación del Estado, con base en la *soberanía financiera*, y tiende a obtener recursos económicos para atender a los gastos que demandan los intereses de la comunidad, de una manera indivisible.

¿Qué dice Gastón Jéze? Gastón Jéze, citado por Isaac López Freyle, determina los siguientes caracteres que tipifican el impuesto:

"1º Es una prestación de valores pecuniarios, normalmente una suma de dinero y no servicios personales;

"2º La prestación del individuo no es seguida por una contraprestación del Estado;

"3º El constreñimiento jurídico. El impuesto es esencialmente un pago forzoso;

"4º Se establece según reglas fijas;

"5º Se destina a gastos de interés general;

"6º Es debido exclusivamente por el hecho de que los individuos formen parte de una comunidad política organizada".

¿Qué conclusiones saca Isaac López Freyle de los principios de Jéze?

"Los caracteres anteriores son de una simpleza deslumbrante que no necesita de explicaciones prolijas para su correcta interpretación. Pero de ellos surgen otros elementos que deben tenerse en consideración. Tales son:

"a) El sujeto, o sea la persona física o jurídica obligada a pagar el impuesto;

"b) El objeto, es decir, el acto o la situación o el hecho en relación al cual es aplicado el impuesto;

"c) El origen, es decir, la fuente de donde el contribuyente toma efectivamente el valor en dinero para satisfacer la obligación del impuesto;

"d) La alícuota, o sea la porción que debe corresponder a cada unidad fiscal del objeto efectuado y que generalmente se expresa en un tanto por ciento de la riqueza imponible". (Principios de Derecho Tributario, pág. 18).

FUNDAMENTO DEL IMPUESTO

Fundamento del impuesto o mejor, ¿por qué razón estamos obligados a pagar impuestos?

Acerca de este punto existen varias teorías. Las más importantes son la TEORIA DEL BENEFICIO Y LA DE LA CAPACIDAD.

a) Teoría del beneficio. Se basa, como anota el Dr. Esteban Jaramillo, en una compensación entre el tributo y el servicio que el Estado presta al individuo con la protección que le dispensa.

La razón de ser del impuesto, según esta teoría, estriba en el beneficio que el individuo obtiene debido a la acción protectora del Estado, el cual viene a ser una especie de SOCIEDAD ANONIMA, en la que cada individuo posee acciones por el monto de los impuestos que paga, y recibe en cambio DIVIDENDOS PROPORCIONADOS a su aporte.

Tres razones desmienten la teoría:

1º Es imposible encontrar la equivalencia entre el impuesto y los servicios que presta el Estado. Supongamos, como dice el Dr. Esteban Jaramillo, quien aporta estas tres razones en contra de la teoría, que un contribuyente paga \$ 10 y posee bienes por \$ 1.000, otro paga \$ 20 y tiene bienes por \$ 20.000. No puede sostenerse que la protección del Estado sea doble en este último caso. Pero ocurre que el Estado protege también a las personas. El rico paga altos impuestos para el servicio oficial y el pobre se aprovecha de él. El pobre se aprovecha de la beneficencia y es el rico el que la paga. El rico tributa para la educación oficial y envía a sus hijos a los establecimientos privados. El rico tributa para pensiones de jubilación, invalidez, etc., y el pobre se aprovecha de ellas.

Si esta teoría fuera exacta, los pobres tendrían que pagar más que los ricos.

2º Esta teoría no corresponde a la verdadera idea del Estado, como entidad llamada a satisfacer necesidades colectivas, tan imperiosas al hombre como las individuales. "Protección, defensa, educación etc. son cosas tan indispensables al ser humano, dentro de la presente organización social, como el alimento, el vestido etc. Y, como el Estado es la única entidad que puede satisfacer aquellas necesidades colectivas de manera completa, los miembros de la comunidad deben suministrar los recursos necesarios sea grande, nulo o pequeño el beneficio

personal y directo que reciben de la acción gubernativa". (E. Jaramillo, pág. 148).

3ª *Esta teoría se opone a los principios democráticos*, según los cuales el gobierno no es una entidad aislada e independiente del pueblo, sino una emanación de ese pueblo. Entonces es el pueblo mismo el que debe suministrar los recursos necesarios para llenar su misión en beneficio de la comunidad.

b) TEORIA DE LA CAPACIDAD

¿Qué dice Aurelio Camacho Rueda, en su obra citada?

"Se trata de una *teoría objetiva*. El Estado requiere ingresos, para cumplir sus finalidades propias; esos ingresos deben venir de sus súbditos, que habrán de procurarlos en la medida de sus capacidades económicas. ¿Por qué? Sencillamente porque todos estamos interesados en el desarrollo general, en el alza del nivel de vida de todos los asociados, debiendo procurar el Estado los medios adecuados para alcanzar tan triviales y precisas finalidades.

¿Qué dice León Duguit en su "Manual de Derecho Constitucional?"

León Duguit, citado por Camacho Rueda, dice al respecto: "Todo hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes; todo hombre tiene conciencia de un lazo que lo une a los demás hombres, y ese lazo es el de la *solidaridad social*, que se determina por uno de estos dos elementos: porque existen necesidades comunes cuya satisfacción no puede ser asegurada sino por la vida en común; y porque tienen necesidades diferentes y aptitudes diferentes, viéndose obligados a asegurar la satisfacción de estas necesidades diferentes por el cambio de servicios recíprocos, debidos al desenvolvimiento y al empleo de sus aptitudes diferentes". De donde concluye: "Una regla de conducta se impone, por consiguiente, al hombre social, por la fuerza misma de las cosas, regla que puede formularse así: no hacer nada que cause perjuicio a la *solidaridad social* bajo cualquiera de sus dos aspectos, y hacer todo lo que por su naturaleza, es preciso para realizar y desarrollar la *solidaridad social* mecánica y orgánica. Todo el derecho subjetivo se condensa en esta fórmula, y la ley positiva para ser legítima, deberá ser la expresión, el desarrollo o la aplicación práctica de este principio". Y concluye Camacho Rueda:

"Si el hombre en sociedad, pues, debe hacer todo lo que requiere el desarrollo de la *solidaridad*; si el derecho se basa en esta premisa; si la ley es expresión del derecho; si el impuesto es una ley, o sea una ordenación del Estado, debemos deducir que el impuesto debe procurar que todo individuo contribuya, en la medida de su capacidad, al logro de los objetivos sociales generales". (Pág. 49).

MEDIDA DEL IMPUESTO

Se pregunta entonces: ¿cuál es la norma para medir la capacidad económica del contribuyente?

La primera forma de imposición conocida, según dice el Dr. Esteban Jaramillo, fue "LA CAPITACION, o gravamen personal por cabeza, de carácter uniforme, y que se hacía efectivo en dinero o en especie. En aquellas sociedades primitivas, en que la propiedad personal no había alcanzado un considerable desarrollo, y las condiciones económicas de los ciudadanos eran más o menos iguales, en las que no había ni demasiado pobres ni demasiado ricos", el sistema mencionado no pecaba contra la justicia y la igualdad. Era un sistema aceptable para aquella época.

Con el progreso de la humanidad y su desarrollo económico, las condiciones individuales de los asociados se fueron diversificando, la propiedad se fue dividiendo entre los hombres. Aparecieron ricos y pobres. Entonces la "*capitación*" resultó injusta porque pagan igual impuesto los ricos y los pobres. Se pasó entonces al impuesto sobre la PROPIEDAD.

En un principio la propiedad individual consistía en BIENES RAICES o en MEJORAS HECHAS EN ELLOS. El impuesto fue un gravamen sobre INMUEBLES. Pero el criterio de la PROPIEDAD COMO NORMA UNICA DE IMPOSICION vino a ser injusto, desigual y poco eficaz para el fisco. La propiedad sin tener en cuenta los productos de ella, ya no resultaba un sistema correcto. Dos propiedades de igual valor podían dar rendimientos distintos en un año, por razón de los factores de la naturaleza, por gravámenes que pesaran sobre una de ellas o por otros motivos. No era justo que fueran gravadas en forma idéntica. Por otra parte, no es lo mismo el concepto *jurídico* de la propiedad que el económico. Un hacendado que tenga gravada su propiedad, que vale \$ 100.000, con una hipoteca por \$ 60.000 es dueño de ella, indudablemente, desde el punto de vista jurídico, pero desde el punto de vista económico es dueño de menos de la mitad.

Además, se debe tener en cuenta que, el impuesto único sobre la propiedad, no gravaba los beneficios provenientes del trabajo individual, como el de las profesiones liberales, gerentes, administradores, etc., que en las sociedades modernas producen grandes rendimientos.

Las anteriores consideraciones obraron para que se estableciera como base de imposición, el PRODUCTO O RENDIMIENTO DE LA PROPIEDAD. En un principio no se descontaban los gastos de la producción ni el sostenimiento de los gravámenes que pesaran sobre la propiedad, o sea que se partía de la renta bruta. Pero este sistema resultaba injusto, por obvias razones. De este sistema se pasó a la renta líquida, deducidos los gastos de producción y el sostenimiento, sistema que se aproxima a la norma de capacidad tributaria. Esta es la última etapa en lo tocante al tributo sobre la propiedad.

Se tiene en cuenta, en los tiempos modernos, no sólo la propiedad mueble, inmueble o semoviente, sino también las fuentes de riqueza que crea el trabajo humano en sus diversas formas. Entonces, hoy día se gravan los ingresos ya provengan del capital, del trabajo o de los dos factores asociados, o sea, las rentas mixtas.

Lo anterior se aplica, principalmente, al impuesto sobre la renta. Respecto a los otros gravámenes, se estudiarán en la debida oportunidad.

¿Qué fines se pueden encontrar en los impuestos? ✓

Manuel Morselli, profesor de la Universidad de Mesina, en su "compendio de la ciencia de las Finanzas", sostiene que, además del fin fiscal, o sea recaudar recursos para la satisfacción de servicios, el impuesto puede tener fines de "política económica", de "política social", de "política demográfica", de "política exterior", y de "política en sentido estricto". Es conveniente ampliar estos conceptos.

1º Fines de política económica

El Estado por medio de las tarifas de aduana, puede favorecer la industria nacional o una rama de ella. Con exenciones o reducciones de impuestos puede impulsar la industria naciente o estimular la fundación de industrias nuevas. Puede influir en el EQUILIBRIO DE LA PRODUCCION estimulando más bien la producción industrial en lugar de la agrícola o viceversa, según convenga en un momento dado. El Estado puede con el manejo inteligente de los tributos INFLUIR en la diversa orientación de las producciones en el comercio interno.

Puede hacerlo también en el comercio exterior porque el impuesto causa alteraciones que influyen sobre los costos de producción y, por tanto, sobre los costos comparados.

2º Fines de la política social

Las incidencias de los impuestos sobre las diversas clases sociales obran sobre la distribución de la riqueza. Los impuestos progresivos, los impuestos sobre el patrimonio, las exenciones de las rentas mínimas, los impuestos sobre los géneros de consumo de lujo superfluos, las exenciones a los artículos de primera necesidad, son instrumentos de una política social, tendiente a favorecer a las clases menos pudientes.

3º Fines de la política demográfica

La política demográfica puede llevarse a cabo con exenciones y reducciones de impuestos a las familias con numerosos hijos, con gravámenes altos a los solteros etc.; a éstos se les puede gravar con tarifas más altas porque tienen mayor capacidad económica.

4º Fines de la política exterior

Ocurre cuando un Estado, por encontrarse enemistado con otro, aplica tarifas de represalia, muy superiores a las que suele aplicar en forma general para los demás países que introducen mercancías a él. Se trata, como es obvio, de impuestos de aduana.

5º Fines de la política en sentido estricto.

En países en que existen partidos políticos que alternan el poder, suele ocurrir que el gobierno, representante de un partido se dedique a debilitar a los miembros del partido contrario con FUERTES IMPUESTOS, y a hacer la carga tributaria de sus amigos, mucho más liviana. Este sistema es propio de gobiernos demagógicos.

6º Fines higiénicos, sanitarios, morales y de orden público. Es evidente que los impuestos pueden "favorecer o limitar ciertos consumos y ciertas relaciones que se consideran dañosos o beneficiosos para la higiene, para la salud, para las buenas costumbres de la población" (Camacho Rueda, págs. 50 y 51).

Esteban Jaramillo no realiza ninguna clasificación respecto a los fines de los impuestos. Pero del estudio de su obra se deducen los mismos fines que anota Morselli. Además, agrega lo siguiente:

a) *Impuestos estimulantes*. Dice al respecto el autor mencionado: "En concepto de algunos autores, especialmente Mac-culloch, el impuesto estimula al hombre para el ahorro y la producción de riqueza, porque despierta la actividad individual, fomentada la previsión, de la misma manera que en las épocas de escasez los hombres trabajan más y viven mejor que en los tiempos de abundancia, y los pueblos que habitan regiones estériles, de naturaleza ingrata, son más sobrios y laboriosos que los que viven en comarcas privilegiadas" (Pág. 168).

Esta teoría no es totalmente verdadera, porque si lo fuera, habría siempre una forma sencilla de fomentar la producción. Es verdad que Inglaterra, durante la guerra con América y Francia, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, experimentó ese fenómeno; pero, como lo anota el mismo autor, aquellos tributos no alcanzaron a absorber toda la renta nacional, ni afectar los capitales.

Manuel Morselli, llama a esta teoría "LA TEORIA DE LA REMOCION".

El contribuyente despliega mayor actividad con el fin de no desmejorar su posición económica por motivo del impuesto; pero es del caso observar que, el aumento de la capacidad productiva, no siempre es fácil; a ello se oponen circunstancias personales, sociales y económicas de diversa índole. Por tal razón, no es este el sistema que se emplea con más frecuencia. Además, debe tenerse en cuenta que, un aumento en la capacidad productiva exigirá, en casi todos los casos, un aumento de capital.

En conclusión puede decirse: si el impuesto es demasiado módico, puede causar un estímulo a la producción; pero si representa una carga pesada, en lugar de estimularla produce desaliento porque se pierde el incentivo para la lucha.

b) "*Impuestos moralizadores*". "A esta clase pertenecen los que gravan el *lujo* o el *consumo de artículos antihigiénicos, peligrosos o corruptores*. El fisco viene a convertirse por ese medio, en un instrumento de la autoridad política o religiosa, para moralizar la sociedad y volver por la corrección de costumbres". (E. Jaramillo, pág. 171).

No parece correcto este sistema, por las siguientes razones:

a) El Estado no está en condiciones de clasificar lo que conviene estimular y lo que debe proibir, redactando así, como dice Sourn, una especie de guía a las conciencias.

b) Si el impuesto se propone acabar con los consumos o con los actos condenables, el fin fiscal no se produce y entonces es mejor buscar otros caminos para lograr el fin propuesto. Ahora bien, si el impuesto no es tan elevado como para tener carácter prohibitivo, el Estado lo que hace es LEGALIZAR tales consumos o actos condenables, lo que constituye una política censurable.

¿Cómo se dividen los impuestos?

Para el mejor estudio del impuesto conviene clasificarlo. Todos los tratadistas realizan esta labor porque la consideran fundamental. En este campo seguiremos la que realiza el Dr. Aurelio Camacho Rueda en sus conferencias de Hacienda Pública.

Los impuestos se clasifican de esta manera:

a) Ordinarios y extraordinarios.

Los primeros son los que se *causan y recaudan permanentemente* y por tal razón se encuentran en los distintos presupuestos. El impuesto sobre la renta, por ejemplo, se encuentra en los presupuestos del año 1.940, 1.950, 1.960, etc. Igual cosa ocurriría con el impuesto de aduana, a los consumos, etc. El impuesto EXTRAORDINARIO es aquél que se establece y recauda para determinada vigencia, para satisfacer una NECESIDAD IMPERIOSA O IMPREVISTA. Ejemplos: La cuota para el restablecimiento del orden público decretada en 1.948; la cuota de rehabilitación y fomento decretada en 1.953.

b) De cuota y de cupo.

Es de cuota el IMPUESTO cuando se establece sin fijar de antemano un determinado producto total. Se establece una tarifa, según los estudios que realice el gobierno, pero no se conoce con precisión la cifra total que producirá el impuesto. EL IMPUESTO DE CUPO es el que tiene en mira un determinado producido. Dice el Doctor E. Jaramillo que en algunos municipios de Antioquia el déficit presupuestal se distribuía entre las personas ricas de la localidad. Se sabía, de antemano, cuánto tenían que recaudar: el monto del déficit presupuestal. Fuera de este antecedente, no se conocen impuestos de esta índole.

c) Generales y especiales.

ES IMPUESTO GENERAL, cuando se establece para ser cubierto por TODOS LOS SUJETOS QUE ESTEN EN CONDICIONES ANALOGAS. Ej.: El impuesto al patrimonio. Es ESPECIAL EL IMPUESTO, cuando apenas debe ser cubierto por determinada clase de personas. Ej.: El impuesto que pagan los Bancos y las Sociedades Anónimas para cubrir los gastos de supervigilancia (Las Superintendencias respectivas). También el pago por las empresas sometidas al Seguro Social.

d) Personales y reales.

Es PERSONAL EL IMPUESTO, cuando se tienen en cuenta para fijar su monto, las CONDICIONES PERSONALES DEL CONTRIBUYENTE. Ej.: El impuesto de asignaciones, que toma en cuenta para fijar la cuantía el *parentesco* y la *cuantía de la herencia*. Es IMPUESTO REAL, el que sólo toma en consideración UNA RIQUEZA, O UNA SITUACION, O UN ACTO ECONOMICO, sin tener en cuenta las condiciones personales del contribuyente. Ej.: los impuestos de consumo y de impuesto predial.

e) Directos e indirectos.

Dice Dalton, que impuesto DIRECTO es aquél que no puede ser trasladado, e impuesto INDIRECTO, aquél que puede serlo. Este criterio, aunque ha venido orientando nuestra jurisprudencia, no es exacto. Más bien puede decirse que confunda la clasificación del impuesto con el fenómeno de la traslación, que estudiaremos oportunamente.

El Dr. E. Jaramillo da la siguiente orientación: IMPUESTO DIRECTO, es el que se establece en virtud de hechos fijos y constantes, como la PERSONA, la PROPIEDAD, la RENTA, etc. y se recauda sobre catastro o listas nominativas. El IMPUESTO INDIRECTO es el que se establece por medio de TARIFAS IMPERSONALES SOBRE CIERTOS HECHOS INTERMITENTES. Ej.: Los impuestos a los consumos y los impuestos a los negocios o transacciones.

El profesor Manuel Morselli, citado por Camacho Rueda, dice al respecto:

"El impuesto puede aplicarse sobre la riqueza:

"1º EN CUANTO ESTA ES SIMPLEMENTE PRODUCIDA O BIEN EXISTE".

"2º EN CUANTO ES DIRIGIDA A UNA DADA FUNCION: UN EMPLEO, UN CONSUMO, ETC.

"En el primer caso se tiene el impuesto directo, el que, por tanto, es el que grava la riqueza independientemente del uso que se haga de ella, o se quiera hacer. Se ha conseguido una renta, existe un patrimonio: el impuesto que los grava, tomándolos de esta simple circunstancia, se llama DIRECTO, porque están directamente sometidos a él por haberse verificado la condición general, que es la manifestación inmediata de la riqueza. Por ejemplo, es directo el impuesto sobre el producto o renta de los edificios. En el segundo caso, tenemos el impuesto indirecto, el cual por eso es el que grava la riqueza, no por la sola circunstancia de existir, sino por haberse verificado algunas de las otras circunstancias que la ley de impuestos ha previsto como una manifestación mediata de ella: consumo, una inversión patrimonial, una sucesión hereditaria, y así por el estilo. Por ejemplo, en un cierto sentido, el impuesto sobre el valor locativo es un impuesto indirecto que grava la renta que una familia consume en el disfrute de una habitación". (Pág. 52 conferencias de Camacho Rueda. Las mayúsculas no son del texto).

El Consejo de Estado, en sentencia del 3 de marzo de 1.942, dijo al respecto:

... El impuesto es directo cuando se percibe mediante listas nominativas de contribuyentes: v. g. el impuesto predial, el impuesto sobre la renta, el impuesto sobre el patrimonio. Además, este impuesto se causa periódicamente y sólo puede cobrarse cuando haya llegado determinado momento. En cambio, el impuesto indirecto, no requiere listas prefijadas de contribuyentes: él se causa todas las veces que se efectúe un hecho o acto que ha sido gravado: v. g. estando gravada la introducción de mercancías al país, el impuesto se causa y debe cobrarse a todo ciudadano que haga una introducción, y todas las veces que la haga. De igual modo, si como en la ocurrencia actual, se grava el hecho de tomar un pasaje en un vehículo de transporte, el tributo se causa tantas veces como se realice el hecho, pero sólo cuando se realice. Y se llama en este caso indirecto el impuesto, porque quien lo sufraga inmediatamente y lo hace ingresar a las arcas públicas, lo traslada a quien se aproveche de las ventajas del acto gravado: es decir, a quien hace el consumo, según el lenguaje de los tratadistas. Así en la

introducción de mercancías, el introductor que paga inmediatamente el gravamen, lo traslada luego a aquél que compra las mercancías, a quien le recarga el precio con el monto del impuesto; en el gravamen al transporte de pasajeros, como ocurre en autos, el transportador que inmediatamente paga el impuesto en la tesorería, lo traslada enseguida a quien aprovecha del transporte, es decir, al pasajero, que toma el pasaje. En consecuencia, es preciso aceptar que el impuesto de que se ha hecho mención, es sin lugar a duda, indirecto.

Fórmula de Foville. Este autor, citado por E. Jaramillo, cree que una fórmula simple orienta al intérprete. En los impuestos directos se emplean los verbos SER O TENER; y en los indirectos, el verbo HACER. Ejemplo: *Ser* propietario, *tener* una renta; *hacer* un consumo *hacer* una importación; *hacer* un negocio, etc.

En los impuestos indirectos el CONTRIBUYENTE no puede solicitar la devolución de los impuestos pagados

Dijo el Consejo de Estado:

“La sentencia de primera instancia, en cuanto niega la petición referente a la devolución de impuestos pagados en virtud de los Acuerdos anulados, está ajustada a la ley y a la jurisprudencia sobre el particular sentada por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, en relación con la devolución de impuestos indirectos. Dijo el Consejo en sentencia de 5 de Julio de 1.940 transcribiendo una doctrina de la Corte, que “si se devolviera a un contribuyente la suma pagada por impuesto indirecto que se ha declarado sin causa por la nulidad de la disposición que lo estableció, habría un caso de enriquecimiento sin causa en favor de dicho contribuyente y en contra de la respectiva entidad de derecho público, sin que los que sufragaron el impuesto, o sean los consumidores, obtuvieran el reembolso de las sumas erogadas” ya que en los impuestos indirectos, el contribuyente no es quien los paga en definitiva sino el consumidor, y aquél tiene en cuenta para fijar el precio de la mercancía el valor del impuesto, que se recarga en contra del consumidor”.

Reparos a la anterior tesis. A simple vista se ve que es absoluta, lo que le resta autoridad. En la mayoría de los casos seguramente ocurre como lo dice la sentencia. Pero no puede desconocerse la ley económica de la OFERTA Y LA DEMANDA, que tiene influencia decisiva en la solución del problema. Todo depende de la clase de demanda que

exista en cada caso. Acerca de los cinco casos de la demanda dice Kenneth E. Boulding, en su “Análisis Económico” (Pág. 127 y ss.):

1º “Una oferta o demanda perfectamente elástica es aquella en que un cambio infinitesimal en el precio produce un cambio infinitamente grande en la cantidad ofrecida o demandada. La elasticidad en este caso es infinita.

2º “Una oferta o demanda relativamente elástica existe cuando un determinado cambio de precio producirá un cambio finito pero más que proporcional, en la cantidad.

3º “La elasticidad igual a uno de la oferta o la demanda se encuentra cuando un determinado cambio en el precio produce una modificación igualmente proporcional en la cantidad.

4º “Una oferta o demanda relativamente inelástica es cuando un determinado cambio en el precio da lugar a una modificación menos que proporcional en la cantidad.

5º “Una oferta o demanda perfectamente inelástica se da cuando un cambio en el precio no produce cambio alguno en la cantidad. La cantidad ofrecida o pedida no responde en absoluto a los cambios del precio”.

El Dr. E. Jaramillo ilustra el caso con el aparte siguiente:

“La norma menos segura para poder apreciar la traslación o incidencia efectiva del impuesto, reside incontestablemente en la ley de la OFERTA Y LA DEMANDA, que regula el precio de las cosas, mediante el movimiento de los cambios. Por el funcionamiento de aquella ley puede saberse EN GENERAL qué individuo, o qué grupo de individuos soportan en definitiva el peso del impuesto. En cada transacción es el comprador o es el vendedor el que cubre el tributo oficial, según que los precios suban o bajen. Si los precios suben, es el comprador el que paga todo o parte del impuesto, según la magnitud del alza; si los precios bajan, le tocará al vendedor cargar con el gravamen, sin poder trasladarlo al comprador. Esto, en TESIS GENERAL, como dejamos dicho, pues la repercusión de un impuesto dado, al través de todas las oscilaciones de los cambios y del movimiento incesante del precio de las cosas, es asunto que escapa a todo cálculo” (Pág. 384).

Este tema será tratado mejor posteriormente.

f) *Proporcionales y graduados.* El primero es aquél en que la cuota o porcentaje es uniforme, sea cual fuere el valor de lo que se grava. Ejemplo: un tributo del 10% sobre todas las rentas, cualquiera que sea la cuantía. El graduado es aquel en que la cuota o porcentaje sube o baja según el monto de lo que se grava, como si se fija el 2% para

las rentas menores de \$ 1.000.00, el 3% para las que excedan de esa suma.

El impuesto graduado puede ser progresivo y regresivo. Es el primero el que contempla un aumento de cuota a medida que se eleva el valor de lo gravado. Ejemplo: 1½% sobre los \$ 1.000.00 hasta \$ 4.000.00; 2% sobre los \$ 1.000.00 hasta 5.000.00; 2½% sobre los \$1.000 hasta 6.000; 3% sobre los \$ 1.000 hasta \$ 7.000. El impuesto es regresivo, en el caso contrario.

Los ejemplos de impuestos regresivos no son muy comunes. No obstante esto, algunos le han dado al impuesto al consumo el carácter de regresivo, porque grava más pesadamente a los pobres que a los ricos. Aquellos consumen toda su renta en artículos de primera necesidad y superfluos y por tanto resulta su renta totalmente gravada, al paso que los ricos, después de gastar lo necesario e invertir en artículos de lujo o suntuarios, les queda un margen de la renta para capitalizar, la cual escapa al impuesto de consumo.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LA IMPOSICION

¿Cuáles son esos principios? Según Isaac López Freyle, son los JUSTICIA, CERTIDUMBRE, COMODIDAD, ECONOMIA, POLITICA FINANCIERA, ECONOMIA PUBLICA, PRUDENCIA POLITICA, JURIDICOS CONSTITUCIONALES, Y JURIDICOS ORDINARIOS.

Estos principios sobre imposición se remontan al siglo XVIII, cuando Adán Smith formuló sus cuatro máximas: JUSTICIA, CERTIDUMBRE, COMODIDAD Y ECONOMIA, principios que más tarde amplió Adolfo Wagner con el fin de acoplarlos a los principios modernos de la economía y a las necesidades del Estado.

PRINCIPIO DE JUSTICIA

Los ciudadanos de cada Estado deben contribuir al sostenimiento del Gobierno de acuerdo con sus respectivas capacidades económicas. La observancia o violación de esta norma se traduce en igualdad o desigualdad en los impuestos. Lo esencial en este caso es que el impuesto sea equitativo, es decir, que coloque a los contribuyentes en un mismo pie de igualdad. Este principio se materializa a través de dos conceptos esenciales: GENERALIDAD Y UNIFORMIDAD en las cargas impositivas con el fin de eliminar los privilegios.

Del principio de justicia se desprende el de la GENERALIDAD.

“El principio de la generalidad del impuesto, anota López Freyle, consiste en que todas las personas están obligadas a sufragar el impuesto de acuerdo con su capacidad contributiva, siempre que se encuentren dentro de las condiciones señaladas por las leyes como determinantes de la causación del tributo.

“La ley siempre tiene en consideración un minimum de la renta que toda persona natural debe dedicar para su sostenimiento personal y el de las personas que por ministerio de la ley civil también está obligado a sostener. Esta cuantía mínima, que en la terminología fiscal se conoce con el nombre de exención personal, se determina teniendo en cuenta las necesidades de las clases pobres de la colectividad (buscar el texto original) y no las de las clases pudientes, pues éstas, a medida que gozan de mayor fortuna, sus gastos aumentan, y porque tomando a las clases ricas como índice de la exención, se desvirtuaría el principio de la generalidad, puesto que serían pocos los que se encontrarían de los eventos previstos por la ley como generadores del impuesto.

“La exención mínima consagrada a favor de toda persona natural es de \$ 2.500.00. Si tal persona es casada y su cónyuge no declara por separado, por no tener patrimonio y renta imponible, la exención conjunta para el cónyuge que declara es de \$ 5.000.00. Mas no quiere decir que cualquier persona, por el hecho de poseer determinado patrimonio y obtener ciertas rentas, siempre que no lleguen al límite señalado por la ley para tener la obligación de formular su declaración de renta y patrimonio, no puede gozar del beneficio de que su exención personal se le conceda al cónyuge que sí está dentro de las condiciones presupuestales por las normas fiscales para ser sujeto de la imposición. Además, al establecer el cómputo de las exenciones personales debe tenerse en cuenta las personas a cargo que el contribuyente está obligado a sostener de acuerdo con la ley civil, es decir, a las personas a quienes les debe alimentos. Por cada una de ellas se concede una exención de \$ 1.000.00”.

¿Quiénes están obligados a pagar impuestos de acuerdo con el principio de GENERALIDAD?

Dice el mismo autor que están obligados a pagar impuestos, de acuerdo con este principio:

“1º Las personas naturales;

"a) Las personas físicas nacionales o extranjeras residentes en la República, serán gravadas tanto sobre su renta territorial como sobre lo que se origine de fuentes fuera de Colombia;

"A los residentes de nacionalidad extranjera sólo se les gravarán las rentas obtenidas en territorio colombiano, si en el Estado del cual son nacionales se les da el mismo tratamiento a los colombianos.

¡ "b) Las personas físicas nacionales o extranjeras sin residencia en la República, sólo serán gravadas sobre las rentas obtenidas dentro del país.

"2º *Las personas jurídicas.* A las personas jurídicas extranjeras se les gravará únicamente sobre su renta territorial, o sea, sobre la que se origina de fuentes dentro del país.

"Sin embargo, las rentas obtenidas por las personas jurídicas nacionales en el exterior, por concepto de dividendos, participaciones, intereses, arrendamientos, son gravables con el impuesto sobre la renta.

"3º *Las sucesiones.* Las sucesiones serán gravadas sobre su renta territorial. Sin embargo, cuando el causante tenga residencia en Colombia en el momento de su muerte, la sucesión será gravada tanto sobre su renta territorial como sobre la que se origina de fuentes fuera de Colombia.

"4º *Las asignaciones o donaciones modales destinadas a fines especiales.*

"5º *Las comunidades ordinarias organizadas.*

"6º *Las sociedades de hecho*".

Del principio de la justicia también se desprende el de la UNIFORMIDAD.

Este principio persigue que todos los contribuyentes sean iguales frente al impuesto. El concepto de igualdad hace relación a LA CAPACIDAD DE PRESTACION DEL CONTRIBUYENTE; no se trata de una igualdad matemática. Debe tenerse en cuenta el factor sacrificio, que sirve para realizar una repartición equitativa. Si tenemos dos rentas, por ejemplo: una originada en el trabajo y otra en el capital, no pueden ser gravadas con cuotas iguales, porque el sacrificio del primero es mucho mayor que el del segundo, para quien la reedición del capital le llega sin esfuerzo alguno de su parte.

Flórez Zavala, citado por López Freyle, después de sentar las anteriores bases continúa:

"Habrà, así, dos criterios para lograr la uniformidad del impuesto. Uno objetivo y otro subjetivo, que combinados dan el índice co-

recto: la capacidad contributiva, como criterio objetivo; la igualdad del sacrificio, como criterio subjetivo; la capacidad contributiva, que depende de la cuantía de las rentas o del capital; la igualdad de sacrificio, que exigirá una distinción de las rentas o del capital por su fuente, por su origen. Estos criterios nos conducen también a la necesidad de la apreciación de la situación personal del sujeto y al sistema de cuotas progresivas, como se explicará oportunamente" (Obra cit. pág. 22 y ss.).

¿Cuáles serían los sistemas adecuados para eliminar las injusticias?

Agrega López Freyle a lo ya dicho:

"Las teorías de la capacidad contributiva, la igualdad del sacrificio, complementada con la del sacrificio mínimo, la discriminación de la renta por su origen, la progresividad de la tarifa, la generalidad del impuesto y la uniformidad del tributo, representan los medios más adecuados para eliminar todo rastro de injusticia, pues los defectos que padecen unos principios se encuentran balanceados por las bondades de los otros, y así se ha conseguido una especie de equilibrio ideal, próximo a la perfección, y que día a día irá mejorando con los aportes que hagan los estudiosos en beneficio de esta ciencia, de acuerdo con las situaciones que se presenten en el futuro, en razón de las transformaciones políticas, sociales, económicas y financieras, de la comunidad y del Estado del porvenir" (Obra cit. pág. 26).

¿En qué consiste el principio de la certeza?

Los impuestos deben ser CIERTOS Y DETERMINADOS. El tiempo en que debe pagarse, la forma en que debe hacerse el pago —en un solo contado o en varios—, la cantidad que debe pagar, el lugar donde debe hacerse el pago, son cosas que debe saber con debida anticipación el contribuyente.

¿En qué consiste el principio de la comodidad?

El impuesto debe exigirlo el Estado en la época más cómoda para el contribuyente. Debe darle, además, las máximas facilidades para el pago. Ej.: el impuesto sobre tierras y casas se exige en el mismo momento que el dueño recibe el pago. El de consumo, en el momento en

que se adquieren los artículos. En otros casos se busca la época de las cosechas; y en el de sucesiones y donaciones, cuando se liquida la herencia.

¿En qué consiste el principio de la economía?

Busca este principio que los ingresos provenientes de impuestos no los absorban los gastos de recaudación. En otras palabras: los impuestos deben recaudarse con la mayor economía, sin caer, como es natural, en el defecto contrario, porque esto traería mayores perjuicios ya que la selección de personal y la buena organización de una oficina, sólo se consigue con asignaciones dignas. Por otra parte, para conseguir una correcta recaudación del impuesto y procurar la limitación del fraude, es indispensable la creación de los cargos indispensables. Este principio, pues, tiende a que el impuesto produzca la máxima utilidad con el menor esfuerzo.

¿Qué clasificación hace Ernesto Zavala?

Isaac López F. dice al respecto:

"Adición necesaria a los principios superiores de la imposición formulados por Adan Smith la constituyen los principios desarrollados por el tratadista alemán Adolfo Wagner, y para tal fin nos vamos a valer del resumen conciso y claro del expositor mexicano Ernesto Flórez Zavala:

"Los principios superiores son nueve, agrupados en cuatro categorías, según los puntos de vista que los determinan:

Primera: *Principios de política financiera.*

- 1º Suficiencia de la imposición.
- 2º Elasticidad de la imposición.

Segunda: *Principios de economía pública.*

1º Elección de buenas fuentes de impuesto: es decir, resolver la cuestión de si debe gravarse sólo la renta o también la fortuna o el capital de los particulares y de la población, y distinguir la cuestión desde el punto de vista de la economía pública y de la economía privada.

2º Elección de las clases de impuestos, teniendo en cuenta los efectos de la imposición y de las diferentes clases de impuestos sobre aquellos que en realidad los pagan, y examen general de lo que se ha llamado la repercusión de los impuestos.

Tercera: *Principios de equidad o de repartición equitativa de los impuestos.*

- 1º Generalidad;
- 2º Uniformidad;

Cuarta: *Principios de administración fiscal o principios de lógica en materia de imposición.*

- 1º Fijeza de la imposición.
- 2º Comodidad de la imposición.
- 3º Tendencia a reducir lo más posible los gastos de recaudación de los impuestos".

¿En qué consiste el principio de la política financiera?

Según este principio, deben determinarse los gravámenes según las necesidades que haya que cubrir. De este principio se desprende el de la "*suficiencia de la imposición*" que consiste en que los impuestos deben poder cubrir las necesidades financieras de un período fiscal determinado, en la medida que por otros medios no pueda realizarse.

También se desprende el principio de la "*elasticidad del impuesto*" o de la "*movilidad del mismo*", según el cual, los impuestos deben ser adaptados a las variaciones de las necesidades financieras. En conclusión, en un sistema tributario deben existir uno o varios impuestos que, con un simple cambio de tarifa, produzca recursos necesarios en caso de crisis o situaciones imprevistas. Los que mejor responden, según López Freyle, son los impuestos a las *herencias, legados y donaciones*; el impuesto sobre la *renta*; y sobre algunos consumos como de *alcohol, tabaco, gasolina, etc.*

¿En qué consiste el principio de la Economía Pública?

Al respecto dice López Freyle, ya citado:

"Wagner, señala 3 fuentes del impuesto: la *renta*, el *capital* y los *medios de consumo*, y dice que para escoger entre estas fuentes debe

tenerse en cuenta el punto de vista crítico de la economía privada y de la pública, sobre todo en lo relativo al impuesto sobre el capital; después de las consideraciones puramente financieras y las consideraciones de política social en materia de imposición, y, por último, el fin que se pretende por el empleo del producto del impuesto.

“La fuente normal del impuesto es la renta nacional, que es el monto de bienes y riquezas que está a disposición de un pueblo durante un período determinado (un año), que puede ser enteramente consumido en este período sin que el capital nacional preexistente sea disminuído. El capital nacional es un conjunto de bienes o riquezas de un país, que en un monto determinado se dedica a producir bienes futuros.

✓ “El capital nacional no debe ser gravado en forma permanente; sólo en ciertos casos excepcionales; porque su disminución provocaría desastres económicos y la disminución de la población, por la función del capital en la economía pública, especialmente en el proceso de la producción. Pero debe distinguirse la imposición del capital nacional de la del capital individual, que sí se justifica. Sin embargo, la fuente principal del impuesto en la economía individual es la renta individual”.

¿En qué consiste el principio de la equidad o repartición equitativa del impuesto?

Dentro de este principio catalogamos la siguiente cualidad del impuesto. LA GENERALIDAD. Pero este término no indica, tampoco, que todos los habitantes de un Estado tengan que pagar impuestos. Hay casos en que es preciso establecer exenciones de impuestos, en forma general, o de ciertos impuestos, a favor de personas pobres, que viven de la renta del trabajo.

Sobre la cualidad de la UNIFORMIDAD, dice López Freyle:

La uniformidad se entiende en el sentido de que el impuesto debe ser, en lo posible proporcionado a la capacidad de prestación económica, la cual crece según una progresión más rápida que la renta. Por esta razón puede admitirse: el principio del impuesto progresivo, la imposición de la renta fundada más fuertemente que la proveniente del trabajo, los impuestos suntuarios como complementarios o impuestos sobre la fortuna, sobre todo los considerados como formas super-imposición de las rentas, imposición de las ganancias provenientes de he-

chos accidentales, no ganados económicamente por las personas interesadas, los impuestos reales sobre la fortuna o el capital, etc. La justificación de estos principios no debe buscarse en la ciencia de las finanzas, sino en la parte de la economía nacional o social que le sirve de fundamento” (Obra cit. pág. 43).

¿En qué consiste el principio de la administración fiscal o principio de la lógica en materia de imposición?

Acerca de este principio dice el autor mencionado —López Freyle:

“Estos principios de fijeza, comodidad y tendencia a reducir los costos, son verdaderos axiomas que no necesitan demostración. Su aplicación depende de la elección de las calces de impuestos y de la estructura del régimen financiero.

“La fijeza tendrá mayor efectividad si se siguen las siguientes reglas:

“1ª La mayor preparación profesional y moral de los encargados de la determinación de los impuestos.

“2ª La simplicidad del sistema de impuestos y de su organización.

“3ª Dar la indicación exacta y precisa de la fecha y lugar del pago del monto de la suma debida y de las especies liberatorias admitidas.

“4ª Emplear en las leyes y reglamentos un lenguaje claro, simple y accesible a todos, aun cuando no siempre será posible por las complicaciones que entrañan los impuestos modernos.

“5ª El rigor jurídico y la precisión, que excluyen la discusión y las controversias, son una necesidad de las leyes, pero a veces su realización es difícil.

“6ª Al lado de las leyes deben expedirse circulares y disposiciones que, citando ejemplos, y en la mejor forma posible, aclaren no sólo para los órganos de la administración, sino para el público en general los principios establecidos en la ley.

“7ª Las disposiciones relativas a penas, defensa y ciertos principios fundamentales, deben hacerse imprimir en las formas oficiales para notificaciones o para el control del impuesto.

“8ª Debe utilizarse la prensa para dar a conocer las leyes nuevas.

“La comodidad no sólo beneficia al causante sino también al fisco porque incrementa los ingresos. Para realizar este principio se debe establecer que el pago se haga en la moneda de curso legal; que el lugar

de pagos sea, por regla general y cuando sea posible, el domicilio del causante; la época de pago debe ser la que resulte más ventajosa para los contribuyentes, debiendo darse plazos cuando los impuestos sean muy altos, los procedimientos de control y percepción deben ser los menos molestos posible.

"La *reducción del costo* es un problema de técnica administrativa y depende de las condiciones de vida de la población del Estado, de la economía y de las clases de impuestos". (Pág. 44).

¿En qué consiste el principio de la prudencia política?

El gobierno no debe establecer un impuesto nuevo aunque reúna todos los requisitos atribuidos por la ciencia, si estima que en ese momento es inconveniente. El gobierno debe evitar a toda costa las perturbaciones políticas y sociales que puedan sobrevenir por causa de los impuestos. La historia es rica en casos de esta naturaleza: los sangrientos sucesos en Rusia, en tiempo de Pedro el Grande y Catalina II; la revolución Francesa; el Cisma de la Tribu de Israel; las revoluciones inglesas contra Juan Sin Tierra, Carlos I y Jacobo II y la Revolución de los Comuneros en Colombia.

El impuesto puede no ser aconsejable, en un momento dado, para no darle apoyo a demagogos que pueden levantar esa bandera ocasionando conmociones sociales. O puede no ser aconsejable porque en un momento cualquiera pueda causar desaliento en los negocios, o en determinado tipo de sociedad, o en una actividad económica cualquiera. Ejemplo: Una presión excesiva sobre las sociedades anónimas conduciría a dos efectos: a la disolución de las existentes y a que en el futuro no se formen sociedades de esa especie.

¿Cuáles son los principios jurídicos que deben tenerse en cuenta en esta materia?

Los constituyen las normas positivas existentes en una nación dada. Esas normas deben expedirlas, en los países de orientación democrática, las Cámaras. En Colombia, la función de crear impuestos corresponde a la Cámara baja, porque se considera como la auténtica delegataria de la voluntad popular. El pueblo mismo, por intermedio de sus representantes, decreta los impuestos y autoriza a los gastos. No existe, pues, hoy día la distancia que existía en otras épocas entre el gobierno y los gobernados.

Los principios jurídicos se dividen en dos: Principios **CONSTITUCIONALES**, emanados directamente de la Constitución Nacional;

Principios jurídicos ordinarios compuestos por leyes ordinarias que estructuran y organizan la actividad tributaria del Estado.

¿Qué principios constitucionales es preciso estudiar en esta materia?

Dice el artículo 43 de la Constitución:

"En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones" (art. 6º A. L. 3 de 1.910).

Este artículo prohíbe al Presidente, a los Gobernadores y a los Alcaldes, decretar impuestos, cuando el país se encuentra en paz. En la misma forma establece la obligación de pagar impuestos a las personas naturales y jurídicas —nacionales y extranjeras— que se encuentren sometidas a la soberanía del Estado.

El ordinal 1º del artículo 8º de la Constitución Nacional dispone que "LAS LEYES SOBRE CONTRIBUCIONES" deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes. La razón de esta norma es clara: esta Cámara se considera más popular; es la manifestación auténtica del pueblo. Esta norma como dice López Freyle, consagra tácitamente que el Estado es el único que goza de **SOBERANÍA FINANCIERA** puesto que los tributos se pueden establecer **MEDIANTE LEYES QUE TENGAN SU ORIGEN EN LA CAMARA DE REPRESENTANTES**, con lo cual se afirma que los Departamentos y Municipios gozan apenas de una soberanía financiera **DELEGADA**". Para que estas últimas entidades puedan establecer los impuestos, el Estado ha tenido que haberlos creado antes y habérselos cedido o haberlas autorizado para que los crearan. (Pág. 50).

El artículo 204 de la Constitución Nacional dice:

Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento".

Isaac López Freyle comenta el anterior principio de la manera siguiente:

“Las razones de orden práctico que existen para que los impuestos indirectos empiecen a cobrarse seis meses después de promulgada la ley que establece el impuesto o su aumento, son las de evitar los perjuicios que puedan causarse a los comerciantes, pues los nuevos gravámenes disminuyen el consumo y lógicamente afectan el costo de las mercancías, y de ahí que se les dé un tiempo prudencial para que puedan establecerse el equilibrio y sanear sus cálculos comerciales en relación con las mercancías afectadas con los nuevos tributos”. (Pág. 50).

El artículo 206 de la Constitución Nacional dice:

“En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuesto que no figure en el Presupuesto de rentas, ni hacer erogaciones del Tesoro que no se halle incluida en el de gastos”.

El 20 de Abril de 1.930, comentó el anterior principio la H. Corte Suprema de Justicia:

“Una vez creada una renta por una ley debe incluirse en el presupuesto a fin de hacerla cobrable, conforme a ese precepto constitucional, pero esto no quiere decir que para establecer un impuesto o contribución haya de figurar antes en el presupuesto, porque ese establecimiento es necesariamente anterior a la inclusión del impuesto o renta en dicho presupuesto”.

Consagra la Constitución la fuerza restrictiva del presupuesto. En otros términos: “El gobierno no puede recaudar contribución o impuesto que no figure en el presupuesto. Tampoco puede autorizar gastos que no reunan el mismo requisito”.

La ley crea el impuesto, en forma abstracta; la obligación de pagarlo “nace de su inclusión en el presupuesto, porque tal inclusión constituye el título de la relación jurídica que debe trabarse entre el Estado y los contribuyentes para la determinación del crédito fiscal a favor del Estado. Es el acto-condición que debe preceder a la función administrativa de liquidación. Sin este acto-condición, el Estado queda desamparado y carece de facultad, aun en tiempo de guerra, para liquidar el gravamen, por expreso mandato de la Constitución”.

¿En qué consisten los principios jurídicos ordinarios?

Por medio de leyes ordinarias se objetiviza toda la estructura jurídica del sistema institucional. Ejs.: la legislación que regula el impuesto sobre la Renta y sus complementarios; la legislación sobre el impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; la legislación sobre el impuesto de Aduanas, etc. En todos los casos, la legislación estudia lo referente al

sujeto activo y pasivo, objeto del gravamen, cuantía de él, forma de liquidarlo, sanciones que se causan, manera de recaudarlo, acciones que se pueden establecer para hacer efectivo el crédito fiscal, forma en que pueden ejercer los derechos los contribuyentes, etc.

Los decretos reglamentarios determinan el *modus operandi* de la ley a fin de hacer más fácil su aplicación. La jurisprudencia y las circulares de las oficinas encargadas de orientar el fenómeno de la imposición hacen más claras las situaciones, principalmente cuando se trata de casos concretos.

En Colombia, la entidad rectora del impuesto es la Dirección de Impuestos Nacionales. Por tal razón, esta oficina reparte instrucciones con el fin de obtener una liquidación correcta y una buena interpretación de las leyes y decretos.

ELEMENTOS DE LA RELACION JURIDICA DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA

¿En que consiste la teoría de la obligación tributaria?

“La teoría general de la obligación tributaria, anota López Freyle, nos aporta todos los elementos constitutivos de la relación jurídico-tributaria, que interviene desde su nacimiento hasta su extinción, pasando por las diversas fases de su desarrollo, tanto de carácter substancial como formal y procesal”.

El primer elemento que surge de toda relación jurídica es el sujeto. En este caso es de dos clases: ACTIVO Y PASIVO.

¿Quién es el sujeto activo en la relación jurídica-tributaria?

En el derecho tributario colombiano, al igual que en muchas naciones, existe un solo sujeto activo revestido de soberanía financiera, o sea el Estado. Mario Pugliese, citado por López F., dice que “solamente el Estado ejerce su soberanía financiera; suele ser investido por otros órganos, pues, la soberanía financiera no es sino un aspecto, de los más importantes, del poder de imperio originario que tiene el Estado en la manifestación de sus funciones dirigidas hacia el logro de las finalidades nacionales y la tutela de los intereses colectivos e individuales”. (Pág. 60).

En Colombia existen también sujetos activos de la obligación tributaria con soberanía financiera delegada, como son los Departamentos y

los Municipios. En esta forma el Estado provee a las necesidades de estas entidades. Respecto de este punto dice el mismo López F.:

"A este respecto es oportuno recoger lo que dice el mismo Pugliese, quien sostiene que se puede reservar a tales entidades una parte de los ingresos, de los tributos fiscales, lo que corresponde, sustancialmente, la atribución de una cantidad proporcionada a la renta nacional o local de impuestos dados (en el primer caso repartición de la cuota por atribuir a los órganos locales puede también efectuarse según el criterio de la población, de la extensión de la jurisdicción territorial, etc). Es evidente que en esta hipótesis no se forma ninguna relación jurídica entre el ciudadano y el órgano menor, y por consecuencia no nace ninguna obligación tributaria distinta de la que —única y unitaria— nace hacia el Estado.

"Por otra parte, puede concederse a los órganos menores la facultad de imponer adicionales a los tributos cobrados por el Estado.

"En esta hipótesis, aun cuando permanezca la unicidad de la obligación tributaria global del contribuyente, por no poder el adicional, por su misma naturaleza, dar vida a las relaciones autónomas de derecho tributario material, la obligación ya no puede ser unitaria. Pueden distinguirse en ella dos distintos vínculos obligatorios, aún —estrictamente ligados— que, desde el punto de vista pasivo, dependen de un mismo sujeto, y desde el punto de vista activo, de dos o más sujetos distintos (Estado, Departamentos y Municipios), cada uno de los cuales manifiesta en el proceso, formativo de la obligación tributaria global una actividad separada y autónoma.

"En tercer lugar, puede el Estado conceder u obligar a los órganos menores a cobrar directamente tributos —entre los límites y en las formas establecidas por la ley— en la esfera de su circunscripción territorial, o en la esfera de los que pertenecen a una categoría económica dada o a una fe religiosa. En este caso nacen relaciones jurídicas formal y materialmente autónomas entre el órgano y el sujeto pasivo de la imposición; esta autonomía se pone de relieve en todas las fases del proceso formativo de la obligación tributaria (indicación de los presupuestos objetivos y subjetivos para el nacimiento de la obligación, accertamiento, jurisdicción, ejecución forzosa)". (Págs. 81 y 82).

Dice el profesor Flórez Zavala, que el sujeto activo tiene dos obligaciones:

1ª El cobro de la prestación tributaria. No se trata de un derecho, porque entonces tendrá poder potestativo de cobrar o no. Establecido

por la ley un impuesto, el Estado tiene qué percibirlo; si no lo exige, está concediendo arbitrariamente una exención.

2ª La obligación secundaria de determinar el crédito fiscal para hacer posible su percepción, o controlar el cumplimiento de la obligación tributaria para evitar posibles invasiones.

¿Quién es el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria?

Es la persona señalada por la ley para pagar el impuesto, es decir, el sujeto jurídico o de "jure".

Capacidad del sujeto pasivo en el derecho tributario.

Coviello, citado por López Freyle, dice al respecto: "La capacidad jurídica se distingue en capacidad de derechos propiamente dicha, y capacidad de obrar. Aquella consiste en la capacidad de ser sujeto de derecho y obligaciones; ésta en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos, en asumir por sí las obligaciones. La primera presupone sólo las condiciones naturales de existencia; la segunda, la capacidad de querer; por eso todos los hombres están dotados de la capacidad de derechos en tanto que la capacidad de obrar tienenla sólo aquellos que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas".

"En el Derecho Tributario Colombiano para ser sujeto pasivo sólo se tienen en cuenta las situaciones objetivas de una relación patrimonial, sin consideración a que tal sujeto tenga o no capacidad para obrar.

"Acaecido el evento generador que da nacimiento al crédito fiscal, se traba la relación obligatoria tributaria, sin que el sujeto activo tenga la necesidad de analizar si los hechos determinantes del adeudo tributario se ajusten o no a derecho. Solamente toma en consideración la situación material, es decir, los elementos objetivos, pues si la administración entrara a examinar el origen y la legalidad de los negocios de los contribuyentes, sería demasiado dispendioso el acto de liquidar el impuesto correspondiente y carecería de la certeza necesaria para saber cuál será el monto de sus ingresos en relación con cada contribuyente. Por tanto, sólo basta la manifestación material de las relaciones económicas para que se cause el impuesto, sin tener en cuenta las situaciones objetivas, pues, aunque importante, su análisis corresponde a la esfera del derecho privado". (Págs. 94 y ss.).

¿Cuáles son las principales causas que modifican la capacidad tributaria?

Son el sexo, la edad, el estado civil, la naturaleza legal de la sociedad, la religión, la nacionalidad, la ocupación, arte, oficio o profesión, el domicilio, etc.

1. **EL SEXO.** La mujer, no es sujeto pasivo de los impuestos de soltería y servicio militar.

Lo primero que exige la ley en estos tributos es que el contribuyente sea varón. Las mujeres no están sujetas al servicio militar y, aunque tenga hoy día los mismos derechos y obligaciones que los varones, la iniciativa en el amor está a cargo del hombre. El impuesto de soltería fue suprimido en Colombia, hace muchos años.

2. **LA EDAD.** La edad determina cierta capacidad para ser sujeto de determinados impuestos o para gozar de ciertas exenciones. Para ser sujeto del impuesto de soltería, además, de ser varón la ley exige ser **CELIBE**, por causas distintas al estado religioso, y tener, el 31 de diciembre del correspondiente ejercicio fiscal, **MÁS DE TREINTA Y CINCO AÑOS**. Igual cosa ocurre con el impuesto militar. Se adquiere la capacidad de sujeto pasivo al llegar a determinada edad.

3. **EL ESTADO CIVIL.** Modifica también la capacidad del sujeto pasivo de la obligación tributaria, pues si se es célibe, ya se tiene una de las condiciones indispensables para soportar el impuesto de soltería. También influye el estado civil en las exenciones personales, dentro del impuesto sobre la renta. Si el contribuyente es casado puede gozar de una exención de \$ 2.500.00 y su cónyuge por otra de igual suma.

4. **NATURALEZA LEGAL DE LA SOCIEDAD.** Las personas morales, como las naturales, poseen cualidades que modifican su capacidad como sujetos pasivos de la obligación tributaria.

Dentro de la legislación se encuentran personas morales nacionales y personas morales extranjeras. "Estas no pagan los tributos que conciernen únicamente a las personas morales nacionales, pero están sujetas a pagar otros tributos especiales".

Las oficinas de hacienda liquidan como sociedades de capital a las sociedades de personas extranjeras, cuando sus socios no declaran la

renta en Colombia, con el fin de que las participaciones de éstos no se queden sin gravar.

5. **LA RELIGION.** Influye también en la capacidad del sujeto pasivo de la obligación tributaria. Los varones que entran al estado religioso, por razón del voto de castidad, no pueden contraer matrimonio. Esta circunstancia impide que se les pueda cobrar el **IMPUESTO DE SOLTERIA**.

Las corporaciones religiosas, por ser esencialmente espirituales y no perseguir fines de lucro, están exentas de toda clase de tributos. Los miembros del Clero, en Colombia están exentos de pagar el impuesto sobre la renta por razón de los ingresos obtenidos por concepto de emolumentos eclesiásticos destinados al culto en la religión católica.

6. **LA NACIONALIDAD.** La nacionalidad es una de las cualidades más importantes que modifican la capacidad del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

En principio, la obligación de pagar impuestos es igual para nacionales y extranjeros. Pero existen impuestos que afectan a los primeros y no a los segundos y viceversa. Ej.: En Colombia sólo son sujetos pasivos del impuesto de ausentismo los colombianos que permanezcan más de seis meses continuos o discontinuos en el exterior, siempre que no se encuentren en misión diplomática ni cursando estudios universitarios. También, sólo son sujetos del impuesto de soltería los nacionales colombianos, varones mayores de 35 años, que hayan permanecido célibes por razón distinta a su estado religioso.

Existe el impuesto de migración, que apenas afecta a los extranjeros.

7. **LA OCUPACION, ARTE, OFICIO O PROFESION.** Estos factores también modifican la capacidad tributaria del sujeto pasivo. Las rentas de capital, las de trabajo y las mixtas están sometidas a tratamiento fiscal diferente, pues se gravan más pesadamente las primeras. Ocurre otro tanto cuando se decretan exenciones a favor de determinadas personas morales que se empeñan en impulsar una industria determinada. Esto, naturalmente, modifica su capacidad tributaria.

Estos factores también determinan **LA ACTIVIDAD NORMAL DEL CONTRIBUYENTE, LA FUENTE DE DONDE OBTIENE EN FORMA HABITUAL SU RENTA**. Es factor importante para establecer si tal actividad es o no gravable, o si debe considerarse como ganancia ocasional, no sujeta a impuesto.

8. *EL DOMICILIO*. Dice el profesor Flórez Z. que el domicilio es uno de los elementos más importantes del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

"Para efectos fiscales, en Colombia existen las siguientes reglas relativas a la determinación de la residencia y el domicilio a saber:

"Las personas naturales, nacionales o extranjeras, residentes en la República, y las sucesiones de causantes con residencia en el país, en el momento de su muerte, serán gravados tanto sobre la renta territorial como sobre la que se origine de fuentes fuera de Colombia.

"Cuando estos contribuyentes no tengan residencia en la República, sólo serán gravados sobre las rentas obtenidas dentro del país.

"A los residentes de nacionalidad extranjera sólo se les gravará las rentas obtenidas en territorio colombiano, si en el Estado del cual son nacionales se les da el mismo tratamiento a los colombianos.

"La residencia consiste en la permanencia continua en el país por más de seis meses en el año gravable, o que se completen dentro de éste; lo mismo que la permanencia discontinua por más de seis meses en el período fiscal.

"Se consideran residentes los colombianos que conserven la familia o el asiento principal de sus negocios en Colombia, aun cuando permanezcan en el exterior.

"A las personas jurídicas nacionales o extranjeras se les gravará únicamente sobre su renta territorial, o sea, sobre la que se origine de fuentes dentro del país.

"Sin embargo, las rentas obtenidas por personas jurídicas nacionales en el exterior, por concepto de dividendos, participaciones, intereses y arrendamientos, son gravables con el impuesto sobre la renta.

"El domicilio de las personas naturales o jurídicas dentro del territorio de la República se establecerá de acuerdo con las normas del Código Civil. En caso de duda, o cuando una persona tuviere varios, el domicilio será el lugar del asiento principal de sus negocios" (López Freyle, pág. 108).

9. *OTRAS CAUSAS VARIAS*. La enfermedad, la prodigalidad, y los estados anormales, señalados por el C. C., como causales de incapacidad pueden modificar la capacidad tributaria del sujeto pasivo. Ej.: Un demente no está en condiciones de contraer matrimonio. Entonces, aunque tenga más de 35 años, no debe ser sujeto pasivo del impuesto de soltería.

¿Cómo responde el sujeto pasivo de la obligación tributaria? ✓

La responsabilidad directa del crédito fiscal la tiene el sujeto de derecho, o sea el contribuyente de jure. El sucesor del contribuyente se equipara al contribuyente; en otros términos: es el mismo contribuyente.

Los terceros pueden convertirse en deudores por alguna de las siguientes circunstancias:

1º Por voluntad del tercero;

2º Por disposición de la ley, con el objeto de controlar el recaudo del impuesto;

3º Por el incumplimiento de alguna obligación legal.

En la sucesión por causa de muerte y en las donaciones entre vivos, los **HEREDEROS Y DONATARIOS** son solidariamente responsables del crédito fiscal. Cuando hay transformación o fusión de sociedades y la nueva se hace cargo de las obligaciones de la sociedad anterior ocurre el mismo fenómeno. Algo parecido ocurre con el deudor sustituto, o sea el que al hacer un pago está obligado a retener un impuesto. Si el principal no paga, paga el sustituto. Y agrega a lo ya dicho, que es un verdadero extracto, López F.:

"Normalmente el deudor, y responsable del crédito fiscal se confunde con el sujeto pasivo, es decir, con el contribuyente, sea persona natural o jurídica. En el caso de contribuyentes sin personería jurídica, y con el objeto de garantizar el pago del impuesto en forma más adecuada y efectiva, se señalan las personas que deben cumplir con las obligaciones fiscales por aquellos contribuyentes y se establece la responsabilidad directa para los albaceas con administración de bienes, para el curador de la herencia yacente, para los administradores privados o judiciales de comunidades y para los donatarios y asignatarios de las donaciones o asignaciones modales; igualmente se regula la responsabilidad solidaria para los herederos a quienes corresponde la administración de los bienes, para los socios de las sociedades de hecho y para los comuneros de las comunidades ordinarias organizadas. Este artículo es nuevo y se hace necesario para evitar que los derechos del Estado queden desamparados ante la ausencia de una persona que se responsabilice de las obligaciones fiscales". (Pág. 112).

¿Cuál es el objeto de la obligación tributaria?

Es la situación indicada por la ley como generadora del impuesto, es decir, los HECHOS O ACTOS. Ejemplos: el hecho de tener una renta, un patrimonio, hacer un consumo, efectuar una transacción, etc.

Lleiner, citado por López Freyle, dice que "el objeto del impuesto estriba más bien en las circunstancias en virtud de las cuales una persona se ve obligada a pagar un determinado tributo".

¿Cuál es la causa de la obligación tributaria?

Griziotti, citado por el mismo López F., sostiene que la causa del impuesto, o sea el FUNDAMENTO JURIDICO y último de la obligación de los ciudadanos de pagar el impuesto, se encuentra en los servicios y bienes capaces de dar satisfacción a las necesidades públicas, o sea, de manera más amplia en las ventajas que el contribuyente obtiene, por pertenecer a la colectividad, directa o indirectamente, por medio de los servicios públicos, o de los beneficios que recibe de la vida social.

Agrega López Freyle:

"Nosotros en Colombia seguimos una doctrina propia, diferente de la alemana y la francesa, pero notoriamente alimentada por el caudal de sus enseñanzas. La doctrina colombiana puede exponerse así: EL HECHO FISCAL ES UN ACAECER, PROBAR O TENER SUJETO A EXACCION. EL ACAECER ES SIEMPRE UN HECHO MATERIAL, COMO EL PASO DE LAS FRONTERAS EN EL IMPUESTO DE ADUANAS; EL MORIR EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES; EL PRODUCIR MERCANCIAS COMO EN EL IMPUESTO DE CONSUMO, etc. El probar es la habilitación de los documentos, como el estampillaje, la boleta de registro, la inscripción, etc. Por último, el tener es el gravamen de nuestro patrimonio, ya como el impuesto.

"La determinación del hecho fiscal interesa primordialmente al contribuyente, pues su fecha es el principio de la prescripción del tributo. También importa el conocimiento del hecho fiscal al fisco, para determinar los derechos adquiridos de la hacienda pública. Por consiguiente, si se suprime un tributo, no quedan exonerados los deudores, por el hecho de que no se haya liquidado el gravamen, puesto que la acreencia estatal no tiene por origen la operación administrativa de

liquidación sino el hecho gravado de la exacción" (mayúsculas no son del texto).

"Lo anterior demuestra que el régimen jurídico del hecho fiscal tiene un ámbito diferente del administrativo relacionado con la operación de liquidación y cobro del gravamen".

"Esta determinación administrativa de la acreencia tiene importancia en lo tocante a los alcances deducidos contra los recaudadores por el debido cobrar que no se ha cobrado, pues el debido cobrar no es el surgido del hecho generador del tributo sino el que nace con su liquidación a cargo del contribuyente".

"Por otro lado, existe un régimen de prescripción que se aplica al hecho fiscal o generador del tributo, y un régimen de caducidad, que cobija exclusivamente a la administración en su facultad de revisar las liquidaciones equivocadas. Estos términos son mucho más cortos y se rigen por leyes especiales o por la Ley general -53 de 1.909" (ob. cit., pág. 117 y ss.).

¿Cuál es la fuente de la obligación tributaria?

De acuerdo con el artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones —algunas— nacen de la ley, vale decir que en Colombia pueden presentarse varios casos, a saber:

1. Puede nacer de la ley propiamente dicha;
2. Puede nacer de Decretos extraordinarios;
3. Puede nacer de Decretos legislativos.

De acuerdo con el concepto de la H. Corte Suprema de Justicia, cuando el Presidente dicta Decretos-Leyes es como si el propio Congreso actuara en persona.

Cuando el gobierno obra en forma extraordinaria en virtud del art. 121 de la Constitución Nacional, puede crear impuestos, pero en forma temporal. Al levantarse el estado de sitio caen automáticamente todos los decretos dictados para esa emergencia.

EXTINCION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA

¿Qué reglas se siguen en lo referente a la extinción de la obligación tributaria?

Esta obligación, salvo las modalidades especiales derivadas de su misma naturaleza, no difiere de las obligaciones civiles. En consecuencia, en su extinción, obran reglas similares a las que operan en materia civil. Se pueden extinguir, pues, por PAGO DE LA DEUDA, NOVACION, REMISION, COMPENSACION, CONFUSION, PERDIDA DE LA COSA DEBIDA, etc. Someramente se estudiará cada caso.

1. *Pago de la deuda.* El pago viene a ser la prestación exacta del monto de la deuda y disuelve el vínculo jurídico.

El pago de la obligación fiscal debe hacerse en moneda colombiana. Sólo existe una excepción, consagrada por el art. 2º del Decreto 653 de 1.953. Las compañías privadas de energía eléctrica de servicio público que operan en Colombia podrán pagar el impuesto sobre la renta por medio de libranzas que individualmente serán emitidas cada una a veinte años de plazo.

Respecto a la imputación del pago, se siguen las reglas generales de la ley civil, salvo las normas especiales del derecho tributario. El párrafo 1º del art. 4º del Decreto 4074 de 1.949, dispone que los pagos parciales que haga el contribuyente se imputarán año por año a las deudas más antiguas, primero a intereses y luego a sanción por moratoria, y después a capital.

El pago del impuesto debe hacerse en el domicilio del contribuyente, pero puede hacerse en cualquier oficina de Hacienda del país, porque no hay norma que lo prohíba.

El contribuyente debe ser ejecutado en el lugar de la oficina liquidadora. Si el pago lo hace un tercero, se opera una subrogación legal. La conveniencia no puede existir en la obligación tributaria. El pago del crédito fiscal sólo se prueba con el recibo de caja.

2. *Novación.* En la novación la obligación fiscal se transforma en otra, que sustituye a la primera. Se extingue la primera pero nace otra. Esta manera de extinguir las obligaciones no opera en Colombia para la obligación fiscal.

3. *La remisión de la deuda.* En este caso el acreedor puede decir que renuncia al crédito.

De acuerdo con el autor mencionado, en Colombia se dan casos que pueden asimilarse a remisión de la deuda. Cuando se exonera de

pagar intereses moratorios a las sucesiones líquidas que hasta determinada época hayan cancelado el impuesto sobre la masa global hereditaria y asignaciones. Los reajustes que esporádicamente otorga el gobierno a los contribuyentes que no hubieren presentado declaración de renta o que por cualquier motivo hubieren ocultado bienes en años anteriores.

4. *La compensación.* Mediante este fenómeno se computan los créditos mutuos entre las mismas personas, con el fin de extinguir ambas obligaciones, en todo o en parte.

En principio no puede efectuarse compensación entre el Estado y los contribuyentes. Así lo sostiene Hernando Carrizosa Pardo en su obra sobre Derecho civil. Pero López Freyle presenta una situación excepcional:

“Sin embargo, examinemos lo que estatuye el art. 5º del Decreto Legislativo Nº 2168 de 1.951, que a la letra dice: Las sumas que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ordene devolver por concepto de impuesto sobre la renta y sus adicionales, podrán abonarse a liquidaciones de esta misma clase, mediante solicitud de parte y una vez que la orden de devolución haya sido refrendada por la Contraloría General de la República.

“Si el gravamen asignado al contribuyente se efectúa con recargos moratorios, el abono se imputará primero a intereses, y el saldo a capital”.

“Del tenor literal de esta disposición se desprende la existencia de tres requisitos para que pueda operarse la compensación, a saber:

“1º Que haya orden de devolución. La orden de devolución puede obedecer a pago en exceso de los impuestos liquidados o a rebajas de los impuestos por haberse liquidado en mayor cuantía en virtud de algún error de hecho o de derecho. La orden de devolución constituye por parte del Estado un reconocimiento expreso de su condición de deudor y determina a favor del contribuyente su derecho a recibir el pago.

“2º Que las deudas compensadas sean de la misma clase. En obligaciones fiscales, para que las deudas sean de la misma clase, sólo puede acontecer que el contribuyente pague impuesto en exceso por un año gravable dado, ya sea porque hiciera un pago superior al impuesto liquidado, o porque por razón de una reclamación se hubiere demostrado que se liquidó una suma superior a la que le correspondía de acuerdo con su capacidad tributaria.

"3º Que la devolución haya sido refrendada por la Contraloría General de la República". (Obra cit., pág. 125).

5. *La confusión.* Se produce cuando en una misma persona coexisten la calidad de acreedor y deudor. Se extingue la obligación porque nadie puede hacer valer un derecho contra sí mismo.

En la obligación fiscal podría darse este caso, afirma el autor citado, cuando el Estado hereda a su contribuyente y le sucede, en consecuencia, en todos sus derechos y obligaciones. Al reunir el fisco la calidad de deudor y acreedor se produce la confusión.

6. *La pérdida de la cosa debida.* Se extingue la obligación por este motivo, ya que existe una verdadera imposibilidad de cumplir. Este modo de extinguir obligaciones sólo opera cuando el objeto de la obligación es una cosa determinada. Quiere decir esto que como el objeto de la obligación tributaria es una cantidad de dinero, no se presenta esta manera de extinguir las obligaciones, porque se trata de obligaciones de género;

7. *La declaración de nulidad y rescisión.* Este modo de extinguir obligaciones se refiere a las que nacen de actos y contratos, y la obligación tributaria nace de la ley.

8. *La condición resolutoria.* La obligación fiscal es pura y simple, y por tanto su extinción no está sometida a condición resolutoria.

9. *La prescripción y caducidad.* El fundamento de la extinción también se encuentra en la omisión del acreedor a hacer uso de la correspondiente acción durante el período de tiempo previsto por la ley.

La legislación tributaria no consagra normas especiales sobre la prescripción de la obligación fiscal. Por consiguiente, se aplican las comunes del Código Civil.

Es muy importante saber desde cuándo empieza a contarse la prescripción. ¿Será desde el momento de la liquidación? ¿Será desde un momento anterior?

La situación es clara. La liquidación no hace más que declarar la existencia de la obligación. Es preciso ir más allá a buscar el hecho, el acto o la circunstancia que hizo nacer la obligación tributaria. No obstante lo anterior es preciso distinguir dos casos:

- a) Cuando se ha practicado liquidación del impuesto; y
- b) Cuando no se ha operado liquidación.

En el primer caso debe contarse la prescripción desde la fecha en que el impuesto se hizo exigible. En el segundo caso la situación es más

compleja, por no existir una liquidación que sirva de base o punto de partida. La prescripción deberá contarse desde el ejercicio fiscal en que el hecho presupuestado por la ley se realizó.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2 de abril de 1.959, dijo:

"En realidad, desde la fecha en que se hizo exigible el impuesto de que se trata, o sea el año de 1.939 a aquélla en que fue iniciado el presente juicio, es decir, el 19 de octubre de 1.954, transcurrieron con mucho los diez años que para la prescripción de la acción ejecutiva fija el artículo 2536 del código civil en su inciso primero del capítulo III del Título 41 del Libro IV, cuyo mote es el de "la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales", sin que pueda alegarse que conforme a lo estatuido en el código fiscal no ha ocurrido la prescripción en este caso, puesto que el artículo 81 de la Ley 42 de 1.923 derogó los artículos 237 y 439 inclusive, del Código fiscal, o sea la Ley 110 de 1.912, que era el que fijaba, en su artículo 257 el término de 30 años para la prescripción extintiva de los créditos activos del tesoro".

La caducidad. Ocurre cuando ciertas acciones no se pueden ejercer o no se puede hacer uso de determinadas facultades por haber vencido el término señalado expresamente por la Ley; la prescripción es modo de extinguir obligaciones. La caducidad obliga a funcionarios y a contribuyentes, es irrenunciable y debe aplicarse oficiosamente. Ejs.: cuando el contribuyente dejare de declarar la renta, los funcionarios pueden hacer el aforo respectivo.

TEORIAS SOBRE UN BUEN SISTEMA TRIBUTARIO

¿Es preferible el impuesto único o un sistema con muchos impuestos?

Los partidarios del impuesto único alegan razones económicas, de conveniencia y de productividad del impuesto. Se han ideado dos tipos de impuesto único:

1. *Sobre la renta económica de la tierra.* Los fisiócratas sostienen que este impuesto es el único que no restringe la actividad industrial; pero no caen en la cuenta que en los tiempos modernos ese impuesto no daría resultados satisfactorios que permitieran atender a los enormes gastos públicos. Por otra parte, llevaría a una desigualdad impositiva, porque apenas pagarían impuesto los propietarios de tierras y quedarían sin gravar los grandes capitales de la época actual, representados en algo diferente a las tierras.

2. *Impuesto sobre los réditos generales.* El gravamen a los pequeños réditos llevaría a un costo muy alto en la recolección del impuesto y su recaudación sería en extremo difícil. Por otra parte, no se gravarían las transmisiones de riqueza, especialmente las gratuitas. Además, se restringiría el ahorro, por obvias razones.

¿En qué consiste la teoría del impuesto múltiple?

A los inconvenientes del impuesto único, que nos decide por el múltiple, se suman las ventajas siguientes:

a) Unos impuestos controlan a otros, haciendo más difícil la evasión de ellos.

b) Se corrigen con unos impuestos las injusticias que ocasionan otros. Las injusticias que ocasionan los impuestos a los consumos necesarios, se corrigen con los impuestos sobre la renta y sus complementarios y con el que grava las sucesiones y donaciones. Los primeros gravan más pesadamente al pobre que al rico y los segundos operan al contrario.

¿Son mejores los impuestos que más se sienten o los que menos se notan?

Dicen algunos que son mejores los segundos, porque se pagan sin sentirse, al comprar las mercancías, porque no causan mayor molestia a los contribuyentes ni producen reacciones sociales. Pero estos impuestos violan la igualdad tributaria. Otros creen que son mejores los impuestos que más se sienten porque de esta manera se vincula al contribuyente a la administración del Estado, puede vigilar los gastos públicos, y en cierta forma se enseña a las gentes el deber de solidaridad social que pesa sobre ellas y como consecuencia el pago del tributo.

EFFECTOS ECONOMICOS DE LOS IMPUESTOS

¿Qué efectos se producen en cuanto a la producción y distribución de la riqueza?

Por una parte, el impuesto resta capacidad de consumo y de ahorro a los contribuyentes, y por otra parte dá capacidad al Estado para prestar servicios públicos a los asociados y para capitalizar al hacer inversiones en obras públicas, empresas, construcciones, etc.

Según sea la modalidad del impuesto y su incidencia sobre determinado sector de la economía, puede tener alguno o algunos de los siguientes efectos:

- a) Contribuir a atenuar las fluctuaciones económicas, frenando la expansión o ayudando a mantener el equilibrio;
- b) Contribuir a la redistribución del ingreso y a la atenuación de las desigualdades en la repartición de la riqueza;
- c) Desalentar la inversión en sectores de poca importancia productiva y fomentarla en aquéllos de mayor beneficio para la sociedad;
- d) Desalentar el consumo suntuario y superfluo, y orientar los ingresos hacia el ahorro o hacia la producción;
- e) Fomentar el ahorro forzoso e inversión de los empresarios en lugar de la distribución de sus utilidades entre los socios;
- f) Contribuir al estímulo de la producción nacional, como resultado de la protección arancelaria;
- g) Proveer al Estado de los medios necesarios para la prestación de los servicios que le son encomendados, y para la construcción de las obras necesarias para el desarrollo del país.

Aurelio Camacho Rueda, dice al respecto:

“De lo que puede deducirse también que, una misma política no es aconsejable en todos los países, así estén en pleno desarrollo o apenas estén iniciándose en él. En algunos puede ser aconsejable una baja tributación, capacitando así a los contribuyentes para invertir ahorros sobrantes de los impuestos, a fin de que el Estado inicie empresas indispensables, que no aten la iniciativa particular; en una determinada nación puede ser necesario elevar ciertos tributos para rebajar otros, a fin de nivelar la carga entre las distintas clases económicas, para evitar fugas de capitales o nivelar la balanza comercial, puede requerirse una nivelación de la presión tributaria al igual que en naciones extranjeras, o a la imposición sobre los traslados de capital, etc. Todo depende, pues, de las circunstancias económicas y fiscales de cada país, por lo que tampoco es posible una generalización, ya que por otra parte en cuestiones de esta naturaleza no pueden sentarse conclusiones absolutas. Lo absoluto no existe en economía, en donde, como lo afirman muchos, no existen “leyes” sino “tendencias” (Pág. 62).

A lo dicho agrega Dalton:

“Si todo el producto de los impuestos se empleara en gastos inútiles que no contribuyen en nada al bienestar económico, entonces cualquier merma de la producción causada por la imposición, tendría por consecuencia una pérdida económica. Pero si el producido de los impuestos se invierte inteligentemente, el estímulo a la producción, gracias a esta inversión, puede ser más poderoso que el detrimento de la misma causado por los impuestos. De ocurrir las cosas así, las finanzas públicas consideradas en conjunto, serían responsables por el acrecentamiento de la producción”.

En lo que toca a Colombia, en los actuales momentos, parece conveniente orientar una política fiscal hacia la ampliación de la masa contribuyente, con el fin de abarcar a gran cantidad de personas que, a pesar de tener amplia capacidad contributiva, han logrado escapar a la acción del Estado. Es de justicia distributiva que ellos también aporten su contribución, de modo que se obtenga un gran aumento del ingreso a fin de poder estimular en forma adecuada el desarrollo del país, y la solución de algunos de sus principales problemas, especialmente aquellos que están constituyendo obstáculos en el camino del desarrollo.

REPERCUSION DE LOS IMPUESTOS

Este es uno de los fenómenos interesantes y complicados de la materia. Será tratado en forma somera con el fin de dar una idea elemental a los estudiantes.

¿En qué consiste la repercusión del impuesto?

“La repercusión —dice Freyle—, es el fenómeno mediante el cual una persona, el *sujeto jurídico*, trata de trasladar a otra, el *sujeto económico*, el valor del impuesto, y al final de la lucha logra desplazarlo”.

“El fenómeno de la repercusión se realiza en 3 etapas, a saber: la *percusión*, la *traslación* y la *incidencia*.”

“**LA PERCUSION.** Consiste en la distribución jurídica del impuesto, es decir, a la persona que la ley señala como quien debe sufragar el impuesto, y esta persona escogida por la ley es la que se conoce como sujeto de derecho o contribuyente **DE JURE** o percutido.”

“**LA TRASLACION.** Es el fenómeno mediante el cual una persona pasa a otra el impuesto, pudiendo ésta a su vez hacerlo recaer sobre otra u otras personas.”

“**LA INCIDENCIA.** Es el hecho mediante el cual la persona no puede seguir trasladando el impuesto y es quien lo paga en definitiva, afectando su economía con el impuesto. Esta persona viene a ser el sujeto económico o contribuyente de facto o incidido.”

¿Cuál es la opinión del Doctor Esteban Jaramillo acerca de la traslación del impuesto? ✓

EL IMPUESTO ES UN RECARGO a los gastos de producción, y estos gastos son la base para fijar el valor venal de las cosas producidas. Por esta razón, lo primero que hace el productor que quiere trasladar el impuesto al consumidor, es elevar el precio del artículo gravado. Para llevar a cabo la *traslación*, puede apelar a uno de estos procedimientos: O **SUBE EL PRECIO DE LOS ARTICULOS**, en proporción al monto del impuesto, sin modificar la oferta; O **PROCURA UNA CONTRACCION O DISMINUCION DE LA OFERTA**, dando al expendio una menor cantidad de artículos para producir el alza; O **DESMEJORA LA CALIDAD DEL OBJETO PRODUCIDO**, conservándole el precio que tenía antes de establecerse el gravamen; O **POR ULTIMO**, trata de **TRANSFERIR EL IMPUESTO A LOS OBREROS** por medio de una rebaja en los jornales.

“A esta, que pudiéramos llamar la **OFENSIVA** del productor se opone la **DEFENSIVA** del consumidor, quien a su turno, por cuantos medios están a su alcance, trata de esquivar la carga que el productor quiere echar sobre él. En esta lucha de los dos intereses opuestos, la *traslación* se efectúa o deja de efectuarse, según el grado de resistencia económica de cada uno de los contendores. Si el contribuyente legal logra imponer el precio del artículo gravado, el consumidor paga el impuesto; si por el contrario, este último puede abstenerse de consumir y, por lo tanto, de comprar aquel artículo, el peso del gravamen fiscal recae sobre el productor. Si la oferta es elástica, por regla general, el productor puede trasladar el impuesto al consumidor en todo o en parte reduciendo dicha oferta; si ésta es rígida, la *traslación* es más difícil. De igual manera, si la demanda es elástica, el consumidor puede defenderse de la *traslación*; no así cuando la demanda es rígida.”

"El consumidor tiene menos defensa cuando el gravamen afecta artículos de primera necesidad. En este caso la demanda de tales artículos es INFLEXIBLE; el individuo no puede abstenerse de consumirlos ni reducir el consumo a una cantidad incompatible con las necesidades de la subsistencia, y la carga tributaria, representada por el mayor precio de los artículos indispensables, viene a ser soportada íntegramente por el consumidor. No sucede igual cosa cuando se trata de objetos no necesarios, de cuyo consumo puede abstenerse el individuo sin grave perjuicio, pues la demanda de tales objetos es ELASTICA, y el consumidor, absteniéndose de comprar o limitando la cantidad pedida, puede rechazar en todo o en parte el gravamen tributario. En este caso los productores de objetos suntuarios pueden adoptar uno de estos caminos: o limitan la oferta, para procurar por este medio el alza de los precios, o se vuelven sobre los obreros rebajándoles los salarios o movilizan sus capitales hacia otra industria menos gravada o que ofrezca mayores facilidades para la traslación, mediante la producción de artículos más solicitados". (Pág. 385 y ss).

¿En qué consiste la traslación directa y la inversa?

Manuel Morselli, citado por López Freyle, dice al respecto:

"La traslación directa es aquella que va de la OFERTA A LA DEMANDA, del productor al consumidor y, en general, del empresario de una industria a sus clientes o a sus trabajadores, de los trabajadores inmediatamente afectados por el impuesto a sus patronos o a aquellos que adquieren el producto del trabajo".

"La traslación directa se convierte en traslación sucesiva o continuada cuando el tributo es descargado sobre un tercero por aquél sobre el cual fue transferido, y del tercero al cuarto, y así sucesivamente; por ejemplo, cuando el comerciante al por mayor paga la tarifa por las mercaderías que importa, y después, calculándola sobre el precio, consigue hacerla sostener toda o parte por el comerciante intermediario, el cual, a su vez, logra rehacerse sobre los pequeños negociantes y éstos sobre el posadero, y el posadero sobre el huésped, etc.

"La traslación inversa se tiene cuando la persona que recibe el peso del impuesto, por efecto de una primera repercusión, rechaza nuevamente el impuesto sobre el primer sujeto, y a veces también sobre otros, pasando por aquel primer afectado. Esta especie de traslación va, por tanto, de la demanda a la oferta: del consumidor efectivo

del objeto cuyo precio es aumentado a causa del impuesto, al productor; de los clientes y de los trabajadores sobre los cuales los impuestos fueron transferidos, al empresario; del inquilino sobre el cual había sido fijado el impuesto, al dueño de la casa, etc. Por tanto, la traslación inversa adquiere aquí el significado de la contratraslación, por lo cual el fenómeno se desarrolla a través de una disminución de precios que permite al adquirente hacer recaer parte del gravamen tributario que había sido transferido sobre él, al vendedor inmediato.

"También la traslación inversa se llama continuada, cuando entre el primer autor de ella y el primer autor de la traslación directa hay algunos elementos intermedios, como por ejemplo, en las tarifas aduaneras, entre el importador y el consumidor, cuando éste, en sentido contrario, rebota sobre aquél un cierto grado de presión del impuesto.

"Pero cuando la traslación inversa se verifica por efecto de una traslación directamente sufrida por el consumidor adquirente, que es puesto de inmediato en relación el fisco, entonces el fenómeno es de simple traslación hacia atrás o regresiva. Y en contraste con tal expresión es llamada traslación hacia adelante o progresiva la dirigida como se ha descrito más arriba" (Obra citada pág. 65 y ss.).

¿En qué consiste la traslación oblicua y la transversal?

Los estudios de Da Empoli, dice López F., han dado origen a esta nueva distinción, que se presenta cuando el fenómeno reparator del impuesto se verifica sobre una o más mercaderías diferentes de la afectada por el fisco. Esta puede ser directa o progresiva, inversa o regresiva.

Se presenta la primera en el caso de producción a costos conjuntos. En este caso el productor de una mercadería afectada por el impuesto logra trasladar el impuesto aumentando precios de mercancías no afectadas por él. Ejemplo: un impuesto grava la producción de cueros; pero el productor no aumenta el precio de los cueros sino el de la carne, por ser este el producto de demanda menos elástica.

Se presenta la segunda cuando los consumidores de un artículo de demanda poco elástica, o rígida, trasladan el impuesto a los productores al disminuir el consumo del artículo, o al apelar a otros artículos, obligando al productor de los artículos de demanda inelástica a rebajar precios y cargar, en consecuencia, con todo o parte del impuesto.

¿Qué ocurre en el mercado de régimen de monopolio?

El doctor Esteban Jaramillo enfoca así el problema:

"Algunos autores piensan que dentro del monopolio, el fabricante privilegiado traslada invariablemente el impuesto al consumidor, debido a la falta de competencia. Pero esta tesis absoluta, no puede sostenerse, a menos que se trate de objetos de primera necesidad, y éstos excepto la sal, en parte alguna están sujetos al monopolio. Tratándose pues, de artículos no necesarios, el alza del precio produce una contracción en la demanda y en el consumo, lo que disminuye naturalmente las ganancias del productor. Este puede vender a más altos precios que los que obtenía antes de existir el gravamen, pero vende menos cantidad. En tal evento, los consumidores que compran, pagan el impuesto; los demás se ven afectados por la disminución del consumo, y es el Fisco el que se perjudica, porque la renta proveniente del tributo disminuye, debido a la reducción del número de los objetos gravados" (Obra citada, pág. 387).

¿Qué opina al respecto Isaac López Freyle?

Nosotros consideramos que cualquiera que sea la situación del mercado, en régimen de libre concurrencia o de monopolio, el productor o el comerciante, en la época contemporánea, se aprovecha y especula con el establecimiento de un nuevo impuesto, pues no sólo trasladan el impuesto sino que tienen un margen de utilidad superior al que venían liquidando antes. Tan marcada es la tendencia a la realización de este fenómeno que es de frecuente ocurrencia que comerciantes o industriales prefieren no vender momentáneamente, con el fin de mantener los precios fijados con las modalidades precedentes y con la seguridad de que a la postre el consumidor cederá en esta lucha cruel, en la cual el pueblo sale vencido". (Obra citada, pág. 70).

¿En qué consiste la teoría de la DIFUSION?

"La traslación e incidencia no sólo se limita a determinados sujetos, sino que por razón de la interdependencia que existe en los mecanismos económicos, se produce la propagación de la carga de los tributos de los campos afectados directamente por el impuesto a los no afectados, pero que indirectamente se encuentran influidos por la concatenación de los factores económicos.

"El consumidor, o sea el *sujeto económico*, por razones obvias no puede trasladar el impuesto. En virtud de esta circunstancia, disminuye lógicamente su capacidad de compra y, por tanto, tiene que prescindir de determinados artículos o consumir menos o buscar un sustituto más barato que reemplace al que habitualmente usaba. Cualquiera de los fenómenos anteriores impone una restricción de la demanda. La poca demanda provoca una contracción de la producción, y ésta, a su vez, el despido de trabajadores en las zonas afectadas de la economía. El ingreso personal disminuye y consecuentemente el ingreso nacional. Esta propagación de menores consumos e ingresos abarca a una serie de personas no vinculadas directamente con el pago del impuesto, pero sus efectos toman diversas direcciones, aún en el caso de que el gravamen no pueda repercutir, produciendo alteraciones contrarias, pues mientras se origina una menor producción en ciertos sectores, en otros, aumenta; lo mismo ocurre en el mercado de trabajo, ya que en el renglón industrial en que se realiza la baja del consumo hay despido de trabajadores o disminución de salarios, y por el contrario, en las industrias hacia donde se ha desplazado el consumo se aumentan los salarios y el número de trabajadores.

"La expansión de los impuestos realiza una serie de fenómenos contrapuestos que dan lugar a un aumento de valor de capital vinculado a la industria beneficiada y a la disminución del capital del sector afectado, pero la difusión siempre trata de corregir, en un tiempo más o menos largo, los efectos de los nuevos impuestos, hasta devolver su equilibrio a la economía". (Obra cit., pág. 71).

¿En qué consiste la absorción del impuesto?

Ocurre cuando el *productor* paga el impuesto directamente sin trasladarlo al consumidor y sin que tal absorción implique una disminución en sus beneficios. En este caso los productores buscan un sistema adecuado que les permita mantener las mismas utilidades que obtenían antes del impuesto. Ejemplo: desmejora la calidad del artículo o apela a un sistema técnico que rebaje los costos; en estos casos se conservan los precios de venta que existían antes del impuesto. En otros términos: el productor absorbe el impuesto en su totalidad. Con este sistema se mantiene inalterable la demanda, no se produce despido de trabajadores, y permanece inalterable el ingreso nacional.

La absorción puede ser a largo plazo. El productor no conserva momentáneamente el mismo margen de utilidad; pero a un plazo lar-

go el beneficio puede modificarse, al desaparecer los competidores que sean derrotados del mercado, circunstancia que le aumenta la producción, y el volumen de ventas.

¿En que consiste la amortización del impuesto?

Isaac López Freyle, expone este fenómeno en forma muy clara: "El fenómeno de la amortización del impuesto nace del hecho de que los impuestos no sólo afectan las rentas en sí, las cuales son disminuídas por el mismo valor de los tributos, sino que también alcanzan al capital que produce dichas rentas, pues un capital con idéntica seguridad a otro y con las mismas posibilidades de duración, debe producir una renta similar a la que se derivaría de otro capital en las mismas circunstancias al tipo de beneficio corriente para inversiones que ofrecen las mismas garantías. En efecto, si una empresa que produce harina tiene un capital en función económica que vale \$ 1.000.000 y produce una utilidad neta anual de \$ 100.000, o sea un 10% del capital, antes de establecerse el impuesto y después de creado el tributo sólo da un rendimiento anual de 90.000 porque los \$ 10.000 faltantes equivalen al impuesto pagado; una persona que quiera adquirir el negocio y que sabe que esa clase de inversión produce rendimiento del 10% anual, sólo ofrecerá por la empresa \$ 900.000, con el objeto de obtener el rendimiento normal en esa clase de inversión. De ahí que los valores del capital, cuando el porcentaje de interés no ha variado, decrezcan según la disminución de la renta.

"Así tenemos que si una reducción de renta de un capital es operada por la introducción de un impuesto, en consecuencia de la parte del impuesto mismo que no se ha podido transferir por traslación, se verificará el depreciamiento del capital, es decir, de la fuente productiva de la renta definitivamente disminuida, es decir, capitalizada a la tarifa de interés corriente; ocurre aquello que se llama "amortización del impuesto".

¿En qué consiste la capitalización del impuesto?

El autor tantas veces mencionado afirma que la capitalización del impuesto se realiza cuando el tributo se suprime o se rebaja. Es el fenómeno contrario al de la amortización. Al desaparecer el impuesto, las inversiones tendrán un rendimiento superior al que poseían antes de la supresión o rebaja del impuesto.

Pudiera pensarse que la rebaja o supresión del impuesto traería rebaja de precios; pero ocurre que los productores y comerciantes tienen la tendencia a mantener los precios antiguos, con lo cual se subrogan al Estado en el cobro del gravamen.

Al aumentar el rendimiento de una inversión, por la supresión del tributo, la inversión se capitaliza por valor igual a la mayor tasa de interés o rendimiento. Así se opera un fenómeno contrario a la amortización.

¿En qué consiste la elusión o evasión del impuesto?

Es el procedimiento ilícito de que se vale el contribuyente para no pagar el tributo. A este fenómeno también se llama elusión porque el contribuyente elude el pago del impuesto.

Según López Freyle, la evasión puede clasificarse en EVASION PARCIAL, EVASION TOTAL, EVASION ILEGAL Y EVASION LEGAL.

1º *Evasión parcial.* Por medio de ésta se hace fraude al fisco de parte del impuesto. Ejemplo: cuando se ocultan parte de las utilidades obtenidas.

2º *Evasión total.* Cuando el contribuyente logra eludir totalmente el pago del impuesto. Ejemplo, cuando se introducen al país mercancías de contrabando.

3º *Evasión ilegal.* Cuando se elude el pago del impuesto contrariando claras normas legales. El ocultamiento de renta o patrimonio y el contrabando.

4º *Evasión legal.* En este caso se utilizan procedimientos permitidos por la ley para eludir parcialmente el impuesto, sin que el Estado pueda oponerse. Ejemplos: Cuando una gran empresa se fracciona en varias sociedades independientes con el fin de evitar la progresión en el impuesto sobre la renta y sus complementarios. Cuando una sociedad anónima se transforma en limitada con el fin de defenderse de la tarifa progresiva que se aplica a aquéllas, a diferencia de las sociedades de personas que apenas soportan una tarifa proporcional, en el

evento de que a los socios se grave en su cabeza el valor del patrimonio social y las rentas, sin discriminación de la naturaleza de la sociedad donde tenga su interés social. Otro caso puede darse en el impuesto de industria y comercio y el predial, cuando en un municipio dado son muy elevados, y mucho más bajos en el vecino. En este caso las fábricas se instalan en el segundo, siempre que se reúnan otros factores que son indispensables en la organización de las industrias, como el personal humano, vías de comunicación, abundancia de materia prima en el lugar o cerca a él, terrenos adecuados, buen caudal de aguas, energía eléctrica, etc., etc.

(CONTINUARA)

JUICIOS DE TENENCIA Y CONTROL DE ARRENDAMIENTOS

DR. HORACIO MONTOYA GIL

SUMARIO

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE

IDEAS GENERALES ACERCA DE LA TENENCIA Y JUICIOS DE TENENCIA

CAPITULO PRIMERO

NOCION DE TENENCIA

1). Evolución del concepto de tenencia. 2). Definición de la tenencia. 3). División de las relaciones de mera tenencia. 4). Características de la tenencia. 5). Comparación entre tenencia y posesión. 6). Posición de los códigos más recientes. 7). Fuentes de la mera tenencia.

CAPITULO SEGUNDO

EVOLUCION HISTORICA Y LEGISLATIVA DE LA ACCION DE TENENCIA

8). Antecedentes históricos. 9). Evolución legislativa. 10). Disposiciones vigentes acerca de los juicios de tenencia.

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES SOBRE LOS

JUICIOS DE TENENCIA

11). Noción de Derecho Procesal. 12). Concepto de acción. 13). Clasificación de las acciones. 14). Elementos de la acción. 15). Presupuestos procesales. 16). Comparación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción. 17). Aplicación de los anteriores conceptos a la acción de tenencia. 18). Definición de la acción de tenencia. 19). Condiciones de la acción de tenencia. 20). Presupuestos procesales en los juicios de tenencia. Competencia para conocer de los juicios de tenencia. Competencia en la Reforma Judicial. Capacidad para ser parte y para comparecer como parte en estos juicios. Jus Postulandi. Demanda en forma en los juicios de Tenencia. 21). La legitimación en los juicios de tenencia. 22). Legitimación activa. 23). Legitimación pasiva.

SEGUNDA PARTE

JUICIOS ESPECIALES DE TENENCIA

CAPITULO CUARTO

LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO

24). Crítica a la rúbrica del capítulo. 25). Demanda. 26). Pruebas que deben acompañarse a la demanda. Causales de lanzamiento. 1ª Expiración del término. 2ª Terminación del uso especial. 3ª Objeto ilícito o destinación distinta. 4ª Mora en el pago de la renta. 5ª Desahucio. 6ª Imposibilidad para el uso de la cosa. 27). Notificación. Notificación por aviso. 28). Oposición del demandado. 29). Excepciones en los juicios de lanzamiento. 30). Período probatorio. 31). Sentencia. Contenido. 32). Notificación y apelación de la sentencia.

CAPITULO QUINTO

RESTITUCION DE LA COSA ARRENDADA A PETICION DEL ARRENDATARIO

33). Noticia histórica. 34). Causales que pueden originar esta acción. A) Vicios redhibitorios. B) Evicción. 35). Demanda y pruebas que deben agregarse a ella. 36). Tramitación.

CAPITULO SEXTO

OTROS JUICIOS DE TENENCIA

I) *Disposiciones varias.*

37). Anotación previa. 38). Estudio del artículo 1.115 del Código Judicial. 39). Procedimiento en caso de subarriendo.

II) *Lanzamiento en predios rústicos.*

40). Ideas aclaratorias. 41). Qué debe entenderse por predio rústico. 42). Tramitación. 43). Litis consorcio en estos juicios. 44). El desahucio. 45). Tramitación en el Decreto 0291 de 1.957.

III) *Lanzamiento por ocupación de hecho.*

46). Quiénes conocen de estos juicios. 47). Ocupación de predio rural. 48). Ocupación de predio urbano. 49). Prescripción de estas acciones.

IV) *Lanzamiento de huéspedes de hoteles.*

50). Objeto de este procedimiento. 51). Competencia y tramitación. Derecho de retención.

CAPITULO SEPTIMO

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LANZAMIENTO.

52). Noción de ejecución. 53). A quién corresponde la ejecución. 54). Cómo y cuándo deben hacerse la entrega. 55). Incidente de opo-

sición a la entrega. 56). Oposición por enfermedad de un ocupante. 57). Oposición de terceros. Naturaleza del derecho del arrendatario. 58). Oposición del demandado. Derecho de retención. Oportunidad para alegar el derecho de retención. 59). El Good Will como mejora. 60). Derecho de retención del arrendador. 61). La cosa juzgada en los juicios de tenencia. 62). Acción para el cobro de cánones adeudados.

TERCERA PARTE

CONTROL DE ARRENDAMIENTOS

CAPITULO OCTAVO

GENERALIDADES SOBRE EL CONTROL.

63). Ideas introductorias. 64). Antecedentes del Control de Arrendamientos. 65). Sistemas de control. Derecho Comparado: I) Francia. II) España. III) Chile. IV) Uruguay. 66). Concepto de Control de arrendamientos. 67). Sistemas para la fijación de la renta o canon. 68). Prórroga forzosa. 69). Naturaleza de las normas de control de arrendamientos. 70). Renuncia a las prerrogativas que él otorga al inquilino. 71). Renuncia a las formalidades del requerimiento y desahucio.

CAPITULO NOVENO

CONTROL DE ARRENDAMIENTOS EN NUESTRO DERECHO

72). Disposiciones relativas al control. 73). Ambito de aplicación de las normas de control: A) Ambito territorial. B) Inmuebles sometidos al control. 74). Efectos del control en los contratos de arrendamiento. 75). Incidencia del control en los juicios de lanzamiento. 76). Causales de lanzamiento en el estatuto de control. 77). Las causales de lanzamiento en el Decreto 1.070 de 1.956 no son taxativas. 78). Licencia Administrativa. 79). Quién debe solicitar la licencia. 80). Tramitación de la licencia. 81). Citación del inquilino. 82). Obligaciones que la licencia impone. Sanciones por incumplimiento. 83). Repetición de arrendamientos pagados en exceso. 84). Crítica al control de arrendamientos. 85). Orientación legislativa en materia de control.

INTRODUCCION

En materia de tesis de grado, numerosos e interesantes estudios relacionados con aspectos teóricos de la ciencia jurídica se han realizado, al contrario de lo que ocurre con los temas de aplicación práctica de la misma. A ello ha contribuido, de un lado, la falta de práctica forense en los graduandos y, de otro, la escasa bibliografía patria acerca del derecho procedimental.

No obstante, venciendo en lo posible tales dificultades, en los capítulos subsiguientes nos proponemos hacer algunas consideraciones acerca de un aspecto del Procedimiento Civil Colombiano que, a pesar de su aplicación diaria ante el Foro, muy poco se ha escrito sobre él. Se trata del trámite relativo a los Juicios Especiales de Tenencia.

Mas, como el derecho procesal, en sentido amplio, tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, hemos considerado del caso adicionar nuestro trabajo con algunas anotaciones acerca de la Tenencia por su aspecto sustantivo, lo mismo que en lo relacionado con el "Control de Arrendamientos"; una de las manifestaciones del Intervencionismo Estatal.

El Control de Arrendamientos, resultante de la evolución dinámica del derecho y los influjos sociales de la época, fenómenos que han venido cercenando cada día más la autonomía de la voluntad y la libre contratación, principios vertebrales del derecho privado, ha sido justamente el tema que más ha ocupado nuestra atención.

Con miras a la formación de un criterio más definido acerca de tan importante tema y así podamos juzgar con mayor acierto las bondades y las deficiencias de nuestro estatuto de control, hemos completado nues-

tro estudio en forma comparativa, con algunas observaciones relativas a la manera como opera el régimen especial de arrendamientos en países más avanzados que el nuestro en esta materia.

Si en ocasiones, tratando de dilucidar el sentido teleológico de algunos cánones legales, nos apartamos de la interpretación doctrinaria que de ellos se ha hecho, lo hacemos convencidos como estamos de la exactitud y sabiduría de uno de los principios del derecho justiniano, de acuerdo al cual "saber leyes no consiste en conocer el sentido de las palabras, sino en profundizar su espíritu y su intención" (Digesto, Libro 1º, Título III, Ley XXXIII).

PARTE PRIMERA

Ideas generales acerca de la tenencia y Juicios de Tenencia.

CAPITULO PRIMERO

Noción de Tenencia

1). *Evolución del concepto de Tenencia.*- No obstante que la idea central de nuestro estudio es el análisis del aspecto adjetivo de la tenencia, no está por demás hacer algunas breves consideraciones en torno a esta institución como que en tal forma se hará más comprensible la naturaleza de la acción de tenencia y sus elementos estructurales.

La noción de tenencia, tal como la concibe la doctrina y la regulan los ordenamientos positivos, fué desconocida en las épocas primigenias del derecho. En la génesis del derecho romano y como un producto inmediato de la vida, surge en el pueblo la idea de la relación de la tenencia referida primero a los inmuebles, debido quizá a la preponderancia que a esta clase de bienes se le daba entonces. En la Roma antigua, tal

relación tiene sus primeras manifestaciones en el *poder dominical*: tenencia de los hijos y de los esclavos por el Jefe de la familia. Al lado de ésta aparece también la relación de tenencia de colonos, arrendatarios, comodatarios, etc. La primera se llamó relación de *tenencia doméstica* y la segunda *contractual*.

La extensión de la noción de tenencia a las cosas muebles, no fué en Roma la consecuencia de un interés práctico; ella fue obra de la lógica jurídica. Una vez admitida la tenencia sobre los bienes raíces, se aplicó también a los muebles por fuerza de la doctrina de los jurisconsultos romanos quienes, con sus estudios, llegaron a concluir la más impercedera teoría del derecho privado.

Un eminente estudioso de la evolución histórica de los conceptos de tenencia y posesión, se expresa así refiriéndose a este aspecto: "La relación de tenencia de las cosas muebles es una institución jurídica sin importancia práctica apenas, que debe su origen exclusivamente al pensamiento jurídico, y que, históricamente, no podía surgir sino luego que, de una parte, la tenencia de las cosas inmuebles hubo logrado su formación y desenvolvimiento definitivos, y de otra, la doctrina de los juristas alcanzó la fuerza de abstracción necesaria para definir la relación sobre las cosas muebles" (1).

Estructurado ya el concepto en su forma sustancial, viene luego la evolución por el aspecto adjetivo, precisamente el que más nos interesa, pero al cual nos referiremos posteriormente al hacer algunas consideraciones acerca del desenvolvimiento progresivo de la acción de tenencia.

2) *Definición de la tenencia.*- De acuerdo a la terminología y sistemática del Código Civil, toda relación material del hombre con las cosas recibe el nombre de relación posesoria.

Tratando de clasificar estas relaciones, pero ya desde un punto de vista más general, encontramos los siguientes grupos:

a) Un primer grupo de relaciones posesorias lo constituyen la posesión del propietario o de poseedor a nombre propio, equivalente a la *civilis possessio* y que genera, al igual que en el derecho romano, acciones posesorias y da facultad de ganar las cosas por prescripción adquisitiva;

b) Otro grupo de relaciones posesorias lo forman el ejercicio de relaciones materiales (o poderes de hecho), que corresponden a la titularidad de derechos reales (usufructo, servidumbres, prenda etc.).

(1) Rodolfo Von Ihering, LA POSESION, Versión de Adolfo Posada, pág. 372. Segunda Edición, Edit. Reus S. A. 1.926. D. 346.4 I 125p.

Estas engendran las acciones posesorias comunes y algunas la adquisición del respectivo derecho real por prescripción como ocurre con las servidumbres y el usufructo; y

c) Finalmente, el tercer grupo se compone de los poderes de hecho que no corresponden al ejercicio de la propiedad ni a derechos reales desmembrados de ella si no al ejercicio o realización de *derechos personales*, como sucede con el arrendamiento, el comodato, el depósito, etc. Estas relaciones generan una acción posesoria especial o querrela de restablecimiento, cuando los titulares de tales relaciones han sido despojados violentamente de la mera tenencia sobre la cosa y que tiene por objeto el restablecimiento de las cosas al estado en que antes se hallaban. Se caracterizan estas relaciones por cuanto son impotentes para permitir que se adquieran las cosas por usucapión y que para el ejercicio de la querrela de restablecimiento basta acreditar el despojo violento (2).

Como se ve, son el segundo y tercer grupos los que generan relaciones de posesión a nombre ajeno o relación de mera tenencia. Pero es el último, el de la típica relación personal de tenencia y en cuyos efectos discrepan las diversas legislaciones, pues cuando los sistemas orientados por el derecho romano, a través del Código de Napoleón, únicamente le reconocen al tenedor la querrela de restablecimiento, el alemán y todos los que siguen sus orientaciones le confieren al detentador todos los interdictos posesorios.

De todo lo dicho en los apartes anteriores, se adivina o intuye la definición legal y doctrinaria de la institución por su aspecto sustantivo considerado como parte integrante del trabajo.

El Código Civil en su artículo 775, incorporado al tratado de la posesión, define la tenencia como:

La relación que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.

Si toda relación posesoria que se ejerza sobre las cosas, cualquiera sea su naturaleza, supone: a) un contacto material y voluntario del hombre con las cosas; b) un sujeto de la relación, y c) un objeto, la definición legal de la tenencia es completa, ya que en sí contiene todos los elementos que la estructuran y deslindan de otras figuras afines.

Todas las definiciones de tenencia relieván el poder de hecho del sujeto en la cosa sobre la cual recae; pero ese poder de hecho —rela-

(2) Art. 984 del C. C. Col., que es igual al 1.725 del C. C. Francés.

ción jurídica— es el más simple y ocupa la última categoría de las relaciones posesorias.

Para Ihering, la tenencia es “una relación de la persona con la cosa, con efectos jurídicos, pero menos que los de la relación de posesión”. Este eminente jurista, en la escala de las relaciones jurídicas de la persona con las cosas, asigna el último lugar a la tenencia. “El primero —dice— corresponde a la propiedad y a los jura in re; el segundo, a la bonae fidei possessio; el tercero, a la posesión; y el cuarto, a la tenencia”.

(3). Al igual que Ihering, en el derecho civil español se coloca la relación precaria en el último extremo de las relaciones materiales. “La tenencia constituye la mínima relación con una cosa, sin título ni propósito jurídico que conduzca a su apropiación; ya que puede referirse incluso al que examina momentáneamente un objeto curioso que se le muestra, y al que sería al menos exagerado calificar de depositario o comodatario instantáneo” (4).

Lo que caracteriza y tipifica la relación de tenencia es la ausencia de *animus domini* y la obligación en que se halla el sujeto de restituir la cosa al dueño o poseedor. De nada sirve a alguien la escueta afirmación de que posee para sí, si otro esgrime la existencia de una obligación de restituir.

No quiere decir la anterior caracterización que en la tenencia no intervenga la voluntad del sujeto, no. Ni el mismo von Ihering, con su teoría objetiva, prescinde de ella. “Ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación, en el espacio, de personas con la cosa... sin voluntad no hay relación posesoria”. Recuerdese que para éste autor también la tenencia es una relación posesoria (5). La tesis de Ihering debe interpretarse, no en el sentido de ausencia de voluntad en el detentador; el tenedor se caracteriza por la ausencia de *animus domini*, pero tiene que estar animado de voluntad de tenedor precario, aún así la expresión resulta un poco redundante.

3) *División de las relaciones de mera tenencia.*— Relacionando los artículos 775 y 786 del Código Civil, puede hacerse una clasificación de estas relaciones, la cual resulta de importancia tanto teórica como práctica:

1) Relaciones de tenencia que corresponden al ejercicio de *derechos reales*. Son tenedores de este tipo el usufructuario, el que tiene so-

(3) Von Ihering, ob. cit. pág. 304.

(4) Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Notas a la obra LECCIONES DE DERECHO CIVIL de los Hermanos Mazeaud. Segunda Parte. Tomo IV, Nº 1.410. Ediciones EJE, 1.960.

(5) A. Valencia Zea DERECHO CIVIL, Tomo II, Nº 36. Editorial Temis. 1.961.

bre la cosa un derecho de uso o habitación, el acreedor prendario, el titular de un derecho de retención reconocido, el acreedor anticrédito, censualista, etc. (6) Estas relaciones se caracterizan porque para ellas la ley consagra todas las acciones posesorias como medios jurídicos de protección del respectivo derecho, cuando sea desconocido o lesionado.

2) Relaciones de tenencia que suponen el ejercicio de un *derecho personal* y que ligan al sujeto de la relación con el dueño de la cosa. Pertenecen a esta clase de tenedores el arrendatario, comodatario, depositario, secuestre, guardador, albacea con tenencia y administración de bienes, etc. Todos estos titulares de la relación precaria están protegidos por la acción posesoria especial a que se contrae el artículo 984 del Código Civil y a la cual se hizo referencia antes. Además, los titulares tienen los derechos y obligaciones que se consagran en los artículos 1988, 2342 y 2419 (7).

La importancia práctica de esta clasificación de los tenedores resulta de las siguientes consideraciones: el titular de un derecho real (primer grupo) es mero tenedor de la cosa, pero, en cambio, tiene la posesión de su derecho real y puede usucapirlo (excepto el de prenda e hipoteca). Así, por ejemplo, Pedro es usufructuario de una finca: con respecto a la finca misma es mero tenedor; en cambio, con relación al derecho de usufructo que tiene en la finca, Pedro es poseedor de su derecho. En este evento, la mera tenencia le es absolutamente indispensable para ejercer el derecho real. Por el contrario, cuando la mera tenencia emana de una vinculación puramente personal, el detentador no tiene en la cosa misma *ningún derecho*; sólo existe un vínculo jurídico (un derecho de crédito) entre el tenedor y el dueño de la cosa.

4) *Características de la tenencia.*— La tenencia, como toda institución jurídica autónoma, tiene sus notas específicas acordes a su naturaleza. Entre las más sobresalientes y fundamentales se encuentran las de ser absoluta, perpetua e inmutable o indeleble.

1ª) Que la mera tenencia sea *absoluta* quiere decir que quien tenga la calidad de simple o mero tenedor siempre tendrá tal carácter, tanto con respecto al propietario o poseedor de la cosa como con relación a los terceros extraños. De esta circunstancia se concluye que si al tenedor se le despoja de la cosa, no podría invocar acciones posesorias diciéndose poseedor de ella, porque aún con respecto a los terceros es también un mero detentador. Pero es claro que, como se ha dicho en varias oportunidades, a pesar de su precaria situación, el tenedor puede

(6) C. C. arts. 665, 2.458 y 181 y ss. Ley 57 de 1887.

(7) Fernando Vélez, DERECHO CIVIL COLOMBIANO. TOMO III, Nº 240. Segunda Edición.

acudir ante la justicia e impetrar los medios de defensa que le otorga el artículo 984 del Código Civil. Esta nota es la más fundamental y esencial de la tenencia.

2ª) Otra de las características de la tenencia es su *perpetuidad*. Significa que si el causante es un mero tenedor, también el causahabiente o sucesor tendrá el mismo carácter, pues, como es bien sabido, el heredero, y ello puede generalizarse, sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante (8). Este principio no es más que aplicación de aquel otro conocido de antiguo según el cual nadie puede transmitir más derechos de los que tiene (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Si, por ejemplo, fallece una persona que arrendó una propiedad y por tanto, está revestida de la calidad de mero tenedor, el heredero de esa persona tiene igual carácter y está obligado a restituir la cosa a su dueño, llegado que sea el caso de devolverla.

Empero, la característica de la perpetuidad, propia de la tenencia, no es enteramente absoluta ya que puede suceder que siendo el causante un mero detentador de la cosa, el heredero o causahabiente se transforme en poseedor. Tal ocurriría en el evento de que una persona que era arrendataria de una cosa falleciera y la dejara en legado: si bien el causahabiente no era dueño, la sucesión por causa de muerte le serviría de justo título al legatario para comenzar a descontar una prescripción, si a él se auna la creencia de buena fé de que el causante era dueño de la cosa legada (9).

3ª) Finalmente, la mera tenencia es *inmutable o indeleble*, esto es, que ella no puede transformarse en posesión a consecuencia del principio de que nadie puede por sí mejorar su propio título. Así lo establece expresamente el Código Civil cuando en su artículo 777 dice que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión. Confirma este criterio legal el inciso segundo del artículo 780 idem, cuando, después de hablar de la presunción de posesión a nombre propio, sienta la regla de que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

La regla anterior presenta dos excepciones, una de ellas, la primera, más aparente que real.

a) De la doctrina contenida en los artículos 777, 780 y 2531 del Código Civil, se deduce claramente la regla de que la mera tenencia no

(8) Código Civil. art. 1.155.

(9) Véase numeral 4º art. 766 C. C.

se cambia en posesión por el sólo transcurso del tiempo, o sea por la sólo voluntad de parte del detentador.

Sin embargo, del contexto del último de los preceptos citados, parece deducirse lo contrario; o, en otras palabras, que armonizando los textos en cita, la regla quedaría mejor formulada de la siguiente manera: la mera tenencia no se transforma en posesión por el simple lapso del tiempo, salvo el caso de la regla segunda del artículo 2531. Pero, dados los términos como están redactados uno y otro texto, puede afirmarse que no existe tal excepción y que la regla del artículo 2531 de que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fé y no dará lugar a la prescripción, más bien confirma el criterio sentado en el artículo 777.

En efecto: si bien es cierto que el artículo 777 del C. C. preceptúa que la tenencia no se cambia en posesión, por el lapso del tiempo, de la misma manera lo es que el artículo 2531 señala un evento en que tal transformación se da; pero nótese que el cambio se opera no por el simple transcurso del tiempo sino por la concurrencia de otros hechos que no dependen enteramente de la sólo voluntad del tenedor. En el hecho concurren actos tanto del tenedor como del dueño que vienen a alterar la situación jurídica de ambos.

El mismo artículo 2531 indica cuáles son las circunstancias que tienen la virtud de mutar la relación jurídica en una mayor categoría, de acuerdo con la clasificación de las relaciones posesorias ya vistas. Son ellas:

1ª) Que el que se pretenda dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (10) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

2ª) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

La concurrencia copulativa de estas dos circunstancias, indica que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño; concurre la prueba negativa del desconocimiento del dominio ajeno y la prueba afirmativa de que se obró como poseedor. De consiguiente, se concluye que la mera tenencia se ha transformado en posesión, no ya por la sólo voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo esencial, por la negligencia de parte del dueño.

b) La otra, esta sí una verdadera excepción a la regla de que la mera tenencia es inmutable o indeleble, la contempla la primera parte

(10) Hoy 20 años de acuerdo con el art. 1º de la ley 50 de 1.936.

del inciso primero del artículo 791 del Código Civil, de acuerdo con el cual el que usurpa una cosa no adquiere la posesión, ni hace perder la posesión anteriormente existente, salvo el caso de que el usurpador enajene la cosa, ya que entonces el adquirente puede pasar a ser poseedor.

5) *Comparación entre tenencia y posesión.*- Dentro de un orden lógico de ideas, después de definir una institución, es conveniente compararla con otras figuras afines con el objeto de que queden bien delimitados sus contornos propios.

Como ya sabemos cual es la definición que el código civil da de la tenencia, veámos como define el mismo estatuto la posesión que es la figura más afin de aquélla. En efecto: "la posesión —dice el artículo 762— es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él". Y el inciso segundo del mismo texto, agrega: "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Ahora bien: dos juristas de renombre, ambos alemanes, han profundizado en el estudio de los conceptos de tenencia y posesión a través del derecho romano, llegando hasta elaborar cada cual su propia teoría. Son ellos SAVIGNY y Von IHERING, el primero en su obra TRATADO DE LA POSESION del año 1.803 y el segundo con su FUNDAMENTO DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS, publicados en 1.867, obra en la cual este autor critica a su antecesor y sienta criterios que fueron los que en definitiva inspiraron la elaboración del moderno Código Civil Alemán.

No es este el lugar ni tampoco el objetivo del aparte para detenernos en el estudio de cada una de las teorías —subjetiva la del primero y objetiva la del segundo—. Sin embargo, someramente, haremos algunas breves anotaciones acerca de los puntos en que coinciden y difieren fundamentalmente, observando que nuestro código se orienta en la interpretación que del derecho romano hizo Savigny.

Tanto este autor como Ihering, distinguen dos grupos de relaciones posesorias, al analizar las relaciones materiales del hombre con las cosas: la posesión en sí (posesión de propietario) y la mera tenencia (posesión en nombre ajeno) reconociéndoles a cada cual idénticos efectos jurídicos.

No obstante el punto central de discrepancia entre las dos teorías se encuentra en el elemento *voluntad* (animus). Según Savigny, la posesión de propietario se determina por una voluntad especial —*animus*

possidendi—; en cambio para Ihering, tal voluntad especial no es necesaria. Por ello, por tratarse de un elemento psicológico, interno, a la teoría del primero se le califica de subjetiva.

Conforme a la tesis de Savigny, la relación posesoria se forma por dos elementos: un *poder de hecho* sobre la cosa y el *animus possidendi* (*animus domini*); la de tenencia resulta del simple poder de hecho. En cambio, de acuerdo a la teoría objetiva, el simple poder de hecho o señorío efectivo sobre la cosa, contiene la posesión; cuando tal poder no tiene la capacidad de engendrar propiedad por usucapión, la relación es de mera tenencia.

En el fondo, estas teorías llevan a una consecuencia eminentemente práctica por el aspecto probatorio. Según la subjetiva, para demostrar la posesión se deben acreditar los dos elementos que la integran. En cambio para Ihering, en tal evento, basta demostrar el poder de hecho o señorío sobre la cosa; será al adversario, en un debate judicial, a quien corresponda demostrar la ausencia de *animus domini* (elemento diferencial negativo en su teoría) para que la relación se tenga como de mera tenencia.

En el terreno de la práctica, pero no ya por el aspecto probatorio, las dos tesis se limitan a otorgarle o a negarle al detentador las acciones posesorias. Mientras Savigny propugna porque sólo se le reconozcan al poseedor, siguiendo en este sentido la tradición romana, Ihering sostiene que, por razones del interés social, se deben reconocer las acciones posesorias a toda clase de relaciones, incluyendo las de tenencia.

Ahora, dejando de lado la doctrina y concretándonos al sistema positivo nuestro que, no está por demás decirlo, se inspiró casi en su integridad en la teoría de Savigny, veámos cómo puede hacerse la distinción entre la posesión y la tenencia.

En el derecho romano se distinguieron la *civilis possessio* de la *naturalis possessio*, reservando esta última a la mera tenencia. Nuestro Código Civil, inspirado en esta terminología, adoptó en sus textos idéntica distinción, como bien puede colegirse de los artículos 762 y 775.

Se refirió el código en su artículo 762 a las relaciones materiales que corresponden al ejercicio de la propiedad o posesión a nombre propio, asociando esta idea a la contenida en el artículo 780; y, en el 775 contempló las relaciones materiales que no corresponden al ejercicio de la propiedad sino al ejercicio de cualquier otro derecho, es decir, que en este cánón el legislador se refirió a las relaciones que se conocen con el nombre de detentación, posesión a nombre ajeno, posesión precaria o, simplemente, *mera tenencia*.

Al redactar don Andrés Bello el estauto sustantivo civil, tuvo el cuidado de definir cada variedad de relación posesoria en sentido abstracto, razón por la cual más de un problema se ha presentado a los estrados judiciales y otras tantas controversias doctrinarias y jurisprudenciales se han planteado ante los mismos.

Volviendo al tema inicial de este aparte, indicaremos las diferencias más marcadas entre una y otra institución, diferencias que emanan de la anturaleza misma de cada una.

Mientras que la posesión existe con independencia de toda situación jurídica, la tenencia surge siempre de una relación jurídica; supone en su origen un título jurídico, bien sea este convencional (arrendatario, acreedor anticrético, inquilino, depositario, comodatario, acreedor prendario etc.), judicial (secuestre) o legal (como el que tiene el padre de familia en relación con los bienes del hijo) etc. (11).

El poder de tenedor, por originarse en una situación jurídica, es *poder de derecho*. El inquilino, comodatario, etc., tienen un derecho, no sobre la cosa en sí porque no se trata de un derecho real, pero sí un derecho de crédito contra el arrendador, comodante, etc. En cambio, el poseedor, en tanto que poseedor, no tiene ni derecho real ni derecho de crédito.

Se oponen también la posesión y la tenencia en el sentido de que el poseedor puede ser titular del derecho real correspondiente al poder que ejerce, pero las calidades o títulos de propietario y detentador no están unidas jamás en una misma persona; si ello ocurriera, se daría el caso de que una persona, por ejemplo, pudiera ser arrendataria de sí misma.

Finalmente, mientras que el propietario deja de tener la posesión cuando de la cosa se apodera un poseedor, la presencia de un detentador no le impide al propietario seguir poseyendo: el propietario que haya alquilado su casa, conserva la posesión, posee a través del inquilino —corpore alieno—.

6) *Posición de los Códigos más recientes.*— Los Códigos más recientes como el Alemán, Suizo, Japonés, Brasileño, Mejicano, Peruano, Venezolano de 1.942, etc., en lo que dice relación a las medidas de protección de los tenedores, se encuentran directamente influenciados por la teoría de Ihering.

Así los Códigos Alemán y Suizo no oponen entre sí la mera tenencia y la posesión. Distinguen entre poseedor originario y poseedor indirecto; pero conceden a uno y otro las acciones posesorias.

(11) Mazeaud, ob. cit. N° 1.410.

El Código Alemán llama posesión a la detentación y, por consiguiente, suprime el requisito del *animus domini*. “Pero para no confundir la posesión con toda simple relación de contacto material, como anota Alessandri, niega el concepto de poseedores, y, por ende, la protección posesoria a los detentadores que no fueren más servidores de la posesión o instrumentos de la posesión de otro (parágrafo 855). El Código Suizo, inspirándose en el Alemán, prescinde también de toda distinción entre detentación y posesión, y ni siquiera consigna expresamente la excepción del Código Germánico respecto de los tenedores dependientes o subordinados” (12).

El Moderno Código Italiano de 1.942, si bien define la posesión siguiendo más o menos los principios de la teoría subjetiva, llega en sus disposiciones a las mismas consecuencias prácticas que Ihering.

7) *Fuentes de la mera tenencia.* Se había dicho anteriormente, siguiendo a los Hermanos Mazeud (13), que la tenencia suponía un título, una situación jurídica que podía ser convencional, judicial o legal. Para evitar confusiones en los conceptos, conviene anotar que no puede afirmarse en forma simplista que la tenencia tenga como fuentes el contrato, la orden judicial o el mandato imperativo.

Como se sabe, la tenencia es ante todo un derecho y no una obligación; es un derecho civil y como tal es la facultad que la ley acuerda a todos los individuos en sus relaciones privadas con los demás individuos, sobre las cosas del mundo exterior, o con respecto a sus semejantes. La mera tenencia es, pues, un derecho de carácter personal que confiere prerrogativas tales como la protección posesoria contra las vías de hecho y la de restituir la cosa cuando fuere el caso.

Que la mera tenencia es un derecho no cabe duda: el legislador ha definido claramente lo que se entiende por mera tenencia y ha dicho también cuáles son sus elementos integrantes para que en un caso dado no se confunda con otros derechos o fenómenos semejantes, tales como la propiedad, posesión, etc.

Al hablar de las fuentes generadoras, bien de los derechos u obligaciones, se supone que se hace referencia a las fuentes directas o inmediatas ya que, como es bien sabido, todas tienen su fundamento remoto en el ordenamiento positivo. Podríamos entonces decir más bien que la fuente *mediata o indirecta* del derecho de mera tenencia es el ordenamiento jurídico positivo y que las fuentes *inmediatas o directas* serían la convención, el mandato judicial o la ley.

(12) A. Alessandri, DERECHO CIVIL, Tomo II, N° 631. Ed. 1.957.

(13) Cita N° 11 de los Hermanos Mazeaud.

Aún, en los anteriores términos resulta deficientemente planteado el problema de las fuentes de la tenencia. Uno de los ejemplos que podrían citarse de tenedores cuyo derecho emane de la ley sería el del padre de familia en relación con los bienes del hijo cuyo usufructo le confiere el mandato legal.

En el anterior ejemplo se está colocando la ley como reguladora de una situación particular, individual, lo que está en completo desacuerdo con las notas específicas de la norma general. No se ve claro cómo sea la ley la que invista al padre de familia de la calidad de tenedor. Profundizando más, se tiene que es la relación de parentesco o mejor el *hecho jurídico* de la paternidad el que le confiere la prerrogativa de usufructuario de los bienes del hijo de familia, al igual que ocurre con la obligación de suministrar alimentos a ciertas personas, ejemplo citado como fuente legal de obligaciones. Así planteada la cuestión se deja a salvo la nota de generalidad del mandato legal.

Por manera que son estos entes del derecho, *la convención*, el *mandato judicial* y el *hecho jurídico*, los que en forma inmediata y directa invisten a un individuo de un título jurídico, que lo colocan en una situación débil, la más precaria de todas las relaciones posesorias y, en fin, los que hacen aparecer al titular en el concierto de las relaciones jurídicas como *mero tenedor*.

CAPITULO SEGUNDO

Evolución Histórica y Legislativa de la acción de Tenencia

8) *Antecedentes históricos.*- Los juicios, que en sentido sustancial significan aplicación concreta del derecho, fueron desconocidos en las primeras épocas de la ciencia jurídica. Los juicios tal como hoy se les concibe, estructuran e integran, con sus principios y características propias, han sido obra de los teorizantes del derecho y producto de grandes evoluciones que van desde el rito formulario de los romanos hasta el proceso oral que se practica en los países más avanzados de nuestro tiempo.

El proceso, entendido como "el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar y satis-

facer coactivamente los derechos consagrados en ella" (1), obedece no sólo a las prácticas rituales que han ido evolucionando sino también a una teoría sistemática e integrativa del procedimiento.

La relación del hombre con las cosas no se conoció con la denominación con que hoy se le designa (2). En el antiguo derecho romano la tenencia se conoció con el nombre de *naturalis possessio* por oposición a la *civilis possessio* o relación posesoria de propietario, terminología adoptada por el jurista Pablo, primero y por Justiniano posteriormente.

Cuando ya la tenencia adquiere una entidad jurídica autónoma, como observamos en el capítulo anterior, surge al lado de ella una especie de acción restitutoria en favor del dueño o propietario. El esclavo que hubiere hecho un préstamo a otro esclavo o el hermano a otro hermano, tenía la obligación de restituir la cosa dada en préstamo. Si no verificaba la devolución en la forma y tiempo convenidos, el dueño se podía dirigir al jefe de la familia para lograrla, pues, como se sabe, en aquella época él tenía la calidad de *domesticus iudex*.

Luego, continuando tras la evolución del derecho romano y estudiando la situación jurídica de los colonos e inquilinos —primeros tenedores propiamente dichos, considerados como tales en aquel derecho— encontramos que su posición jurídica era fundamentalmente distinta a la del detentador en el derecho actual. Los sujetos de la relación precaria gozan hoy de una completa protección del derecho, ya que no sólo pueden impetrar las acciones personales que genera el contrato sino también la protección posesoria en determinados casos. En cambio, en la época a que se hace referencia, los tenedores estaban desprovistos de todo medio de defensa de sus débiles derechos. El propietario podía lanzarlos por sí del fundo o de la casa; si se resistían, el dueño podía invocar el *interdictum uti possidetis* (hoy aplicable sólo a muebles). Aún más, el poder del propietario podía llegar hasta el extremo de prohibir al colono la recolección de los frutos, con el agravante de que si éste hacía caso omiso de la orden, no sólo perdía la propiedad de ellos sino que cometía un delito de hurto.

Sin embargo de esta situación tan enteramente precaria de los tenedores de hecho, por la fuerza de la costumbre, fuente originaria del derecho, sólo eran lanzados los inquilinos y colonos malos, entendi-

(1) Hernando Devis Echandía, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, N° 43. Editorial Temis, 1.961.

(2) Detentación o posesión precaria en el derecho francés; posesión en nombre ajeno o subordinada en el alemán y tenencia en el colombiano, etc.

do por tales aquellos que descuidaban el fundo, dañaban o inutilizaban la cosa, etc.

Viene luego una época en que al mismo tiempo que se fortalece la precaria situación del tenedor se equiparan y garantizan los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación precaria.

El primer paso de protección de los tenedores se da en la edad media —derecho nuevo— cuando, para evitar las arbitrariedades de parte del poseedor o dueño al lanzar al colono o inquilino, se permitió a éste asegurarse contra tal eventualidad por medio de una pena convencional, cláusula de cuya validez no dudó un sólo momento la jurisprudencia, y que en mucho vino a limitar el poder de desahucio y lanzamiento de que era titular el dueño o poseedor de la cosa.

Simultáneamente a la aceptación de dicha cláusula, se dijo que ella era ineficaz en el caso de que el tenedor —colono o inquilino— incurriera en mora de pagar la renta, descuidase el fundo o la casa o en el evento de que la dañara.

Avanzando progresivamente en este campo, se admite posteriormente que, si el arrendatario o inquilino tenía pretensiones convencionales tales como indemnizaciones a título de expensas necesarias que incumbían al dueño o poseedor, podía oponerse al desahucio acudiendo para ello al juez, al igual que en todos los procesos tendientes a obtener la restitución de cosas. El juez, en este caso, por medio de una sentencia incidental, imponía al actor la obligación de pagarle al tenedor en un término que él mismo indicaba, tales expensas.

En esta forma aparecieron las primeras restricciones al arbitrario derecho de desahucio reconocido al dueño o poseedor de la cosa y se llega hasta el punto de que el juez puede imponerle a éste el pago de tales renglones aún en el caso de que el desahucio se diera por culpa del inquilino.

Se aceptan más tarde como causales para poner término a la relación arrendaticia y obtener la consiguiente restitución de la cosa, la venta de ésta, el legado de la misma o la constitución de un derecho de usufructo sobre ella o, en otras palabras, se consagra acción de desahucio o lanzamiento al comprador, legatario o usufructuario de la cosa dada a título de mera tenencia, pero con una condición especial para el caso de venta, pues para que el comprador se subrogara en la acción del vendedor, era necesario que la tradición de la cosa se hiciera con citación del arrendatario o colono.

En los anteriores apartes queda enunciada, en forma somera, la evolución que en la época romana sufrió el hoy denominado juicio de

desahucio, desalojo o lanzamiento y que fue consagrado como rito en las DOCE TABLAS, primer monumento del derecho romano.

Posteriormente, con la invasión de las hordas del Norte, las instituciones romanas sufrieron un tremendo vuelco; pero los documentos de las ciencias y las artes fueron recogidos por los monjes y la Iglesia Católica, documentos éstos que vinieron después a servir para la reconstrucción de las instituciones de la época clásica.

Los Vándalos y Alanos, más tarde invadieron la península ibérica, pero hubieron de ceder al empuje de los Visigodos tras larga lucha. Estos impusieron una monarquía absoluta y como necesitaron instituciones escritas, tanto para gobernar como para garantizar los derechos del pueblo en sus relaciones particulares, sucedió entonces a la legislación romana otra que participaba fundamentalmente de aquélla en muchos de sus aspectos.

9) *Evolución Legislativa.*— En materia procedimental, el Reino Español estuvo regido primeramente por el denominado "Forum Judicium". A éste siguió el Fuero Real de España y luego "Las siete Partidas", código expedido y promulgado por Don Alfonso El Sabio, pero que sólo vino a regir a partir del año de 1348. La Partida Tercera de este estatuto estaba destinada, precisamente, al enjuiciamiento.

Posteriormente rigieron en su orden la Nueva Recopilación, sancionada por Felipe II en el año de 1567, y la Novísima Recopilación, expedida por Carlos IV en el año de 1805.

Las disposiciones españolas fueron implantadas en todas las colonias hispanoamericanas a través de "La Recopilación de los Reinos de Indias", sancionada el 18 de Mayo de 1680, reglamento que constaba de nueve libros, divididos en Títulos y éstos, a su vez, en Leyes.

Dentro de un estudio de la evolución legislativa de nuestro país no pueden perderse de vista las leyes y los tratadistas españoles, pues, como se verá, fue precisamente el derecho español el que sirvió de patrón a muchas de las instituciones procedimentales, al igual que en muchos de los otros países del nuevo mundo, especialmente en los de habla hispana.

Efectivamente: La Constitución de Cúcuta, expedida en 1821, dispuso en su artículo 188 que "se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso".

El primer intento de codificación nacional fue llevado a cabo por Don Lino de Pombo en el año de 1845 con su "Recopilación Granadi-

na", obra que constaba de siete volúmenes, uno de ellos contentivo de las normas procedimentales y cuya vigencia se mantuvo a través de la primera constitución federal de 1853 y que perduró hasta el año de 1.863, cuando la Convención de Rionegro expidió la Constitución de ese año y que vino a consolidar el Régimen Federal.

Constituido el régimen federal, cada estado soberano expidió su propio código judicial; pero como ocurrió que en la práctica se presentaban serias dificultades por cuanto las disposiciones de uno no regían en otro Estado, se convino en conceder facultades al Gobierno de la Unión para que adoptara un código de Procedimiento Civil que tuviera aplicación en todo el territorio. Dicho estatuto se llevó a término en el año de 1.872, tomando como patrón principal el vigente en el Estado de Cundinamarca del año de 1870, el cual a su vez tuvo como fundamento el Código Judicial de Chile, calcado de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de España*, expedida en el año de 1855.

Vuelto el país por el fuero del Régimen Unitario, vino también la reunificación de la legislación de acuerdo con la constitución del año de 1.886. Y la ley 57 de 1887 dispuso que regirían en la República, noventa días después de la publicación de esa ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: "... d) el Judicial de la Nación, sancionado en 1872 y reformado por Ley 76 de 1873, edición de 1874".

Varias leyes reformativas del Código de Procedimiento Civil se dictaron posteriormente, entre las cuales cabe destacar la 105 de 1890, la 100 de 1892, 169 de 1896, 40 de 1907 y 58 de 1.905, esta última relativa al juicio de "Desahucio y Lanzamiento" y cuyo artículo 15, aún vigente, se refiere al lanzamiento por ocupación de hecho.

Como la diversidad de leyes reformativas del Código Judicial hacía muy difícil el estudio y la consulta de los preceptos procedimentales y aún regían desuetas disposiciones de la legislación española, muchas veces incongruentes y contradictorias, se hacía necesaria la expedición de un nuevo estatuto procesal. Fue entonces cuando el doctor Ismael Arbeláez, mediante contrato celebrado con el Gobierno nacional, presentó un proyecto de Código Judicial, el cual fue adoptado como tal por la ley 103 de 1.923.

A pesar de los avances que en cuestiones de procedimiento implicaba el Código de Arbeláez, la mayoría de los Tribunales del país solicitaron su derogatoria y fue así como por ley 26 de 1.924 se suspendió la vigencia de la ley 103 de 1923 y se restableció el imperio del Código Judicial adoptado por la ley 57 de 1887 con sus reformas y adiciones.

La misma ley 26 de 1924 creó una comisión de juristas que tendría como cometido corregir los errores y defectos de que adolecía el Código de Arbeláez. Dicha comisión, después de cinco años de labores, presentó un proyecto de código que fue adoptado por medio de la ley 105 de 1.931 y que es el que acualmente está en vigencia, con algunas ligeras modificaciones.

En el año de 1.956, el Ministerio de Justicia publicó un Proyecto de Código de Procedimiento Civil, redactado por la comisión integrada por los doctores Hernando Morales, Rafael Robles y José Joaquín Rodríguez; proyecto que consta de 1512 artículos. La comisión "se propuso redactar un estatuto que aprovechara aquéllas disposiciones foráneas adaptables al medio colombiano, que tuviera una orientación propia, que llenara las necesidades de una rápida administración de justicia, de eficacia y simplificación en los distintos trámites, y facilitara al mismo tiempo el ejercicio de los derechos consagrados por la ley sustancial", como se lee en la exposición de motivos que acompaña al proyecto (3).

El proyecto de Código Judicial, sin apartarse de la tradición del país, recoge los avances de la ciencia procesal contemporánea que ha tenido su culminación en el desarrollo del juicio oral. Reglamenta el proyecto en forma exhaustiva lo relativo al juicio ejecutivo; amplía la aplicación del trámite verbal a muchas controversias; establece nuevos trámites como los relativos a la nulidad, disolución y liquidación de sociedades e incorpora a su articulado procedimientos que se han creado por medio de leyes especiales tales como los de las leyes 63 de 1.936, 19 de 1.937, 120 de 1.928, 2ª de 1.938, etc. Con justa razón se le ha considerado por los críticos como un excelente avance legislativo y que por razones no muy explicables no se ha incorporado al cuerpo legislativo nacional.

En relación con los juicios de tenencia, el proyecto les da el carácter de procesos de ejecución. Expresamente le reconoce al demandado el derecho de proponer toda clase de excepciones al contestar la demanda de lanzamiento, las que se deciden como en el juicio ordinario de menor cuantía, facultad esta que no aparece muy clara en el actual código judicial; introduce además, algunas innovaciones a las cuales se hará referencia en la oportunidad debida.

Del enunciado de los principales estatutos procedimentales que nos han regido a partir de la independencia legislativa y más concreta-

(3) Exposición de motivos del Proyecto citado, pág. 293. Empresa Nacional de Publicaciones. 1.956.

mente en relación con los juicios de tenencia, sólo encontramos como antecedente de la ley 105 de 1.931 la ley 58 de 1.905 que, como se dijo, reguló lo concerniente al juicio de "Desahucio y Lanzamiento".

De esta observación cabe preguntarnos cuál era entonces el procedimiento aplicable a los eventos relativos a la extinción o terminación de la relación precaria para recuperar la tenencia

La respuesta a este interrogante nos la da la historia legislativa y los conceptos de algunos tratadistas del derecho español. Ya habíamos observado cómo el Gobierno de la Unión adoptó como código judicial el que regía en el extinguido Estado Soberano de Cundinamarca y cómo aquel procedía mediatamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1.855.

Ahora bien: Como anota don Manuel de La Plaza: "antes como ahora, el desahucio (de dejicio, arrojar, lanzar) era un proceso, que exactamente ha calificado el comentarista que se oculta bajo el pseudónimo de MUCIUS SCAEVOLA, de *resolutorio* del contrato y *recuperatorio* de la posesión natural, y si, por razón de la primera nota, parecía lógico que se asimilase a los procesos de cognición ordinarios, la singularidad de la segunda, justificaba una remota asimilación de los procesos interdictales. De allí que nuestras leyes lo comprendieran en el grupo de los *juicios sumarios*". (4).

Como lo anota el mismo autor, antes de la ley de enjuiciamiento españolas de 1.855, todas las controversias surgidas del contrato de arriendo se resolvían dentro de los amplios trámites del juicio ordinario. Luego, en la ley de Enjuiciamiento Civil se estableció el juicio verbal, aplicable sólo al evento del cumplimiento del término estipulado en el contrato; dispuso, además, que en los otros eventos, incluso en el de falta de pago, la oposición del demandado originaba de allí en adelante la tramitación del juicio pleno, al igual que ocurre hoy con la oposición a la declaratoria de pertenencia (ley 120 de 1.928).

Este error hizo que en España, por Ley 25 de Junio de 1.867, se estableciera un procedimiento breve y sumario aplicable a todos los supuestos de extinción de la relación de tenencia y que tuviera como finalidad la recuperación de la cosa dada a título precario.

Por todo lo anterior se explica por qué, precisamente, el artículo 1.335 del Código Judicial de 1.872 hablara simplemente de la acción de *tenencia sumaria* a favor del poseedor regular de una cosa inmueble de que sea mero tenedor un tercero. Luego el 338 de la ley 105 de

(4) Manuel de La Plaza, DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL, Tomo I. pág. 335. Segunda Edición. Madrid. 1.945.

1.890 derogó el artículo 1.335 citado, y estableció una reglamentación sobre tenencia un tanto prolija. La ley 100 de 1.892 derogó la anterior disposición y en la sección de *Enjuiciamiento Civil*, consagró en favor de quien estuviera en posesión regular de un inmueble de que un tercero es mero tenedor, a virtud de arrendamiento u otro contrato, no traslativo de dominio, que por cualquier causa haya terminado, la acción de tenencia sumaria. Posteriormente, la ley 46 de 1.903 reformó la anterior en el sentido de asignar competencia al Juez de Circuito del lugar de ubicación del bien para conocer de esta acción.

Finalmente, vino la ley 58 de 1.905, antes citada, en donde se consignó un reglamento del juicio de "Desahucio y Lanzamiento" este sí, un verdadero antecedente inmediato del Título XXXVII de la ley 105 de 1.931 y del cual difiere en poco.

10) *Disposiciones Vigentes acerca de los juicios de tenencia.* No obstante que a lo largo del estudio que hemos iniciado acerca de los juicios de tenencia y control de arrendamientos, nos referiremos a su debido tiempo a las disposiciones aplicables en cada caso concreto, consideramos oportuno indicar algunas leyes y decretos que directa o indirectamente tienen alguna incidencia en esta clase de procesos.

a) Fundamentalmente, en relación al procedimiento a seguir en esta clase de juicios especiales, rige la tramitación que el Código de Procedimiento Civil regula en el Título XXXVII y que comprende los artículos 1103 a 1119. El Título se encuentra dividido en tres Capítulos, cada uno de los cuales trata en su orden: el lanzamiento del arrendatario, la restitución de la cosa a petición del arrendatario y el último contiene disposiciones varias. Pero, como es obvio, a este juicio, como a todos los especiales que trae el Código, le son aplicables en lo pertinente las disposiciones generales sobre procedimiento civil y sistema probatorio.

b) El artículo 15 de la ley 57 de 1.905, reglamentado por el Decreto N° 992 de 1.930, se aplicaba a los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho; pero en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 17 de la ley 200 de 1.936, hoy sólo puede aplicarse a los casos en que la acción tenga como fundamento la ocupación de predios urbanos.

Cuando se expidió la ley 105 de 1.931, se suscitó la duda de si los artículos 42 y 43 de la ley 100 de 1.892 y 7° de la 46 de 1.903, que consagraban acciones de tenencia, aún quedaban vigentes. Algunos expositores y compiladores como los doctores José Antonio Archila y Mesa Prieto resolvieron la duda en forma afirmativa, pues que

ellos contemplaban algunas disposiciones indispensables para llenar supuestos vacíos, tanto que los citados autores los reproducían en sus compilaciones. Otros distinguidos tratadistas como Ramón Gómez Cuellar, Jesús M. Restrepo Barrientos, Luis Felipe Latorre y Antonio J. Pardo, sostienen la opinión contraria con argumentos tomados de la misma exposición de motivos de la ley 105 y con razones tales que no dejan la menor duda en el sentido de que tales preceptos quedaron definitivamente abolidos de la legislación procedimental.

El último de los citados tratadistas, después de afirmar que el juicio sumario, que, según la ley 39 de 1.921 servía para tramitar treinta y una controversias, también quedó derogado por el actual Código Judicial, razona así: "Lo que hemos dicho del juicio sumario podemos aplicarlo al de tenencia estatuido por el artículo 7º de la ley 46 de 1.903 en el sentido de que este último procedimiento no se encuentra tampoco vigente, no obstante el respeto que nos merece la opinión del ilustre jurisconsulto doctor José Antonio Archila quien sostiene la tesis contraria.

"Dicha acción de tenencia sumaria se daba según el artículo 7º de la ley 46 de 1.903, al poseedor regular de una cosa inmueble de que un tercero era mero tenedor, a virtud de arrendamiento o de otro contrato no traslativo de dominio, que por cualquier causa hubiera terminado, acción que se ejerce, de acuerdo con el actual código judicial, por el procedimiento que se señala en los artículos 1.103 a 1.110 de dicha obra, el cual hace extensivo el 1.115 ibídem a la restitución de cosas dadas en tenencia, a título distinto del de arrendamiento, o que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan.

"Están, pues, en el Código Judicial reglamentados todos los casos en que el dueño de una cosa, cuya tenencia ha transmitido a un tercero, por razón de un contrato no traslativo de dominio, como comodato, depósito o prenda, o por usufructo, uso o habitación, pretenda obtener la restitución, porque el pacto de tenencia haya finalizado por cualquiera razón legal, pues para ello se reconoce la acción especial que se reglamenta en el Capítulo 1º del Título XXXVII, Libro 2º de la Ley 105 de 1.931". (5)

c) La ley 200 de 1.936 y su decreto reglamentario N° 59 de 1.938, sobre régimen de tierras, creó los Jueces de Tierras, encargados de conocer, privativamente, en primera instancia, de las acciones

(5) Antonio J. Pardo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, pág. 201. Imprenta Universidad de Antioquia, 1.950.

de "lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales", vieniendo a reformar así el artículo 15 de la ley 57 de 1.905. La misma ley 200, en su capítulo II, estableció el procedimiento a seguir en el ejercicio de alguna de las acciones consagradas en su artículo 16.

d) Los Jueces de Tierras creados por la Ley 200, sólo ejercieron sus funciones hasta el año de 1.943, cuando por ley 4ª de dicho año fueron suprimidos y sus funciones adscritas a los Jueces de Circuito. En efecto, dispuso la citada ley en su artículo 37 que "a partir del 1º de Mayo de 1.943, suprimense los Jueces de Tierras, y adscribense sus funciones a los respectivos Jueces de Circuito, quienes conocerán adoptando el criterio y tramitación señalados por la ley 200 de 1.936".

e) El Decreto Legislativo N° 0291 de 1.957, se aplica al ocupante de predio rústico que ejerza tenencia sobre él, en virtud de un contrato de arrendamiento o de uno de los contratos a que específicamente se refiere el artículo 1º de la ley 100 de 1.944, cuya finalidad sea el incremento del cultivo de las tierras y de la producción agrícola. De acuerdo al mismo decreto, la competente para conocer de las acciones surgidas con ocasión de uno de los contratos referidos, es la justicia laboral (Arts. 22, 26 y 40). Pero debe tenerse presente que si se tiene un predio rústico por razón de una relación jurídica distinta a las indicadas, contraída para objetos ajenos a la explotación agrícola, de los juicios de lanzamiento que de tal situación se deriven, conocen los jueces civiles, conforme a las normas del C. de P. Civil, teniendo en cuenta, en lo sustantivo, las disposiciones del Capítulo Sexto del Título XXVI, Libro Cuarto del Código Civil.

La anterior era la interpretación que los Tribunales habían venido sosteniendo acerca de la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el Decreto 0291 de 1.957, cuestión ésta que en más de una ocasión a dado lugar a serios conflictos de competencia entre la justicia civil y la laboral. Mas, cualquier duda que aún subsista sobre este particular ha quedado plenamente disipada con la promulgación del Decreto N° 1819 de 1.964, integrante de la Reforma Judicial, cuyos artículos 15 y 16 preceptúan que la justicia del trabajo continuará conociendo de los asuntos previstos en los decretos 456 y 931 de 1.956 y que la justicia civil conocerá de los asuntos atribuidos a la del trabajo por el decreto extraordinario 291 de 1.957 que se promuevan con posterioridad a la vigencia de este decreto cuando no se originen en un contrato de trabajo (6).

(6) Este decreto rige a partir del 1º de Julio de 1.966, según el Artículo 18 del mismo.

f) Para la correcta aplicación del Decreto 0291 de 1.957, debe tenerse en cuenta, además, el artículo 6º de la ley 100 de 1.944 el cual dispone que "el arrendador o dueño de tierras podrá dar por terminado el contrato y pedir el lanzamiento del cultivador, aparcerero, agregado, arrendatario, cosechero, etc., cuando éste o cualquiera otra persona autorizada o tolerada por él, establezca en el predio cultivos de tardío rendimiento o mejoras de carácter permanente prohibidos en el mismo, o adelante los permitidos en zonas o por sistemas que hayan sido exceptuados, sin que tenga que abonarle su valor, salvo el derecho del cultivador a los materiales según las reglas del Código Civil".

De igual manera, no se puede echar de menos el contenido de los artículos 55, párrafo del artículo 58 y 104 de la ley 135 sobre Reforma Social Agraria y los artículos 4º, 5º, 6º y 7º del Decreto Reglamentario N° 1.903, ambos de 1.962, y que regulan lo relativo a la prórroga de algunos contratos en predios rústicos.

Podría decirse que las leyes y decretos hasta aquí citados constituyen el reglamento adjetivo de la tenencia cuyo ámbito de aplicación es el territorio nacional, sin más límites que los contenidos en sus mismos preceptos. Mas, como fuera de aquellas disposiciones existe una serie de leyes y decretos que, si bien únicamente se aplican al arrendamiento de propiedades urbanas en determinadas ciudades y con ciertas condiciones, es bueno enunciarlos y tenerlos en cuenta ya que en muchas ocasiones sus mandatos determinan la prosperidad de las acciones de tenencia.

Son ellos los que consagran el estatuto de *control de arrendamientos* o que se relacionan con él directa o indirectamente y al cual, precisamente, se dedicarán los últimos capítulos de este trabajo.

El primer paso dado en nuestro derecho, en relación con el control de arriendos, lo constituye la ley 7ª de 1.943, la cual en su artículo 3º dispuso que podrá el Gobierno "dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos". Luego, a partir del año de 1.956 el Poder Ejecutivo ha venido dictando, unas veces invocando el artículo 121 de la Constitución Nacional y otras la ley 7ª de 1.943, una serie de decretos tendientes a establecer y garantizar el control, decretos que, finalmente, fueron adoptados como leyes por medio de la 41 de 1.961.

Los decretos en referencia son los siguientes:

Decreto N° 453 de 1.956. Dispuso este decreto que en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos no se podrá exigir, ni di-

recta ni indirectamente, depósitos en dinero efectivo u otra clase de cauciones reales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario; que los depósitos anteriores serían devueltos a los inquilinos y las cauciones canceladas; y, finalmente que el arrendador que contraviniera lo dispuesto en el decreto, incurrirá en multa no inferior al valor de la prestación exigida al arrendatario, ni superior al doble de ella, sin perjuicio del derecho de éste último para pedir la devolución de lo que hubiere entregado por tal concepto.

Decreto 1070 de 1.956. Este decreto, el más importante sobre la materia, declaró congelados los precios de los arrendamientos de las fincas urbanas en las ciudades capitales de los Departamentos y demás ciudades de más de cincuenta mil habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieron el 31 de Diciembre de 1.955.

Dispuso, además, que en ningún caso el arrendador podrá exigir al arrendatario la entrega de la finca, ni aún en el caso del vencimiento del contrato de arrendamiento, si el arrendatario hubiere cubierto los respectivos cánones en su oportunidad. Exceptuó los casos en que el propietario requiere el inmueble para ocuparlo con su propia habitación o negocio o haya de demolerlo para efectuar una nueva construcción. En este caso, agrega, el arrendador deberá solicitar la Licencia respectiva al Ministerio de Fomento (7).

Decreto N° 1616 de 1.956. Reglamentario del 1070. Se limita a regular todo lo relativo a la solicitud de licencia de que habla el estatuto reglamentado. Indica cuáles documentos deben acompañarse a la solicitud, cuál es el trámite que se le da y, en fin, los efectos de la resolución administrativa y las obligaciones que se imponen al arrendador agraciado con ella.

Decreto 1849 de 1.956. Declaró exentas de la congelación de precios de arrendamientos a aquellas propiedades inmuebles que el 31 de Diciembre de 1.955 estaban administradas por una entidad de crédito, mediante contrato de anticrisis legalmente celebrado, y cuyo canon de arrendamiento se hubiese fijado al propietario en consideración exclusiva a las cuotas de amortización que éste debe pagar a dicha entidad por razón de los créditos que se le hubieren otorgado.

Decreto N° 1943 de 1.956. Estableció una especie de pago por consignación abreviado, sin perjuicio del procedimiento que trae el Código Judicial en su Título XXXII, para el caso de que el arrendador

(7) Hoy Gobernación del respectivo Departamento y Alcaldía del D. E. de Bogotá (Decreto N° 210 de 1.958).

se niegue a recibir el pago de las rentas o cánones, con el fin de hacer incurrir en mora al inquilino.

Decreto N° 2613 de 1.956. Este Decreto modificó el artículo 1.105 del C. de P. Civil, con miras a que el juicio de lanzamiento se hiciera más rápido ya que por naturaleza debe ser breve y sumario. Introdujo algunas ligeras reformas al procedimiento del Código, especialmente en lo relativo a la oposición del demandado.

Decreto N° 151 de 1.957. Esta estatuto tiene por objeto la protección de la industria hotelera nacional. Estableció un procedimiento especial, para cuya aplicación dió competencia a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero.

Decreto N° 699 de 1.957. Consagró un procedimiento administrativo tendiente a hacer efectivo el derecho del inquilino a obtener la devolución de los cánones pagados en exceso, con relación a los inmuebles que el Decreto 1070 declaró congelados en sus precios.

Decreto 210 de 1.958. Por medio de este Decreto, el Ejecutivo delegó en las Gobernaciones de los Departamentos y Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá, las funciones de Control y Vigilancia y otorgamiento de licencias administrativas que conforme al Decreto 1070 se le asignaron al Ministerio de Fomento.

Decreto N° 1798 de 1.963. Dispuso este decreto el orden de prelación de las entidades facultadas para mantener depósitos judiciales. De suerte que, siguiendo tal orden, se hará la consignación de cánones cuando fuere el caso de acudir a esta forma de pago conforme al Decreto N° 1943 de 1.956, antes citado.

Decreto N° 1148 de 1.964. (De Mayo 16).- A partir de tal fecha quedaron excluidos del régimen de congelación de arrendamientos las propiedades raíces de las entidades de Beneficencia y Asistencia Pública.

Decreto N° 344 de 1.965. Finalmente, este decreto, también reglamentario del 1070 de 1.956, vino a consagrar una nueva causal de lanzamiento consistente en la negativa de parte del sub-arrendador a reajustar el precio del sub-arriendo al valor de la renta legalmente congelada.

NOTA: El anterior estudio hace parte de la tesis de grado titulada JUICIOS DE TENENCIA Y CONTROL DE ARRENDAMIENTOS, presentada por el autor para obtener el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. En el N° 69 páginas 33 - 79 se publicaron los capítulos VIII y IX; y en el N° 70, páginas 205 - 286, los capítulos III a VII inclusive.

INDIGNIDAD Y DESHEREDAMIENTO

Dr. J. Emilio López

DOCTRINAS

El Juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5° del art. 152 del C. J., es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado Juez del respectivo Circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Se trata del Juez del último domicilio y si hay varios competentes por razón de la cuantía, cualquiera de ellos puede conocer de tales acciones. La locución "el mismo juez", se refiere no precisamente a la persona del Juez que está conociendo del juicio de sucesión, sino a uno del domicilio del causante o del lugar en donde se esté adelantando la sucesión, que puede ser distinto del que está conociendo de ésta si en el lugar hay varios jueces de una misma categoría.

Las causales de indignidad más socorridas se encuentran en los artículos 1.025. 1.026 a 1.029 C. C. El art. 1.025 habla del que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.

De conformidad con la Ley 8ª de 1.922 art. 2º y el art. 154 C. C., las causales de ese artículo son también de indignidad porque constituyen atentado grave contra el honor (adulterio de la mujer y abandono del hogar especialmente).

Por sentencia ejecutoriada como prueba del atentado no se refiere a decisión exclusivamente penal, pues tal atentado puede aparecer probado en providencia civil y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece hoy con el adulterio que no es delito. El adulterio tiene el alcance legal de atentado grave probado que sea ante la Jurisdicción civil.

J. EMILIO LOPEZ

TRIBUNAL SUPERIOR (Sala de Decisión)

Medellín Enero veinticuatro de mil novecientos sesenta y siete.

Magistrado Ponente: Dr. J. Emilio López.

En este juicio ordinario del señor N. N. contra la Sra. N. N., se revisa la sentencia de fecha agosto 6 de 1.966, pronunciada por el señor Juez 6º Civil Municipal de esta ciudad, estimatoria de las súplicas del libelo.

Los actores solicitan:

“Que N. N. se hizo indigna de suceder al Sr. N. N. y que, por consiguiente, no tiene derecho a recoger la porción conyugal que podría corresponderle en la sucesión del mentado N. N. Ud. se servirá además condenar en costas en costas a la demandada si afrontare la litis”.

Los hechos se sintetizan: Que el señor N. falleció en esta ciudad en donde tuvo su último domicilio el 7 de febrero de 1.964 y al tiempo de su muerte estaba casado con N. en segundas nupcias, matrimonio del cual no hubo descendencia.

Al poco tiempo de este matrimonio la cónyuge abandonó el hogar y se dedicó a vida licenciosa, lo que determinó al esposo a solicitar protección policiva y además a solicitar separación de bienes que obtuvo. Como consecuencia de la vida licenciosa la cónyuge procreó un hijo que fué impugnado por su legítimo esposo, lo que también prosperó.

El de cujus otorgó testamento en donde hace mención especial de los hechos anteriores e instituye herederos y legatarios excluyéndola precisamente.

En derecho cita los artículos 1025 Nº 2 y 1030 C. C.

Como se afirmara desconocer la residencia de la demandada se dio aplicación al artículo 317 C. J. y se le nombró, previos los requisitos legales, curador ad-litem en la persona del Dr. Jaime Tobón Obregón, quien al contestar la demanda se opuso a las súplicas y anunció discusión jurídica sobre varios aspectos planteados, la que no se produjo a lo largo del juicio. Como se dijo, la sentencia del a-quo acoge las súplicas del libelo.

Agotados los trámites de segunda instancia y como no se observa causal de nulidad, se entra a decidir con las siguientes consideraciones

Se ha tratado de discutir la competencia para conocer de este negocio por juez distinto a aquel en donde se abrió el juicio de Sucesión. El tema ha sido controvertido ampliamente. El Dr. Antonio J. Pardo en su obra sobre procedimiento, Tomo I, pág. 157 y ss., considera que de conformidad con el inciso 2º, Regla 5ª del art. 152 C. J. la competencia radica privativa y exclusivamente en el Juzgado en donde se avanza el juicio. Criterio diferente es el que sigue el Dr. H. Morales, que a la vez fortalece sus conclusiones con Jurisprudencia del H. Tribunal Superior de Bogotá (V. p. 38 Tomo 1º, Edición 5ª, 1965). Asimismo piensa la H. Corte (Sentencia de Julio 14/54. LXXVIII-78). Dice la Corte: “El Juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5º del art. 152 del C. J., es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado Juez del respectivo Circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Por tanto, la demanda que en tal caso se promueva contra una sucesión, puede ser repartida, y el Juez a quien corresponda es competente para conocer de ella aunque no sea el mismo que conoce de la causa mortuoria”.

Se trata pues del Juez del último domicilio del causante y si hay varios competentes por razón de la cuantía cualquiera de ellos puede conocer de las acciones a que se refiere el inciso 2º del Nº 5 del artículo citado. Entonces la locución “el mismo Juez” se refiere no precisamente a la persona del Juez que está conociendo del juicio, sino a uno del domicilio del causante o del lugar en donde se esté adelantando la sucesión, que puede ser distinto del que está conociendo de ésta si en el lugar hay varios Jueces de una misma categoría.

Entrando al fondo de la acción se precisa:

Se llama a recibir herencia o legado por vocación hereditaria, por la ley o el testamento, pero tal hecho o vocación se puede impugnar en razón de indignidad, concepto que viene desde el derecho romano

pero que ha sido ampliamente desarrollado en las legislaciones modernas.

En efecto; el heredero debe ser digno, pues sus actos no deben haber contrariado los afectos y sentimientos que se presumen entre causante y heredero, lo que a la vez se cristaliza como hecho natural en los órdenes hereditarios, algunos de los cuales son imperativos para el testador.

La indignidad se define "atentados cometidos por el heredero o legatario contra el causante, capaces de destruir las naturales motivaciones de efecto y cariño que se suponen existir como fundamento de la vocación hereditaria". Es pena cuya consecuencia es la pérdida del legado o herencia. El desheredamiento consecuencial es legal o testamentario y ambos casos son reglamentados por la ley y su interpretación es restrictiva, precisamente por ser una pena.

Las causales de indignidad más socorridas se encuentran en los artículos 1025, 1026 a 1029 C. C.

Dice el art. 1025 C. C. "Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios... 2º El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

De conformidad con la ley 8ª de 1.922 art. 2º y el art. 154 C. C. las causales de este Art. son también de indignidad porque constituyen atentado grave contra el honor (adulterio de la mujer, abandono del hogar especialmente). (Véase "Sucesiones" Carrizosa Pardo, Ed. 4ª, pág. 379).

En el presente juicio se ha establecido con las pruebas adecuadas los hechos aducidos en soporte a la acción. Tales pruebas son: "Acta de la defunción del causante a que este juicio se refiere y partida de matrimonio de este mismo con la demandada N. N. Copias de la sentencia de separación de bienes y de la sentencia que resuelve la impugnación de la paternidad del hijo que la demandada concibió fuera del matrimonio. Declaraciones de los señores Omar Restrepo Cardona y Luis Restrepo Escobar. Copia del auto de apertura de la sucesión del Señor N. N., con las correspondientes notificaciones expedidas por el Juzgado Once. Certificaciones de la partida de nacimiento de N. N. cuya paternidad se impugnó con la correspondiente constancia y finalmente copias de la Inspección de Policía de Belén donde constan

los hechos y diligencias que dieron lugar a disponer por dicha autoridad el "concierto" de la menor de ese entonces, N. N".

Es pues indudable la prueba del adulterio con la integridad de las consecuencias respectivas. La H. Corte dice al respecto:

Según el ordinal 2º del artículo 1025 del C. Civil, el atentado grave contra la vida, el honor o los bienes del de cujus, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos debe acreditarse mediante sentencia ejecutoriada. Se pregunta si dicho texto se refiere únicamente a las decisiones de carácter penal. La Corte tiene sentada doctrina (LXXXII, 548), según la cual ello no es así rigurosamente, porque el texto no hace distinción alguna, con acierto indudable, ya que un atentado de tal especie puede también aparecer de una providencia civil; y en algunos casos es imposible que conste en sentencia penal, como acontece con el adulterio que hoy no es delito. La doctrina en mención reconoce a este hecho el alcance legal de atentado grave, probado que sea ante la Jurisdicción civil mediante una sentencia de divorcio quoad thorum et cohabitacionem, de origen eclesiástico o civil, esto es, una decisión judicial, pero no de carácter penal (P. 882 C. J. Nº 2240).

Es pues jurídica la Providencia que se revisa y deberá Confirmarse.

Por estas razones el Tribunal en Sala de Decisión administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

CONFIRMA la sentencia de procedencia y fecha ya indicadas.
Costas en esta instancia a cargo de la parte apelante.

COPIESE, PUBLIQUESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

J. EMILIO LOPEZ

LEONEL URIBE BERNAL

ALBERTO OSPINA BOTERO

NEMESIO DE J. GOMEZ V.

DERECHO ROMANO (TOMO I)

Editorial Universidad de Antioquia, 1965

por

LUCRECIO JARAMILLO VELEZ
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

Recensión crítica de Rodrigo Noguera Barreneche

Ha llegado para buen provecho de estudiantes y profesores, a la biblioteca de la Universidad del Atlántico la interesante obra arriba mencionada (en 214 páginas), que hace pocos días recibí de nuestro rector, con el fin de hacer su recensión, que bien la merece.

El libro abarca todo —casi todo, si juzgamos con nimiedades— el programa que podría considerarse universal, del primer curso de derecho romano, en las universidades de naciones que derivan de él sus legislaciones civiles, que son las continentales del centro, occidente y sur europeos, toda Hispano-América, algunos estados de la del norte, como el de Louisiana por su origen francés, y naciones sur-africanas que fueron holandesas (además de cierta región de Escocia, ob. cit., p. 54). Pero el autor concede poco espacio al derecho público, excepto cuando se relaciona íntimamente con el privado, como en lo tocante a ciudadanía, extranjería, latinidad etc. Desde el punto de vista de la importancia del derecho romano en el ejercicio de la profesión del abogado, la poda es razonable; pero hoy la evolución del estado en la historia universal de la cultura europeo-americana, es de sumo interés para

mejor comprensión de sus diversas organizaciones actuales, que no digo modernas. En cambio, no me parece conveniente, sin juzgarla desacertada, que no se exponga a continuación de la esclavitud —régimen laboral de la antigüedad, por la barbarie de sus frecuentes guerras— las formas serviles atenuadas del colonato extracontractual (no el del colonato aparcerero), el patronato, que prolongaba en suave sujeción la esclavitud del liberto, y aun la clientela, vinculada a la vez con el derecho público y el patrimonial.

Cuatro calificativos de justo encomio pueden aplicársele sin error. Es claro, conciso, correcto y cabal: condiciones *sine quibus non* de un buen libro de enseñanza; por lo cual, autorizado inicialmente por nuestro rector, y luego por el decano de la facultad de ciencias jurídicas, me he permitido recomendarlo por escrito, a fin de que se adopte como texto del primer año de romano (instituciones, personas y bienes, que es la materia de este primer tomo de la obra de que es autor el Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). Claridad gramatical y lógica, esto es, en el lenguaje, la exposición y su método. Concisión sin recortes substanciales, que hasta hace al nombrado romanista introducir el neologismo técnico *traditar* (derivado del supino o el participio pasivo del verbo latino *tradere, traditum, traditus*), para llenar un incómodo vacío de nuestra lengua, que se viene subsanando con la perífrasis *hacer tradición* (. C., 748, 785) o *efectuar la tradición* (ibídem, 756). Corrección que precisa con un mínimo de palabras cada concepto histórico y jurídico, sin sacarlo de su molde romano, salvo —a juicio mío— en un caso opinable, que discutiré adelante, en garantía de la sinceridad de esta recensión. Finalmente, *cabalidad*, por lo completo del programa, dada la mira docente del experimentado y erudito profesor que lo desarrolla.

Halla el autor demasiado extenso, por involucrar la moral, el conjunto de preceptos con que el jurisconsulto Ulpiano definió la justicia: "Juris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere (en otros, *neminem laedere*), suum cuique tribuere"; en donde se expresan separadamente las dos principales fuentes de las obligaciones: el delito de índole privada (*injuria, furtum, damnum injuria datum* de la *lex Aquilia, metus, dolus malus, fraus creditorum* de la acción pauliana), y los contratos con los cuasicontratos que a ellos se allegan (pago de lo no debido, agencia oficiosa), resumiéndoselas todas con inclusión de las no mencionadas, principalmente de derecho público; en la frase inicial *honeste vivere*, aplicada a la conducta o vida social. El propio Ulpiano resume su pensamiento en la frase final, cuando re-

pite en el Digesto: "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi", y bien se podría también realizar la síntesis en la frase intermedia *neminem laedere*, por dolo o culpa contractual o extracontractual, con daño del interés particular o el general; pero Ulpiano se propuso (arriba) analizar lo jurídico y justo en derecho quirritario, conforme en ello con el natural, que no abarca la moral puramente subjetiva, sin exteriorizaciones, al menos conscientes. La diferencia salta en este ingenioso cuento árabe. Vivía en Bagdad un varón caritativo hasta el sacrificio, que más no daba porque más no tenía. Rogaron por ello a Alá quienes le conocían, que diese a las intenciones del gran benefactor la virtud de realizarse milagrosamente; y lo que se creía un bien, fue concedido; pero empezaron a suceder dolorosos hechos extraños. Los menesterosos que interrumpían la siesta o las comidas del improvisado milagrero, caían súbitamente muertos, y los ingratos morían a porrillo. Tuvo el buen samaritano que pedir a Dios que, o bien le retirase esa diabólica fuerza, o bien corrigiese sus sentimientos primos, remodelándolos en la turquesa de la más pura moral, que, por rechazo constante de los malos pensamientos, termina desterrándolos, lo que no se consigue mientras nos solacen, siquiera sea por breves instantes.

La observación precedente nos llevará al grano. Según el autor, en las instituciones romanas, "el derecho de gentes no se diferencia esencialmente del civil", por no ser el primero sino el último sin sus formas externas (solemnidades). Esto bien pudo haber acontecido con el tiempo, por acercamiento progresivo de los derechos positivos de los diversos pueblos al natural, que es único; pero no sucedió. Basta considerar la diversidad de regímenes de fondo del derecho de propiedad, para afirmarlo sin rebuscar diferencias como la del colonato, que empezó en Egipto mucho antes que en Roma. Frédérique Girard (MANUEL ELEMENTAIRE, p. 2) trae esta distinción, a la cual siempre me he acogido: "Le droit de gens —dice— est, au sens le plus précis, le droit qui s'applique, dans l'Etat romain, a la fois aux citoyens et aux étrangers; dans un sens plus vague, le droit qui se retrouvant identique chez tous les peuples, serait, par suite, commun a tous les hommes". Sin embargo, aquella precisa aplicación se fundaba o creía fundarse en el vago conocimiento de la comunidad dicha. Y, al contrario de la respetable identificación que hace el Dr. Jaramillo Vélez, algunos textos del Digesto, citados por Eugène Petit (TRATADO ELEMENTAL, p. 21, trad. de José Fernández González y José María Rizzi), confunden el *jus gentium* con el *jus naturale*, cuando ni fueron literariamente con-

temporáneos, por haberse descubierto el primero antes que el último, que no se introdujo para suplantarle. El *jus gentium* fue creación de los juristas; el *jus naturale* lo fue de los estoicos, discípulos de los filósofos de Grecia. Pero tampoco es posible esta identificación; porque, verbigracia, los romanos reconocieron que la esclavitud era una institución contra el derecho natural, aceptada por el de gentes —*constitutio juris gentium... contra naturam*—, es común al positivo de todos los pueblos antiguos. Había asimismo, fuera del derecho natural, mucho de común, si no todo, en el trato jurídico de nación a nación, ya en paz (tratados de alianza), ya en guerra, que justificaba, entre aquellos rudos juristas, la cautividad con servidumbre; y así se explica que el derecho de gentes hubiese a la postre venido a prestar su nombre al internacional, en el cual no todo es cristiano, todavía.

“Nuestros antepasados quisieron —dice Cicerón (DE OFFICIIS, III, 17)— que una cosa fuera el *jus gentium*, y otra el *jus civile*” (*Maiores aliud ius gentium aliud ius civile esse voluerunt*); y Gayo distingue así las dos concepciones: *Quod quisque populus ipse sibi ius contituit id... vocatur ius civile quasi ius proprium civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit id... vocatur ius gentium* (INSTITUTA, De j. nat. et. gen.), esto es: “Lo que cada pueblo dispone para sí mismo, se llama derecho civil, como propio de la ciudad (el estado); pero lo que la razón natural dispone entre todos los hombres, se llama derecho de gentes”: pasajes en donde *naturalis ratio* no es lo mismo que *jus naturale*, sino fruto éste de aquélla, como los fueron también otras instituciones generalizadas entre los pueblos antiguos, verbigracia, la esclavitud, por razones de conveniencia, a pesar de ser contrarias al derecho natural (supra). Distinguidos por Gayo estos dos derechos: el civil y el de gentes, Ulpiano (ibídem) pasa a señalar el tercero, así: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit nam ius istud non humani generis proprium sed omnium animalium... commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio*: “Derecho natural es lo que la naturaleza a todos los animales dictó, por no ser propio del género humano sino común a todos aquéllos. De aquí proviene la unión del macho y la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación animal (liberi: crías, la acepción en Plauto), y de aquí su crianza (educatio)”. Según Gayo, el derecho de gentes encerraba el civil quirritario, como los hombres incluyen a los ciudadanos romanos; y para involucrar a los dos, Ulpiano concibió el derecho natural como común a todos los animales; lo que con razón se

ha censurado, por no ser los irracionales sujetos de derecho: bien dicho así por el Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, autor del libro comentado. Pero Ulpiano tuvo sin duda en cuenta que los esclavos eran en Roma *res mancipi*, como las bestias, aunque llegó a reconocérseles capacidad para obligar y obligarse naturalmente, mediante vínculos de pura equidad y satisfacción voluntaria, sin verdaderos acreedores y deudores, de acuerdo con Juliano (Cf. Petit, ob. cit., 526). Los animales de Ulpiano eran, pues, en primer lugar los esclavos, y si probablemente se refería a los demás, fue en atención, como lo apunta Schulin (cita de Girard, ob. cit., p. 3, nota), a doctrinas erradas de la filosofía griega, que el jurisconsulto romano no tenía por qué discutir.

Hay sin duda confusión en la materia; pero no es imposible dividirla con rigurosa precisión. La moral y el derecho natural —ya lo había observado Bentham, como se repite en la obra de que hablo— son como esferas concéntricas, pero de radio mayor la de la primera que la del último. El único apoyo del derecho natural es la moral; luego no puede salirse de ella. Al derecho positivo, sancionado por los pueblos, corresponde una esfera menor, por no proteger todas las relaciones de equidad, pues que *minima non curant praetores*. Pero si bien las esferas de la moral y el derecho natural son concéntricas, no ocurre lo mismo con la del derecho positivo, que, incluída su mayor parte en aquéllas, sin embargo las desborda no sólo con sus variables sanciones y solemnidades, sino también con preceptos que, como los pertinentes a la esclavitud y el colonato, se oponen a los de la justicia. Ahora bien, estas excentricidades no fueron todas unas mismas entre los pueblos antiguos, como tampoco lo son entre los modernos; pero algunas de ellas resultaron comunes, por provenir de causas generales de conveniencia; y las comunes constituyeron para los romanos, que las necesitaron en sus relaciones jurídicas con los extranjeros, uno como derecho positivo universal, no siempre ajustado al natural, a que dieron el nombre de *jus gentium*, conocido por ellos antes que el *jus naturale*.

Rodrigo Noguera Barreneche.

LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN COLOMBIA

Grafos Editores, Medellín, 1967.

Por Pablo Edgar Gómez Gómez

Ha empezado a circular en el país el importante volumen titulado "Los Derechos del Trabajador en Colombia", del doctor Pablo Edgar Gómez Gómez, libro de doscientas páginas, impreso en fino papel y con esmero tipográfico en la Editorial "Grafos" de Medellín. En realidad se trata de una obra sobre Derecho Laboral, escrita con meditado sentido didáctico y en estilo claro, que ciertamente viene a satisfacer una apremiante necesidad en el medio nacional, porque indudablemente las normas que regulan las relaciones entre los trabajadores y las empresas son inexplicablemente desconocidas de la mayoría de nuestros compatriotas y ello mismo da lugar a constantes problemas de carácter social que podrían evitarse mediante el oportuno estudio de las leyes y decretos pertinentes sobre la materia. Y este ha sido precisamente el propósito de su autor, al publicar tan excelente trabajo, en el cual recopila toda la legislación laboral, con inclusión de las más recientes providencias dictadas por el gobierno en el transcurso del presente año. El Doctor Gómez Gómez posee excepcionales conocimientos sobre la rama laboral del derecho civil y muy valiosas experiencias, como pocos jurisconsultos colombianos. Ha sido inspector nacional del trabajo en Antioquia, entre los años 1.961 y 1.963; es catedrático en la Universidad Nacional, facultades de esta ciudad; miembro del Instituto Colombiano de Investigaciones Sociales; miembro de la Asociación de Directores de Personal; ha actuado como delegado de Colombia ante el Congreso Interamericano de Directores de Personal, y más

recientemente representó a nuestro país en el Congreso Interamericano de Derechos de Autor, reunido en Río de Janeiro en 1.966. El autor de "Los Derechos del Trabajador en Colombia" ha dividido su obra en dos partes, precedidas de una introducción, y al final del libro ha incluido un índice alfabético por materias que permite su fácil consulta con la mayor eficacia en cada caso concreto, bien sea sobre auxilios legales, asistencia social, accidentes, contratos de trabajo, cesantías, convenciones colectivas, deducciones, descansos, vacaciones, salarios fijos y salarios variables, indemnizaciones, enfermedades, jubilaciones y todos los demás derechos que amparan a los empleados y obreros del país. Así, pues, el libro del joven profesor Pablo Edgar Gómez ha de prestar múltiples servicios tanto a los empresarios como a los trabajadores, a los abogados y estudiantes, a los dirigentes sindicales y a todas aquellas personas que se preocupan sinceramente por propiciar la paz social, el incremento de la producción nacional y el bienestar colectivo. Por ello le auguramos cálida acogida entre el público lector de Colombia.

Gabriel Villa Villa

EL DERECHO NATURAL EN GIORGIO DEL VECCHIO

Apud Aedes Pontificiae Universitatis Gregorianaee. Roma, 1965.
Por Luis Vela, S. J., Profesor de la Universidad de Comillas,
Madrid.

El libro que nos proponemos comentar enriquece de manera definitiva la copiosa bibliografía sobre la obra de suyo grandiosa y profunda del insigne jusfilósofo Profesor Giorgio del Vecchio. Probablemente pasen de un centenar los libros, folletos y ensayos publicados hasta la fecha, que se ocupan de manera directa de la exposición y crítica de la filosofía del derecho de Del Vecchio. La calidad de los expositores y críticos no es menos impresionante que el número de publicaciones. Figuran en primera línea Felice Battaglia, Luis Legaz y Lacambra, Luis Recaséns Siches, M. Djuvara, E. Galán y Gutiérrez, G. Gonella, E. Martínez Paz, P. L. Zampetti, Rinaldo Orecchia y muchos otros.

Luis Vela, S. J. se ha propuesto en el libro titulado: *El derecho natural en Giorgio del Vecchio*, analizar y criticar la filosofía jurídica delvecchiana. La consecución de ambos objetivos supone el conocimiento exhaustivo de la materia tratada en sus fuentes originales. Largo y paciente estudio de la totalidad de la producción científica y filosófica de Del Vecchio y de la bibliografía sobre el mismo autor, ha capacitado a Luis Vela para realizar sus ambiciosos objetivos. Ha contactado asimismo con el trato directo y personal en Roma de Giorgio del Vecchio y con el auxilio y consejo del Profesor Rinaldo Orecchia, "gran conocedor y amigo entrañable de Del Vecchio".

Luis Vela divide su libro en dos grandes partes: una expositiva y otra crítica. En ambas partes le sirve de guión y pauta la estructura

misma de la filosofía del derecho de Del Vecchio, es decir su división tripartita en LOGICA, FENOMENOLOGIA y DEONTOLOGIA. "En la primera, dice Vela, analizamos el pensamiento delvecchiano en torno al tema que nos ocupa y a la luz de toda su obra. Añadimos a esta primera parte un Apéndice con una exposición sistemática breve y fundamental. La segunda parte es crítica. Se concreta sólo a los puntos doctrinales más importantes" (p. XV).

El punto de partida de la filosofía del derecho de Giorgio del Vecchio es la *experiencia jurídica*, la cual se presenta bajo una doble forma: Como idea-sentimiento, universal e inmutable, puesto que se da en todas las conciencias y de idéntica forma, y como hecho histórico positivo y cambiante. De la meditación sobre la experiencia jurídica debe salir la respuesta a la pregunta por el principio unitario de la misma, es decir, cómo dentro de la experiencia jurídica total pueden coexistir y conciliarse la idea y el sentimiento, que aparecen como absolutos e inmutables, con los otros datos fenoménicos, relativos y cambiantes? Ni el positivismo ni el idealismo hegeliano, que en la época de juventud de Del Vecchio señalaban el camino en la filosofía, eran soluciones adecuadas al problema planteado por la experiencia jurídica. Sin adherirse del todo, pero sí tomando algunos principios importantes, Del Vecchio optó por la solución kantiana. Así como Kant en sus famosas *Críticas* preguntó por las condiciones mismas del conocimiento, de la moral y del arte, así Del Vecchio pone en la base de su filosofía del derecho el interrogante: ¿Cómo es posible la experiencia jurídica? Urge resolver primero el problema gnoseológico.

En la forma doble de la experiencia jurídica destaca Del Vecchio el elemento constante a través de todos los cambios históricos, elemento que no puede emanar sino de la unidad real del espíritu humano. En esta unidad encuentra el derecho su raíz, su fundamento. Aclarar y explicar la dualidad tensa y contradictoria de la experiencia jurídica, constituye la tarea de la filosofía del derecho. Qué es derecho, cómo se manifiesta el derecho y qué vale el derecho, son las tres preguntas capitales cuyas respuestas son los núcleos de lo que Del Vecchio denomina en el campo jusfilosófico LOGICA, FENOMENOLOGIA Y DEONTOLOGIA

La investigación lógica tiende a fijar el objeto, presupuesto a la vez de toda investigación de carácter jurídico. Analiza el concepto universal del derecho. Responde a la pregunta qué es lo jurídico, la juridicidad en sí misma. La investigación fenomenológica parte del dato, del hecho o fenómeno. El derecho positivo es un fenómeno común a todos

los pueblos y en todos los tiempos, un producto necesario de la naturaleza humana. Y la deontología investiga lo que *debe ser* el derecho en contraposición a lo que realmente es.

Las tres investigaciones en cuestión están enlazadas entre sí. La investigación lógica es el presupuesto de las otras dos, su fundamento mismo, y por tanto es inseparable de las mismas. Es como el género próximo de dos especies distintas. Entre la investigación lógica y la fenomenológica se da una especial relación, en cuanto que la experiencia múltiple enriquece a la forma lógica, no en la juridicidad formal sino en su contenido concreto, es decir, dándole existencia positiva y vigencia en el espacio y el tiempo. Entre la investigación lógica y la deontología se da una relación en cuanto la justicia entra en el esquema lógico de la juridicidad como su expresión suprema.

En la investigación lógica sigue Del Vecchio el método deductivo, aunque no exclusivamente. Sigue también el mismo método en la deontología, porque se trata de encontrar un valor superior a los hechos, trascendente a los mismos y por tanto cognoscible únicamente a priori por la pura razón. En la investigación fenomenológica sigue la inducción, pero sin dejar a un lado los presupuestos racionales alcanzados en la investigación lógica.

En atención a su tarea racional, la filosofía del derecho es la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga el origen y los caracteres de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón.

La investigación lógica se propone como tema principal y exclusivo la definición lógica del derecho. La intuición genérica del derecho no es suficiente para los fines que se propone el conocimiento en la ciencia y en la filosofía. Todo conocimiento exige una coordinación y sistematización conceptuales. Sin un fundamento filosófico el conocimiento se traduce en innumerables contradicciones que dan pábulo al escepticismo. En réplica a esta actitud de pesimismo y desconfianza en la capacidad de la razón, Del Vecchio resuelve los problemas que plantea la definición lógica del derecho: a saber: a) Es posible una determinación universalmente válida del derecho? y si ella es posible; b) Cómo es en concreto? Y una vez aclarado esto: c) Cuál es el valor de esta forma lógica?

La realidad jurídica total no se agota en su contenido fáctico o fenoménico. Existe en el derecho un elemento inmutable que hace posible su definición lógica. Junto a su contenido relativo y cambiante, la realidad jurídica nos ofrece una forma inmune a los efectos de todo

proceso temporal y espacial. La noción lógica del derecho no es posible obtener del contenido relativo y cambiante sino de la forma inmutable. En cuanto forma lógica el derecho tiene una sede subjetiva, puesto que es una forma necesaria del entendimiento, y tiene a la vez un valor objetivo, puesto que corresponde a la realidad externa, al proceso fenoménico. El derecho implica de manera a priori y necesaria una cierta alteridad o intersubjetividad. Consiste en la correlación objetiva de las acciones u omisiones de dos o más sujetos, con una mutua correspondencia entre obligaciones y exigencias. La forma lógica, sin embargo, permanece *adiáfora*, neutra, frente a todo contenido específico. Comprende y abarca de igual modo el contenido concreto de todos los casos singulares y los representa sólo en lo que tienen de idénticos.

La forma lógica tiene un valor objetivo en cuanto sirve de criterio jurídico de las acciones. Se entiende por acciones el comportamiento de un sujeto en cuanto tiene su principio en el mismo sujeto. En este sentido general, las acciones incluyen también las omisiones. Toda acción consta de dos elementos esenciales y simultáneos entre sí, uno intrínseco, interno, una dirección y afirmación de la voluntad, y otro externo que pertenece al mundo físico y que es la manifestación objetiva del elemento interno.

La forma lógica debe ser integrada por la de su contenido. La investigación lógica se complementa con la fenomenológica. Con todo no se hace historia del derecho con criterio cronológico, sino que se estudian las manifestaciones del derecho en su significado intrínseco, es decir, como momentos de la evolución del espíritu humano. En el campo de la experiencia histórica el derecho cambia indudablemente, pero a través de los cambios hay elementos constantes, puesto que son inherentes a la naturaleza humana y se encuentran implícitos en la noción del derecho. Del Vecchio considera que estos elementos son dos: un cierto respeto a la personalidad humana y una cierta limitación de la libertad individual.

La evolución jurídica se produce según ciertas líneas directrices. Ante todo representa un paso de la elaboración espontánea, intuitiva y semiinconsciente a la elaboración reflexiva, deliberada y consciente. Representa también el paso de lo particular a lo universal. El derecho no nace como ley sino como costumbre. La evolución jurídica se produce paralelamente al desarrollo del entendimiento humano, pasando de motivos psicológicos inferiores a motivos superiores.

Todas las escuelas de filosofía del derecho están de acuerdo en que el derecho tiene una manifestación fenoménica o positiva, por

cuanto se produce y *se pone* históricamente en cada sociedad humana. Entiende Del Vecchio por derecho positivo "un sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida en un pueblo en un determinado momento histórico". El derecho positivo en cuanto tal es un *hecho*, porque el establecimiento de las normas jurídicas por la costumbre o por la ley es obra de los hombres. El derecho positivo se distingue porque sus normas prevalecen en la práctica, es decir, son generalmente observadas y hechas valer. El derecho positivo supone una pluralidad de sistemas jurídicos en el espacio y el tiempo y además el cambio de un mismo sistema a través del tiempo. En consecuencia, el derecho positivo es imperfecto y relativo.

El derecho positivo se manifiesta por grados. El primer grado de positividad, inicial, incipiente, se encuentra en las voluntades individuales. Pero no es suficiente la voluntad de un solo individuo ni de muchos individuos aislados. Es necesario para la existencia del derecho positivo que se establezca una voluntad común, constante y homogénea, capaz de imponer efectivamente y de garantizar un sistema regulador de la vida social. Un segundo grado de positividad se encuentra en la costumbre, en sentido estricto. El tercer grado de positividad se encuentra en la ley. La ley es la expresión racional del derecho. El cuarto grado de positividad, el último y más perfecto, se encuentra en el Estado. Del Vecchio define el Estado como el centro común de irradiación de la voluntad social preponderante.

La investigación deontológica se ocupa del fundamento del derecho. Para Del Vecchio es la *naturaleza humana* el fundamento último del derecho. En consecuencia, rechaza las explicaciones que sobre el fundamento del derecho ofrecen el escepticismo y el empirismo, el historicismo y el utilitarismo, el teologismo simple y el racional o semi-racional. ¿Qué entiende Del Vecchio por naturaleza? La naturaleza puede ser estudiada desde dos puntos por lo menos. La naturaleza puede considerarse como el complejo de fenómenos que se extienden indefinidamente en el espacio y en el tiempo y están unidos entre sí por la relación de causa y efecto. Bajo esta consideración caen también los actos humanos tanto individuales como sociales. Coincide en esto Del Vecchio con Spinoza y Kant. Pero la naturaleza puede considerarse también desde un punto de vista metafísico, según el cual es aquella razón interior que sirve de norma a todas las cosas y les señala sus propias funciones y fines. Por naturaleza humana no entiende Del Vecchio cualquier motivo empírico, como por ejemplo: el instinto social, sino la constitución del ser humano como sujeto. Define la natu-

raleza humana como aquella substancia que la reconocemos inmune de la angustia de la causalidad. Es el principio subjetivo que comprende la naturaleza física y a la vez la trasciende. Esta concepción de la naturaleza humana vale tanto para el conocimiento como para la acción. El hombre, que es el último en aparecer en la naturaleza física, es el primero en el orden lógico y ético. El derecho sólo es posible sobre el suelo de la persona humana entendida como razón y voluntad, como principio conciente que traza su ley de manera autónoma.

En la conciencia del sujeto tiene su sede la ley ética, que se resuelve en un doble orden de valoraciones correspondientes a los dos aspectos bajo los cuales pueden considerarse los actos de un sujeto: a) o en relación al sujeto que las ejecuta; b) o en relación a las acciones de otros sujetos. En el primer caso tenemos la moral o ética a parte subjecti, y en el segundo el derecho o ética a parte objecti. El derecho confronta siempre acciones de diversos sujetos —dos por lo menos. De ahí su carácter esencial de la bilateralidad o alteridad, así como también de la coercibilidad, en el sentido de la posibilidad de hacer valer el derecho inclusive con la fuerza. La positividad no es necesaria a la esencia del derecho.

Del Vecchio admite el derecho natural como sentimiento y como ideal. "El derecho natural, dice Vela, tiene su raíz en una necesidad categórica del espíritu humano que jamás se agota totalmente en los hechos y que es el criterio puesto sobre ellos, pero para ellos" (p. 164). El derecho natural como sentimiento jurídico es una facultad originaria, una necesidad psicológica, que invierte el orden de la realidad, pero también es el ideal de la justicia.

El derecho natural y la justicia en Del Vecchio se presentan tan conexos que coinciden. La justicia es para Del Vecchio la piedra angular del edificio jurídico. A ella ha dedicado numerosos estudios y sobre todo una de sus obras mejor logradas: *La Justicia*. Según M. Djuvara ésta es un himno al derecho.

Son elementos lógicos de la justicia la alteridad, la paridad y la reciprocidad. La alteridad es la "mutua connotación de los sujetos de la relación jurídica. De la alteridad sale la paridad o igualdad inicial que se presupone en esos mismos sujetos para poder colocarse en el mismo plano ideal (lógico) de la alteridad. La reciprocidad, que en cuanto distinta de la alteridad, indica que un sujeto al afirmar su personalidad no puede menos de afirmarla como esencialmente limitada por la personalidad de los otros sujetos" (p. 188). La alteridad como elemento lógico de la justicia es un esquema mental sin contenido al-

guno. "En este sentido meramente formal deben ser entendidas, según Del Vecchio, las máximas clásicas del *suum cuique tribuere* y del *alteri non laedere* y otros semejantes... Pero no sólo es posible este aspecto formal de la alteridad y de sus máximas. La alteridad tiene también otro aspecto esencial como el primero: es una exigencia absoluta de acción, un imperativo perentorio de la voluntad, un impulso constante y radical a un reconocimiento estimativo de los valores objetivos de la persona tal como aparece en la práctica... En este segundo aspecto se nos manifiesta la justicia como sentimiento, expresando este término aquí: principio de acción real. Y es precisamente la justicia tomada en este sentido deontológico la que merece por antonomasia el nombre de justicia" (p. 190).

La segunda parte del libro del P. Luis Vela, S. J. comprende la crítica de la doctrina jusfilosófica de Del Vecchio. En realidad no se trata de una crítica severa sino de una exégesis casi en su totalidad laudatoria. Las divergencias son explicables tanto por la experiencia del crítico como por su formación estrictamente escolástica. "Hemos querido, dice Vela, en la primera parte poner el mayor esmero en dejar hablar a Del Vecchio y sólo hemos salido en su defensa cuando nos parecía que el sentido mismo literal de sus textos no era respetado. En ésta hacemos una reflexión personal sobre los textos, tratamos de descubrir sus mutuas relaciones, de definir su sentido dentro del pensamiento total y de actuar y explicitar todo el contenido filosófico que yacía tan solo como en potencia o en forma implícita" (p. 229).

El libro comentado hasta aquí es un estudio serio y valioso sobre el derecho natural en Giorgio del Vecchio, que supone lógicamente el conocimiento de toda la filosofía jurídica del insigne Maestro italiano. El P. Vela ha contribuido así a la difusión y crecimiento de la cultura jusfilosófica.

B. Mantilla Pineda

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO
DE BIELLOHO COMPARADO
Vol. 28-27, I. 1968

ANNALE DE LA FACULTE DE
DROIT DE LA UNIVERSITE DE
MONTREAL
Tome III de la revue de la Faculte de Droit de
Montreal, 1968

REVISTA DE REVISTAS

BRASIL

REVISTA FORENSE,
vol. 213, año 62, Fasc. 751, 752 y 753.

Ildelfonso Mascarenhas da Silva: Desapropiacao por utilidade social. Vitor Nunes Leal: O requisito da relevancia para reducao dos encargos do supremo tribunal. Oscar Barreto Filho: Comentarios ao anteprojeto do codigo de obrigacoes. Mario Moacir Porto: Acao de responsabilidade civil. Francisco Leoni: A regulamentacao do partido politico nos paises democraticos do ocidente.

ESPAÑA

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL
Y AMERICANO,
Nº 10, Madrid 1965.

Vallet de Goyttisolo, Juan: De la virtud de la justicia a lo justo juridico. Bidart Campos, Germán José: Relaciones entre derecho internacional y derecho interno en la Doctrina y en el derecho comparado. Latour Brotons, Juan: La figura humana en el derecho actual.

REVISTA DEL INSTITUTO
DE DERECHO COMPARADO,
Nos. 26-27, Barcelona 1966.

Ponencias españolas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Upsala 6-13 agosto 1966.

Sección I (General). B.- Derecho Canónico. E.- Filosofía del derecho. Sección II. A.- Derecho civil. B.- Derecho internacional privado. D.- Derecho agrario. Sección III. A.- Derecho mercantil. C.- Derecho del trabajo. D.- Derecho aéreo. Sección IV. D. Derecho administrativo. E.- Finanzas públicas y derecho fiscal. Sección V. A.- Derecho penal.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA,
tomo LIII de la segunda época Nº 3, Madrid, 1966.

Castán Tobeñas, José: La idea de justicia social. Baristain, S. J., Antonio: La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana. Segredes Chillida, Vicente: Necesidad de la reforma de la legislación sobre Beneficencia y Asistencia Social. Fernández Blanco, Fernando L.: Las jornadas nacionales sobre adopción.

REVISTA ESPAÑOLA DE
DERECHO CANONICO,
vol. XXI, Nº 61, Salamanca, 1966.

Del Amo, León: Las litis expensas en los juicios eclesiásticos. Corral Salvador, S. J., Carlos M.: Libertad de la Iglesia e intervención de los Estados en los nombramientos episcopales.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID,
vol. IX, Nº 22, Madrid 1965.

Vicente-Arche, Domingo: Un nuevo plan de estudios en las Facultades de Derecho y la incorporación al mismo del Derecho financiero, como disciplina autónoma. Santa-Pinter, J. J.: El Código aéreo de la Unión Soviética y el Convenio de Chicago. Gil Esteban, Ventura: En torno a las cláusulas oro en el ámbito nacional.

FRANCIA

ANNALES DE LA FACULTE DE
DROIT DE TOULOUSE,
Tomo XIII, Fasc. 2, Toulouse 1965.

VIIe Journées Franco-espagnoles de Droit Comparé. L'entreprise. L'exploitation agricole au point de vue juridique et économique.

ESTADOS UNIDOS

LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS: PRIVACY.
School of Law. Duke University, vol. XXXI, Nº 2, 1966.

Beaney, William M.: The Right to Privacy and American Law.
Konvitz, Milton R.: Privacy and law: A philosophical prelude.
Shils, Edward: Privacy: Its constitution and vicissitudes. Jourard,
Sidney M.: Some Psychological aspects of privacy. Negley, Gleen:
Philosophical views on the value of privacy. Kelve, Jr., Harry: Privacy in tort law —were Warren and Brandeis wrong? Karts,
Kenneth L.: The files: Legal controls over the accuracy and accessibility of stored personal data. Handler, Joel H. and Rosenheim, Margaret K.: Privacy in welfare: Public assistance and juvenile Justice.
Creech, William A.: The privacy of Government employees.

MEXICO

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO
COMPARADO DE MEXICO,
año XVIII, Nº 54, México, D. F.

Molina Pasquel, Roberto: Reglas sobre recepción de instituciones jurídicas extranjeras. Del Vecchio, Giorgio: El Estado y los problemas de la vida moderna. Flores Barroeta, Benjamín: La voluntad contractual en el derecho mexicano. Bayith, S. A.: El actual derecho convencional de la aviación.

REVISTA DEL FORO,
año LII, Nº 2, Lima, 1965.

Avendaño, Valdez Jorge: Las afectaciones mobiliarias sin entrega.
Rocha Fernandini, José: Apreciaciones acerca de la aplicación del Código de Minería y la naturaleza jurídica de las minas y de los minerales. Jiménez de Arechaga, Eduardo: Una alarmante tentativa de ampliación del amparo diplomático. La protección judicial del accionista. Mac Lean, Roberto: La eficacia de las sentencias extranjeras.

PUERTO RICO

REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PUERTO RICO,
vol. XXVI, Nº 4, 1966.

Córdova Mercado, J.: La regla de la fuente colateral y su efecto al probar daños especiales. Casellas, Salvador E.: Federal and Commonwealth jurisdiction in the field of maritime law. Germán, Edward C.: Non-waiver, reservation of rights duty to defend and disclaimer.

VENEZUELA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO,
Universidad Católica Andrés Bello, Nº 2, Caracas, 1966.

Brewer Carías, Allan-Randolph: Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas. Montes, Angel Cristóbal: Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano. Chiossone, Tulio: Sanciones en derecho administrativo. Parra Aranguren, Gonzalo: Los antecedentes de la codificación civil y el derecho internacional privado venezolano (1810-1862). Rengel Romberg, Aristides: El proceso civil.

CONTENIDO

Problemática de las Facultades de Derecho.— Fernando Hinestrosa	5— 14
Apuntes para un curso de introducción al estudio del derecho. Carlos Gaviria Díaz	15— 48
Derecho comparado del trabajo.— Alexandre Berenstein..	49— 78
El derecho internacional privado en América.— Lucrecio Jaramillo Vélez	79— 83
Hacienda pública.— Luis Arcila Ramírez	85—132
Juicios de tenencia y control de arrendamientos.— Horacio Montoya Gil	133—162
Indignidad y desheredamiento... J. Emilio López.....	163—167
Comentarios de libros	169—183
Revista de revistas	185—188