

"Tarifa postal reducida. - Licencia número 100
del Ministerio de Comunicaciones".



- ESTUDIOS DE DERECHO -

VOLUMEN XVII

NUMERO 53

MEDELLIN — COLOMBIA

1958

DIRECTORES:

DR. GONZALO RESTREPO JARAMILLO
Rector

DR. J. M. MORA VASQUEZ
Decano

CONSEJO DE REDACCION:

Supervisor

DR. LUCRECIO JARAMILLO VELEZ

OCTAVIO LOPERA VARGAS

JAVIER HENAO HIDRON

CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS

MESA DIRECTIVA:

Presidente: AGUIRRE QUINTERO JULIO.

Vicepresidente: HENAO HIDRON JAVIER.

Fiscal: SERNA GOMEZ ROMULO.

Secretario: EDGAR TOBON URIBE.

MIEMBROS DE NUMERO.

Alvear José.

Llano Guillermo.

Arismendi Octavio.

Lopera Octavio.

Castaño Román.

Merino Gustavo.

Fonseca Carlos.

Montoya Ernesto.

Gallego Rigoberto.

Ramírez Nubia.

García Luis Alfonso.

Sánchez Oscar.

González Jairo.

Serna Humberto.

Isaza Gustavo.

Tascón Pedro.

DEMOCRACIA DINAMICA

Por B. MANTILLA PINEDA

El siguiente estudio del ilustre filósofo y catedrático ecuatoriano B. Mantilla Pineda, fue leído a mediados del año pasado en Cali. Por la precisión y madurez de los conceptos y la fluidez del estilo, merece ser leído con todo detenimiento.

“El hombre es por naturaleza un animal político”, dice Aristóteles, fundador de la Ciencia Política y cumbre del pensamiento filosófico. El atributo “animal político” no define al hombre, pero le determina en uno de sus aspectos esenciales. Lo mismo ocurre en los juicios determinativos tan manoseados por distintos científicos y filósofos: Homo loquens —el hombre es un animal que habla; homo ridens —el hombre es un animal que ríe; homo ludens —el hombre es un animal que juega; homo faber —el hombre es un animal que fabrica herramientas; homo economicus —el hombre es un animal que crea bienes económicos; homo aestheticus —el hombre es un animal que hace arte; etc. La riqueza de la naturaleza o esencia del hombre parece inagotable a la inteligencia que la inquiere.

El hombre no puede ser definido sino por lo que es o lo que hace. Así nos enseñan la sabiduría antigua y la filosofía contemporánea. Por su ser el hombre es un animal racional y por su hacer es un foco que irradia cultura. Lo que el hombre hace complementa lo que el hombre es. Si el hombre no fuera animal racional, sería incapaz de hablar, de adorar, de reír, de inventar, de crear, de obedecer, de mandar... En otras palabras: sería incapaz de hacer lenguaje, mito, religión, arte, ciencia, técnica, moral, derecho, vida social y Estado. Como ser racional, el hombre hace todo esto. Pero no lo hace de golpe, de manera perfecta y de una vez para siempre, como el castor fabrica su dique y la golondrina su nido, sino progresivamente. Ensaya, corrige, perfecciona. De formas de vida toscas y rudimentarias avanza a formas nobles y complejas. El clan, la tribu y la federación de tribus, por ejem-

plo, fueron formas de vida social y política elementales antes de que alcanzara la organización estatal. Y el Estado soberano y autárquico, cede hoy su fiereza ante el ideal más alto de una cooperación inter-estatal.

I.—EL HOMBRE POLITICO.

En cada hombre hay dos tendencias opuestas: una a obedecer y otra a mandar. Ambas tendencias constituyen el fundamento psicológico de la organización política y estatal. Quienes tienen acentuada la tendencia a mandar se convierten en sujetos políticos activos y quienes tienen acentuada la tendencia a obedecer están destinados a desempeñar el papel de sujetos políticos pasivos. Las tendencias psicológicas son innatas, pero no inmodificables. Instintos, inclinaciones, tendencias y todo el cortejo oscuro de sentimientos inferiores, son susceptibles de cierto grado de modificación en virtud de las cualidades espirituales de la voluntad y la inteligencia que dirigen y orientan la actividad humana. No será posible convertir a cada hombre en político profesional, pero sí forzarle a ser consciente de su aptitud para comprender su categoría de sujeto político y participar en la medida de sus dones y posibilidades en la vida económica y la construcción del Estado.

Mandar y obedecer son dos actividades distintas, pero no excluyentes. Para que alguien obedezca, tiene que haber alguien que mande. La actividad de mandar y la de obedecer coordinadas y armonizadas, producen el fenómeno social de la organización. Donde quiera que haya orden social u organización social, habrá voluntades coordinadas en el sentido del mando y la obediencia. Pensemos, por ejemplo, en el orden social de la familia, donde la voluntad del esposo debe coordinarse con la de la esposa y la voluntad de los hijos con la de los padres. O en el orden social del taller, donde la voluntad del maestro de obra se coordina con la voluntad de sus oficiales y aprendices. Pues bien, la organización social del Estado no es otra cosa que coordinación de voluntades bajo un mismo principio político y jurídico. El Estado es una forma de vida superior. Una forma de vida social más perfecta, como lo vio Aristóteles, porque en él se disciplinan de manera eminente las actividades humanas que propugnan por el bien común.

El mandar se reduce a un fenómeno de poder. Sólo manda el que tiene poder eminente o alguna clase de poder. El poder de que hablamos no es violencia ni imposición. No es sugestión ni coacción.

Es la facultad de mandar y ser obedecido. Es la seguridad de contar con la adhesión, el apoyo y el respaldo de los demás hombres de un grupo o de toda una sociedad, para ejercer la dirección del Estado. Y si queremos una definición filosófica bien elaborada, el poder es, como dice Eduardo Spranger, "la capacidad y también (en la mayoría de los casos) la voluntad de imponer a los demás la propia orientación valorativa, como motivo permanente o pasajero".

El hombre político, el tipo de acción política, está orientado de manera exclusiva al valor poder. Esto no quiere decir que sea ciego a otros valores de orden ético, estético o religioso, sino que en él prima en forma soberana el valor poder como brújula de su actividad. Tampoco quiere decir que el hombre científico o artista o religioso, sea ciego al valor poder, porque su voluntad esté guiada principalmente por el valor verdad o belleza o santidad. La vocación política de todo hombre sea pasiva o activa, brota de un impulso primigenio, instintivo, inherente a la naturaleza humana, que Federico Nietzsche, el soberbio autor del super-hombre, llamó "volonté de puissance" —la voluntad de poderío. Mediante la voluntad de poderío, el hombre tiende un puente entre la vida animal, que es lucha cruenta y despiadada, y la vida espiritual, que es libertad, deber, justicia, caridad y perdón.

Por ser instintiva en el hombre la voluntad de poder, la vida social entera está entretrejida de relaciones de subordinación y supraordinación. En toda organización social, pero de manera eminente en el Estado, se manifiestan necesariamente las relaciones de poder. El citado Eduardo Spranger en su famosa obra *Formas de vida o Psicología y ética de la personalidad*, ha subrayado esta trama fundamental de la organización social como fenómeno de poder. "La vida humana entera, dice, está entrecruzada de relaciones de poder y rivalidad. Incluso en los círculos más modestos y angostos representan su papel. Todo individuo es un centro de poder y a su vez un objeto de poder. Este aspecto de la vida se evidencia del modo más claro en el poder colectivo, organizado, del Estado. Desde el momento en que (según la idea) representa en un grupo humano y dentro de una zona el poder supremo (soberano), todas las exteriorizaciones de poder singulares y subordinadas están de algún modo a él referidas, por él posibilidades, o restringidas o bien dirigidas contra él. Por eso todos los fenómenos de las relaciones de poder adoptan un estilo que podríamos llamar *político* en

sentido lato. Por eso designaremos al hombre de poder como "hombre político" aunque viva en circunstancias que no pueden calificarse de políticas en sentido estricto".

El poder político en sentido estricto se presenta invariablemente en toda sociedad humana que ha llegado a cierto grado de cultura. El poder político es un principio de cohesión y de organización social de un tipo especial. No tolera sobre sí poder alguno. Donde quiera que aparece un poder rival bajo el aspecto de una clase social, de una profesión o de una confesión religiosa, tiende a someterlo, a subordinarlo. No puede haber un Estado dentro del Estado, según la fórmula tan conocida. Para asegurar la cohesión y organización social de tipo político, el Estado se sirve de dos fuerzas de orden distinto: "intelectuales o morales unas y materiales otras".

"El primer grupo de fuerzas (intelectuales o morales), dice Gaetano Mosca —insigne historiador de las ideas políticas—, se manifiesta por el hecho de existir una identidad o semejanza en cierto número de ideas fundamentales y de sentimientos profesados por los individuos que forman parte de un mismo grupo político. Así, por ejemplo, la comunidad de religión, la conciencia de pertenecer a un pueblo distinto de los otros, la fidelidad tradicional a una dinastía, etc. En cuanto al segundo grupo de fuerzas, es decir las fuerzas materiales, actúan por medio de la administración y la jerarquía que, disponiendo medios de coerción necesarios, saben y pueden guiar la acción de la masa hacia los fines deseados a veces por esta masa misma, pero en todo caso conforme a la visión de las clases dirigentes".

El hombre político (pasivo o activo) es el sujeto y objeto de la organización estatal a través de la historia humana. Y la historia humana, como la intuyó profundamente Hegel, es la historia de los Estados. Los Estados y las culturas son los entes sociales, los sujetos supra-individuales, que labran el destino histórico del hombre a través del tiempo y del espacio. Destino histórico cuyo balance nos presenta un cuadro escalofriante de lucha por la libertad, igualdad y fraternidad de los hombres. En otras palabras, de lucha por la democracia.

II.—LA EXPERIENCIA POLÍTICA.

El conocimiento de la historia humana retrocede hacia diez mil años atrás, de los cuales seis mil por lo menos han sido exhumados de

la pátina del tiempo y el olvido. Cómo ha vivido el hombre organizado políticamente en los seis mil años de historia conocida? Ha gozado de libertad política o ha gemido bajo el despotismo? Sirve el pasado político del hombre como fundamento para albergar optimismo respecto de su destino en el futuro? Será la democracia algún día la forma de gobierno universal? Estas preguntas y otras más similares sólo pueden tener respuesta tomando como base la experiencia política vieja y milenaria del hombre y los Estados.

La experiencia política jamás ha sido comprendida e interpretada de una misma manera. Algunos filósofos se han entregado a imaginar Estados ideales, Utopías maravillosas, pero luego han caído en cuenta de que tales Estados y Utopías sólo serían posibles para dioses e hijos de dioses y no para hombres. Platón, después de escribir *La República*, el primer Estado ideal en la historia de las ideas políticas, tuvo que escribir *Las Leyes*, donde trazó un Estado más ceñido a la realidad que a los sueños metafísicos. La experiencia política propia le enseñó a desconfiar del futuro político del hombre.

Con menosprecio de la experiencia política también, Hegel desarrolló un plan dialéctico del Estado. Según su interpretación filosófica de la historia, en los Estados del Antiguo Oriente sólo un hombre era libre: el déspota; en los Estados mediterráneos clásicos, Grecia y Roma, sólo unos pocos hombres eran libres: los ciudadanos; y en el Estado germánico todos los hombres son libres. La historia humana es la historia de la libertad, que culmina gloriosa en la historia de su nacionalidad. Justamente la libertad de todos en el mundo germánico y el proceso dialéctico cerrado de la libertad es lo falso en Hegel. El despotismo vuelve una y otra vez como un azote de las naciones y de los hombres libres.

También Heriberto Spencer, autor del evolucionismo cósmico tan de moda hacia 1900, se ha equivocado en su interpretación de la experiencia política. Tres clases profesionales según Spencer han monopolizado el proceso de evolución política y de dirección del Estado: la sacerdotal, la militar y la industrial. En el mundo moderno el Estado está en manos de la clase industrial. El proceso político es de liberación del individuo. La envoltura del Estado asfixia hoy al individuo menos que antes. Spencer prevé el advenimiento de una sociedad anar-

quista, donde el derecho esté determinado por el principio de la libertad, en forma muy pareja a la concepción de Kant.

Sobran comentarios sobre la inexactitud tanto del evolucionismo dialéctico de Hegel como sobre el evolucionismo cósmico de Spencer. La ley de evolución política escapa a las sutilezas de ambos sistemas filosóficos. Más conforme con la realidad, con la experiencia política en este caso, nos parece la teoría de Max Weber sobre los tipos de dominación o poder. Según este gran sociólogo alemán hay tres tipos de dominación que permiten captar, comprender y explicar la experiencia política, a saber: el tipo racional, el tradicional y el carismático. El tipo racional de dominación descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad. El tipo tradicional de dominación descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legalidad de los señalados por esa tradición a ejercer la autoridad. Y el tipo carismático de dominación descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas.

Hay que advertir que se trata de tipos ideales puros, de una especie de categorías a priori para el conocimiento y la interpretación de la experiencia política. Ninguno de tales tipos se presenta fielmente en la realidad. Las formas concretas de dominación son más o menos casos aproximados, parecidos. En el tipo de dominación tradicional, por ejemplo, tienen cabida las distintas especies de monarquías; en el tipo de dominación carismática, las distintas especies de dictaduras; y en el tipo de dominación burocrático, las distintas especies de organización democrática. Además ninguno de estos tipos se sucede cronológicamente según una ley constante. A lo menos Max Weber no se atrevió a trazar tal ley.

En la experiencia política hay una nota sobresaliente que no ha sido estudiada con detenimiento. Es la precariedad de la democracia. En un océano de despotismo y privilegios, la democracia representa islotes solitarios. O tal vez mejor faros que iluminan en la noche tormentosa de la historia la conciencia política de los hombres. Las organizaciones políticas dominantes no han sido de tipo democrático, sino despótico y autoritario. Miles de millones de seres humanos han sido

governados como mansos rebaños o viles esclavos. Solamente un reducido porcentaje de la población universal ha intuído la grandeza de la dignidad humana para levantar altiva la cabeza y desafiar a los tiranos.

El cuadro histórico de la democracia puede describirse con pocas palabras. "La civilización, dice Carlos A. Becker, era ya vieja cuando la democracia hizo su primera aparición notable en los pequeños Estados de la antigua Grecia, donde floreció con gran brillo por una breve centuria o dos, y luego desapareció. Aproximadamente en la misma época, algo que podría llamarse democracia apareció en Roma y otras ciudades italianas, pero ni siquiera en Roma sobrevivió a la conquista del mundo por la República Romana, excepto como una forma de administración local de las ciudades del imperio. Durante los siglos XII y XIII ciertas ciudades medioevales favorablemente ubicadas, disfrutaron en alguna medida de un gobierno propio, pero en la mayoría de los casos fue pronto reemplazado por la dictadura de los conquistadores militares, el control oligárquico de unas pocas familias o la usurpación del poder por los reyes autocráticos. La más vieja democracia de los tiempos modernos es la Confederación Suiza, siguiéndola en edad la República Holandesa. El gobierno parlamentario de Inglaterra no data más allá del siglo XVII, y el gran experimento americano es algo más viejo. Hasta el siglo XIX los gobiernos democráticos no habían logrado imponerse en ninguna parte considerable del mundo, en los grandes Estados de la Europa continental, en Sudamérica, en Canadá, Australia, Sudáfrica y Japón".

En su magnífica síntesis de la historia de la democracia, Becker ha pasado por alto las instituciones altamente democráticas de los reinos hispano-cristianos de la Baja Edad Media. En León, Castilla, Aragón y Cataluña la vida municipal, especialmente en las ciudades libres, tuvo un desarrollo democrático comparable a las pequeñas repúblicas italianas de la misma época. De Castilla, por ejemplo, se ha dicho que fue un reino de Estados-ciudades. Y esa vida municipal democrática penetró profundamente en la estructura de la monarquía mediante las Cortes, verdaderos cuerpos legislativos, antes de que recibieran el rudo golpe del absolutismo inicial. Justamente el centralismo y absolutismo de los reyes católicos, Fernando e Isabel, atacaron las municipalidades y las Cortes, es decir, las expresiones más auténticas del espíritu democrático de la Baja Edad Media. Los nobles, con todo, conservaron aun

en tiempos de Felipe segundo la costumbre de no descubrirse ante el rey. El rey sólo era en su concepto, profundamente igualitario, "uno entre pares". Gesto semejante encontramos en los quákeros ingleses. Los hombres como personas somos iguales. Pleito homenaje sólo debemos a Dios. Tal parecen recordarnos esas costumbres altivas.

III.—LA DEMOCRACIA DINAMICA.

La democracia no es un dogma político. Es un proceso histórico progresivo y abierto. Crece con el hombre, las sociedades y la historia. Como proceso histórico viviente es capaz de asumir formas nuevas de acuerdo con las necesidades esenciales y temporales de los hombres. La democracia es el espíritu humano en acción y en busca de su destino histórico y político. No se niega nunca. Siempre se afirma. Su gran señuelo es la libertad. Donde hay hombres libres que eligen su propia forma de gobierno, ahí hay democracia. Democracia y libertad son inseparables. Sin el aire de la libertad, la democracia se marchita y muere. Es la planta más delicada de la civilización.

Las primeras comunidades democráticas aparecieron en Grecia a comienzos del siglo VII a. C. El griego intuyó la libertad y el derecho a gobernarse, de la misma manera como intuyó la unidad del universo, la belleza de la forma, la gracia del ritmo, la armonía del cuerpo y el espíritu y la soberana majestad de la filosofía. El vuelo ágil de su espíritu, tenía que intuir —en uno de los momentos estelares de la humanidad— el modo más racional de organización social y política en la unidad del Estado. Creación del genio griego es la democracia antigua, la democracia originaria, que se convertiría en el curso luengo de los siglos en modelo de la filosofía política de los siglos XVII y XVIII.

La democracia ateniense, paradigma de la democracia de las ciudades griegas, descansaba en los supuestos de la soberanía del pueblo, del derecho a elegir sus propios gobernantes y jueces, de la libertad física y moral y de la igualdad ante la ley. Y además, como reacción a la monarquía y aristocracia anteriores, la vigencia de la Constitución y la no validez de la Themis sagrada y los gnomos tradicionales de dudoso origen divino.

Desde Grecia la democracia bienhechora se expandió hacia el occidente del Mediterráneo. Roma aceptó y practicó la democracia después de la caída de los Tarquinos. La República romana brilló en todo

su esplendor hasta mediados del siglo I a. C., cuando Julio César determinó exterminarla, pero no impunemente, porque cayó fulminado por el puñal de Bruto. La República romana, fecunda en estadistas probos y virtuosos, es otro gran arquetipo de libertad y democracia.

La aparición de la democracia a comienzos del siglo VII a. C. no es un hecho aislado en la historia de la cultura. En el lapso comprendido entre los siglos VII a V a. C. floreció todo lo grande que en el orden espiritual persiste en líneas generales como pauta cultural del mundo contemporáneo. Todavía estamos viviendo de los principios morales, jurídicos, políticos, artísticos, religiosos y filosóficos instituidos entonces en el mundo antiguo por Pitágoras, Solón, Sócrates, Pericles, Isaías, etc. A esta época fecunda y grandiosa de gestación espiritual ha propuesto Karl Jaspers que se la llame tiempo-eje y se la tome como punto universal de referencia en la historia de las culturas.

La democracia instituida y puesta en marcha una vez por el genio de Grecia, no podía perderse para siempre, cuando se produjo el colapso de los pequeños Estados ciudades helenos y de la República romana. Los valores y las instituciones culturales se propagan, como enseña Eduardo Spranger, de cuatro maneras: por la imitación, la inmigración, la influencia a distancia y el renacimiento en el tiempo. En el Renacimiento, el ideal democrático vuelve a inquietar los corazones y a calentar las cabezas de los hombres libres. La democracia antigua se convirtió en tema obligado de filósofos y eruditos. Y del plano académico de la discusión pasó a la conversación del hombre del pueblo.

La democracia americana tuvo como fuente de inspiración la democracia antigua. Para mejor ilustración sobre este punto, recordemos un párrafo de Bertrand Russell. "Con el renacimiento de los estudios clásicos, dice Russell, la influencia de Grecia y Roma sobre la opinión política se acrecentó. En el siglo XVIII, cuando todos los aristócratas inteligentes conocían a fondo el latín y muchos de entre ellos el griego, un republicanismo más o menos literario estaba a tono con el ambiente. Horacio Walpole colgó en el muro de su habitación una copia de la condenación a muerte de Carlos I, con la inscripción: "Major Charta", para mostrar su superioridad sobre la Carta Magna. En Francia, el radicalismo intelectual practicaba mucho el culto a los clásicos, causa por la cual Napoleón detestara a Tácito y no admitiera como profesor a quien loara a este autor. En América también, durante los primeros

tiempos, esta influencia se hizo notoria, aunque fuese ella menos importante que la influencia religiosa. Jefferson, en 1809, fue alabado por el Parlamento de Virginia por el amor "romano" de su país. Consultado sobre el motivo de la estatua de Washington, aconsejó representarla con toga. Los primeros dirigentes de la opinión pública en América, sobre todo los de Virginia, sufrieron fuertemente la influencia de los modelos clásicos, tanto en el pensamiento como en el estilo".

Los filósofos modernos que libraron la batalla en pro de la democracia en el campo de la teoría son bien conocidos: John Locke, Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, el abate Sieyès, etc. La democracia en esos tiempos era una herejía política para los retrógrados y timoratos. Prejuicios inmensos, creencias inveteradas, resistencias de toda índole, impedían el paso de los principios e ideales democráticos. Ensalzar la democracia con detrimento de la monarquía era incurrir en delito de lesa majestad. Persecución, cárcel, destierro, torturas, eran el pan de cada día de los hombres libres.

En 1776 nace la primera democracia moderna: Estados Unidos de Norte América. Europa atónita se dividía en dos bandos: los radicales para quienes todo elogio a la nueva democracia era poco y los tradicionalistas y ultramontanos para quienes ningún insulto era suficiente. La bandera de la democracia estadounidense crecería a pesar de todo y un día alcanzaría las cuarenta y ocho estrellas de galardón. Jefferson escribió los postulados de la democracia de su patria con la misma mano que escribió la Declaración de Independencia.

En 1798 nace también en un punto casi imperceptible del mapa de América una democracia más: la República de Haití. Los esclavos de color habían asimilado la lección de libertad de sus amos franceses y excitados por algunos de ellos sacudieron el yugo ignominioso de la opresión para fundar un Estado de libertad, igualdad y fraternidad. Haití fue y nunca debemos olvidarlo, refugio y baluarte de Bolívar en dos ocasiones.

En 1789 estalla en Europa la revolución más violenta de la época moderna. Después de librada la batalla en los cerebros y corazones, se libró en las calles y barricadas. De la sangre, las llamas incendiarias y el estampido de cañones, surgió inmaculada la imagen de la Libertad para iluminar el mundo. Con la Revolución francesa la Democracia tuvo resonancia universal. Los tronos temblaron, las testas descoronadas ro-

daron en el cadalso, los poetas cantaron himnos a la libertad y el pueblo pasó de las cárceles y pocilgas al escenario anchuroso de la historia. No más absolutismos! No más derechos divinos de los reyes! No más privilegios! El lema de la Revolución sonará inmarcesible: "LIBERTAD, IGUALDAD Y FRATERNIDAD"! Es la esencia de la Democracia! No reposará la Democracia mientras no sean realidad cada una de esas palabras sagradas.

En 1809 resuenan gritos de libertad en Cochabamba, Bolivia; en Quito, Ecuador; en Bogotá, Colombia; en Caracas, Venezuela; en Buenos Aires, Argentina. El pueblo pide Cabildo abierto. Tras de la mampara de legitimidad de Fernando VII está el verdadero motivo de esos levantamientos. Es la Libertad. Es la Democracia. Siguen más de tres lustros de cruentas batallas hasta que en los Andes de América quedan izadas mil banderas de la Libertad. Carabobo, Boyacá, Pichincha, Junín, Ayacucho, Chacabuco, Maipú, son torres almenadas de la libertad. Su atalaya es el Cóndor majestuoso, señor de las alturas.

En las guerras de la emancipación de las naciones Hispanoamericanas, Colombia fue cabeza de puente del civilismo: Nariño, Camilo Torres, Zea, José Félix de Restrepo, Caycedo y Cuero y una legión más de varones ilustres inculcaron con su palabra hablada o escrita, con su sacrificio y su heroísmo, los principios jurídicos sobre los cuales debían edificarse los futuros Estados de nuestros pueblos hermanos, como templos vivos de la libertad y la democracia. La historia de Colombia no ha desmentido el impulso civilista que le imprimieron sus grandes héroes y patricios, porque a pesar de los breves eclipses de su libertad y su democracia, ha vuelto con ímpetus renovados por los fueros de la dignidad de la persona humana, de la seguridad, del orden y de la auténtica justicia.

Si nos atenemos a sus Constituciones, las repúblicas hermanas de Hispanoamérica son democráticas en teoría, en su profesión de fe política. Pero en la práctica desgraciadamente sus principios constitucionales han sido violados repetidas veces por quienes estaban más obligados a cumplirlos. La historia política de Hispanoamérica está mancillada con caudillismos ignaros, con despotismos inhumanos y vergonzosos atropellos de las libertades individuales. Abundan en el pasado los Juan José Flores, los Rosas, los Francias, los García Morenos, los Leguías, los Melos, los Porfirio Díaz, los Juan Vicente Gómez, los Ubi-

cos, los Santanas, los Perones, y en el presente los Trujillos, los Somozas y tantos otros nombres que fueron azote y baldón de nuestra democracia. Con todo, nuestro espíritu libertario es indestructible y brilla con nuevo fulgor después de cada dictadura. Junto a este lado oscuro y negativo de la historia política de Hispanoamérica, hay felizmente un lado positivo. Nuestras democracias, cuyo proceso evolutivo continúa a pesar de los obstáculos, han gozado de períodos luminosos y fecundos, cuando los derechos inalienables de la persona humana han sido efectivos y la convivencia social ha alcanzado grados elevados de solidaridad y de justicia, y cuando han presidido los destinos republicanos de nuestros pueblos figuras intachables por su probidad, su virtud y su fe democrática, como Benito Juárez en México, Domingo Faustino Sarmiento en la Argentina, Marco Fidel Suárez en Colombia, Ricardo Jiménez en Costa Rica, Víctor Paz Estensoro en Bolivia... Nuestra historia política ha sido capaz también de forjar democracias modelos como la uruguaya y la costarricense; como la uruguaya con menos del cinco por ciento de analfabetos, y como la costarricense con más maestros que soldados.

La experiencia de la democracia a través de los siglos y de las distintas razas y culturas nos muestra a las claras que existen ciertas condiciones materiales y morales, que determinan su origen y evolución. La democracia es un hecho social y político que descansa necesariamente sobre bases económicas, educacionales y morales. Muchas veces la democracia ha fracasado o ha flaqueado, porque sus dirigentes han pasado por alto alguno de esos factores. Los altibajos de la democracia en Hispanoamérica, por ejemplo, tienen como causas, no obstante su coraje y fe en su destino, las grandes deficiencias en el orden de la economía, la educación y la moral. No es sintomático el alto porcentaje de analfabetismo en Nicaragua? El sectarismo que propicia las hegemonías no indica fallas educacionales? La desmesurada ambición de poder contra los principios constitucionales y la voluntad del pueblo, no es señal de desequilibrio moral? La estrechez económica del pueblo no es terreno abonado para la revuelta y el amotinamiento, para las dictaduras de izquierda y derecha?

La democracia tiene que ser construída desde su base vital. Las necesidades orgánicas e instintivas del hombre no dan tregua. Son inaplazables. Pan, comida y bebida, de buena calidad y en buena canti-

dad; ropa de acuerdo con el clima y el rango social; habitación higiénica y confortable; descanso racional según la especie de actividad; placeres moderados y sanos para el cuerpo y el espíritu; ahorro sin avaricia ni ambición para hacer frente al futuro imprevisto; hogares holgados y felices; trabajo sin sobresaltos de desocupación; prestaciones sociales justas; son sin duda las bases económicas sine qua non de la democracia.

La democracia tiene que ser inculcada en la mente y el corazón de las nuevas generaciones. La democracia no se hereda; se transmite por medio de la educación. No se nace demócrata, como se nace negro, blanco, mongol o mestizo. Se aprende a ser demócrata. Muchas veces se aprende a ser demócrata en la experiencia dura de la persecución, la cárcel y el destierro. Para salvar a las generaciones futuras de la tiranía, es necesario comenzar educándolas en la devoción a la libertad, la democracia y el derecho. La educación es transmisión y creación de valores culturales; transmisión de experiencia acumulada en el pasado. El hombre progresa porque transmite experiencia; porque es capaz de aprovechar del conocimiento de las generaciones pasadas.

Educación para la libertad y la democracia no es fanatizar, sino iluminar el espíritu con el conocimiento del hombre, de la historia humana, de la naturaleza y de los principios estructurales del ser. La educación democrática de hoy debe ser a la vez humanística y técnica. Lo primero para conocer la esencia, el puesto en el cosmos y el destino del hombre; para convivir con nuestros semejantes sin odios, venganzas y coacciones; y para trabajar por una sociedad y un Estado solidarios en la realización del derecho y la justicia. Lo segundo para controlar en provecho de las necesidades materiales del hombre las fuerzas ciegas de la naturaleza; para hacer menos duro el trabajo; para prolongar el promedio de la vida humana sobre la tierra, y para crear los bienes que contribuyan a la prosperidad y la felicidad de todos.

La democracia tiene que inspirarse en principios morales de validez universal. El primer mandamiento moral de la democracia es: amarás a tu patria sobre todas las naciones. El amor a la patria no es el nacionalismo enfermo, patológico, exacerbado y agresivo de los facistas y nazistas. Es el amor al suelo patrio para conservarlo íntegro y transmitirlo de igual modo a nuestros descendientes; es el amor a nuestros compatriotas sin distinciones de colores políticos, de rangos sociales,

de diferencias raciales y de confesionalismos estrechos; es el amor a la trayectoria histórica, a la herencia cultural, a la tradición y memoria de nuestros mayores, próceres y héroes; y es el amor a la bandera como símbolo esencial de la nacionalidad.

“Luchar en la nación, dice Challaye, contra la enfermedad, la miseria, la ignorancia, la tiranía, la injusticia; tratar, combinando la acción individual, la acción política, y la acción social, de asegurar a todos la salud, el bienestar, la instrucción, la libertad, las condiciones exteriores de felicidad; procurar hacer lo más satisfactoria posible la situación de todos en la nación: tal es el deber patriótico por excelencia”.

La democracia exige la virtud de los hombres que la profesan. Los mezquinos, los venales, los esbirros, los lacayos, los aduladores, los simuladores, son servidores acuciosos de las tiranías, pero vergüenza y lastre de las democracias. Por la excelencia de los principios en que descansa, la democracia necesita hombres abnegados, probos, honestos, sinceros, valerosos, verídicos, leales, dignos, íntegros. El destino de la democracia depende de la calidad de sus hombres. Será grande y evolucionará hasta la perfección dentro de las limitaciones humanas, si sus hombres crecen y evolucionan en el pensamiento y la voluntad.

El camino de la democracia está erizado de obstáculos. El obstáculo más serio a remover en el presente es la desigualdad económica. Remover el obstáculo por métodos democráticos o dejar de ser democracias, tal es el dilema que afrontan las democracias del mundo contemporáneo. La democracia tiene su propia doctrina sobre la economía política, una doctrina diferente y opuesta en puntos radicales a la doctrina del comunismo ruso y de los socialismos de derecha. La doctrina económica de la democracia sostiene como puntos específicos de su sistema la propiedad privada y la iniciativa particular. El obstáculo de la desigualdad económica, hay que removerlo sin destruir estos grandes principios. Se les puede dar toda la elasticidad necesaria para que armonicen con la justicia social y la racionalización del Estado, pero sin atentar contra su esencia. La propiedad privada y la iniciativa particular no son contrarias a la circulación y distribución de la riqueza. En la economía democrática la riqueza circula sin violencias por las vías legales y jurídicas y se distribuye siguiendo la mecánica del más apto y no del más astuto.

La democracia tiene que armonizar el capital y el trabajo, la pro-

iedad privada y la justicia social, la libertad y la planificación estatal. Como consecuencia de la armonía de estos principios básicos en el campo de la economía y el derecho, resultará para los ciudadanos de la democracia dinámica, de la democracia en marcha, de la democracia que vigila la libertad, la igualdad y la fraternidad, el pan y la libertad. Las dictaduras totalitarias ofrecen pan a cambio de libertad. La democracia dinámica ofrece libertad y pan. No exalta una clase social con detrimento de la otra. Tampoco debe azuzar a un partido a perseguir a otro. La democracia es tolerancia, convivencia, progreso, prosperidad.

Así como la democracia luchó por la libertad hasta la abolición de la esclavitud, así luchará por la igualdad hasta que haya pan en abundancia y justicia social. Pero no olvidemos que la libertad y la igualdad no se adquieren de una vez para siempre, sino que exigen vigilia constante. Vigilemos por la libertad e igualdad, para que los despotismos y tiranías desaparezcan de la tierra y para que impere la democracia tal como fue definida por Abraham Lincoln en Gettysburg, en uno de los momentos espirituales más sublimes de la historia de la humanidad: La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo! Gobierno del pueblo, porque él es la fuente inmediata del poder y su voluntad no puede ser suplantada por el capricho de uno solo o de unos pocos; gobierno por el pueblo, porque los representantes del poder legislativo, ejecutivo y judicial, son los elegidos en votaciones libres y no en conciliábulos mezquinos y tenebrosos; y gobierno para el pueblo, porque los bienes materiales y espirituales son patrimonio de todos y no privilegio de unos pocos o pingüe botín de guerra de uno solo.



CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL

El presente estudio corresponde a la segunda parte de la tesis de grado presentada por el Dr. JAVIER GOMEZ RESTREPO, actual Secretario de la Facultad, a la consideración del Jurado calificador integrado por los doctores David Córdoba Medina (Presidente), Eudoro González Gómez, Antonio J. Pardo y Lucrecio Jaramillo Vélez. El Jurado elogió de manera especial esta parte de la bien lograda tesis de grado del joven abogado.

SEGUNDA PARTE CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL.

154 - Cómo está regulada esta materia; 155 - Carácter de la legislación civil a este respecto; 156 - Plan de estudio.

CAPITULO V DE LA CAPACIDAD PARA SER COMERCIANTE SECCION PRIMERA GENERALIDADES

157 - Quiénes son comerciantes; 158 - Capacidad para ejercer el comercio; 159 - El comercio no se puede ejercer por medio de representantes legales; doctrina extranjera y nacional al respecto; 160 - Argumento legal; 161 - Argumento analógico; 162 - Costumbre nacional y extranjera; 163 - Menores que heredan un establecimiento de comercio; 164 - Opinión del profesor Antonio Rocha; 165 - Refutación; 166 - Proyecto de la comisión revisora del C. de C.; alcances de la reforma; 167 - Capacidad para ejecutar actos de comercio; 168 - Comentarios de Palma Rogers a lo dispuesto en esta parte por el C. Chileno; 169 - Otras opiniones.

SECCION SEGUNDA

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA PARA SER COMERCIANTE.

170 - Régimen que disponía el C. de Comercio; 171 - Opinión de A. Rocha, Luis F. Latorre, Gabino Pinzón, y otros sobre este punto y ya vigente la ley 28 de 1932; 172 - Tesis de A. Zuleta Angel; 173 - Argumento legal en contra del anterior; 174 - Situación favorable de la mujer comerciante desde antes de 1932, en cuanto a la hipoteca; 175 - Qué se concluye una vez rigiendo la ley 28; 176 - Consecuencias de la interpretación de Zuleta Angel; 177 - Teoría de W. Villa Uribe; 178 - Refutación; 179 - Legislación extranjera sobre este tema; 180 - Proyecto de la Comisión Revisora del C. de Comercio.

SECCION TERCERA

CAPACIDAD DE LOS HABILITADOS PARA SER COMERCIANTES.

181 - El art. 15 del C. C. se refiere únicamente a los habilitados de edad; 182 - No se pueden incorporar en la citada disposición ni a los hijos de familia, ni a los emancipados en lo que atañe a su peculio profesional; 183 - Observación definitiva respecto al art. 294 del C. C.; 184 - En el ejercicio del comercio, los habilitados pueden libremente gravar de cualquier manera sus bienes; 185 - Comentario del profesor A. Rocha; 186 - Régimen que pretende la Comisión Revisora del C. de Co.; 187 - Crítica; 188 - Disposiciones del proyecto.

SECCION CUARTA

INHABILES PARA COMERCIAR.

189 - Quiénes son inhábiles; 190 - Diferencias entre los incapaces y los inhábiles; 191 - Concepto de A. Zuleta Angel; 192 - Efectos que produce la violación a la prohibición del ejercicio del comercio por los inhábiles; 193 - Qué ocurre cuando el inhábil obra de mala fe; 194 - Fundamento del art. 17 del C. de C.; 195 - Los inhábiles tampoco pueden celebrar actos de comercio individuales.

SEGUNDA PARTE

CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL

154 - En la primera parte, hemos examinado algunos temas sobre la capacidad en Derecho Civil. Propongámonos hacer lo mismo en el Derecho Comercial.

La materia mercantil está reglada entre nosotros por el Código de Comercio que rigió en el extinguido estado de Panamá y fue sancionado el 12 de octubre de 1869, y adoptado para toda la nación por la ley 57 de 1887.

Este código no trae un capítulo especial sobre el asunto que tratamos; ni siquiera regula a espacio la situación de los capaces e incapaces. Se limita a dar, de cuando en cuando, normas en cuestiones determinadas, sin establecer por su propia cuenta disposiciones generales sobre la materia. En este aspecto se remite a la legislación civil, y sólo en ciertos casos, repetimos, sienta normas especiales que cambian y modifican el estatuto general civil sobre capacidad.

155 - Obrando conforme a lo dispuesto en la ley mercantil, la solución a los puntos que trataremos será dada utilizando preferencialmente el código de comercio, y en los casos que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, aplicando las pertinentes del C. Civil (Art. 1º del C. de C.).

Ocurre pues, que la legislación civil es supletoria en la materia que abocamos, y aunque el criterio civil es por su naturaleza distinto al criterio comercial, en una gran cantidad de puntos necesariamente habremos de ocurrir a la legislación civil.

156 - Sin pretender agotar la materia sobre capacidad en el Derecho Comercial, nos hemos trazado el siguiente plan, que cumpliremos separando dicho estudio en dos capítulos diferentes, y cada capítulo en secciones distintas.

El capítulo primero, que corresponde al V en el orden que llevamos, tratará de la capacidad para ser comerciante. En su sección primera hará consideraciones generales; en la segunda se referirá a las mujeres casadas; en la tercera a los habilitados de edad; y en la cuarta y última, a los inhábiles para comerciar.

El otro capítulo estudiará la capacidad para celebrar el contrato de sociedad. En la sección primera se harán también consideraciones generales; y en las secciones segunda, tercera y cuarta se estudiará la capacidad para el contrato de sociedad colectiva, de sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada respectivamente.

CAPITULO V

DE LA INCAPACIDAD PARA SER COMERCIANTE

SECCION PRIMERA

GENERALIDADES

157 - Dice el código de comercio en el artículo 9º: "Se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones que corresponden a esta industria, y de que trata el presente Código".

De lo anterior se infiere que fuera de la habitualidad en la celebración de operaciones mercantiles, para ser comerciante se necesita también ser capaz legalmente de ejercer el comercio. En desarrollo de lo expuesto, el art. 11 del mismo código agrega: "Toda persona que, según las leyes comunes, tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Los que, con arreglo a las leyes, no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales". Como los dos apartes del artículo transcrito, consideran situaciones diversas, nos referimos inicialmente a la primera, para luego seguir con la segunda.

158 - La expresión "leyes comunes" que utiliza el primer inciso de la disposición, equivale a leyes civiles, porque éstas son generales y nacieron con anterioridad a las leyes especiales; así, lo que en la actualidad muchos códigos particulares tratan, en viejos tiempos era regulado por el C. Civil. Eliminando términos, tenemos entonces que el Código de Comercio sienta como norma general, que los capaces civilmente son capaces para ejercer el comercio. Ya sabemos que son capaces civilmente todos aquellos que la ley no declara incapaces; y el art. 1504 del C. C. nos enumera a los incapaces. Luego se concluye que los incapaces civiles, tanto absolutos como relativos, porque el art. 11 del C. de C. no distingue, son incapaces para ejercer el comercio, y consecuentemente, nunca se pueden reputar comerciantes. (Art. 9º *ibidem*).

159 - Se colige de lo dicho, que para ser comerciante no solamente se requiere la capacidad de goce sino también la capacidad de

ejercicio, además claro está, de la ejecución profesional de actos comerciales.

Tratadistas extranjeros como Bolaffio, Vivante, Garrigez, Palma Rogers, y muchos otros, han concluído que los representantes legales no pueden ejercer el comercio en nombre y por cuenta de sus representados, salvo un caso excepcional que más adelante estudiaremos. Lo que quiere decir que ni el padre ni el guardador pueden, en representación del hijo de familia y pupilo respectivamente, actuar como comerciantes.

Juristas nacionales especializados en esta materia, como los doctores Antonio Rocha, Emilio Robledo U., William Villa U., y Alberto Zuleta Angel, llegan a igual conclusión, a pesar de no contener nuestra legislación disposiciones tan rotundas como las traídas por las legislaciones italiana, española y chilena, y que han servido para fundamentar los razonamientos de los mercantilistas de estos países.

160 - Sin embargo, no parece equivocada la tesis a que adhieren los nuestros, no solamente en consideración a los comentarios de los arts. 9º y 11º del C. de C., sino también por cuanto el comercio es esencialmente una actividad peligrosa, en que el áleas juega papel preponderante y que se sale por lo mismo de las facultades administrativas que tienen los representantes legales. Por otra parte, se ha entendido que el ejercicio del comercio de que habla el art. 9º del C. de C., supone una actividad personal, una actuación directa que sólo pueden tener quienes son capaces de ejercicio.

161 - Y aceptando de mal modo la vaguedad de las disposiciones del código de comercio sobre el problema presentado, hay un recurso que ya mencionamos y que en estos momentos nos es de una utilidad máxima: es el principio de la analogía. Para aplicarlo, recordemos que el art. 533 del C. de C. prohíbe a los menores de dieciocho años, a los dementes, y demás incapaces, aun por medio de sus representantes legales, ser socios de compañías colectivas de comercio. Y en el caso de muerte de un socio colectivo que deje herederos incapaces, la sociedad tiene que liquidarse y no se permite siquiera que los respectivos representantes obren por ellos. El problema planteado en este artículo, no deja de tener similitudes con el de la representación legal para ejercer el comercio el representante legal del incapaz. Y si la ley lo solucionó

de esa manera, no es ilógico que en el caso presente la decisión sea idéntica.

162 - Si lo anterior no fuere bastante, tengamos entonces en cuenta el peso que tiene en el Derecho Comercial la costumbre, que según el artículo 2º del C. de C., tiene la misma autoridad que la ley siempre que no vaya contra ella. Y ha sido costumbre ininterrumpida en nuestro país, el no facultar el ejercicio del comercio a padres de familia y guardadores cuando lo hacen en nombre de sus representados. Agregándole a este argumento una fuerza que no necesita, digamos también que esta costumbre local está de acuerdo con la extranjera de los pueblos más adelantados, y el art. 3º del C. de C. da gran valor a los usos de esos países extraños.

163 - Dijimos atrás que los autores extranjeros en su gran mayoría, traen una excepción a la norma general que prohíbe el ejercicio del comercio por medio de los representantes legales. Es el caso de menores que heredan un establecimiento mercantil. En realidad una gran mayoría de legislaciones extranjeras expresamente consagran esta hipótesis, teniendo en cuenta que la continuación de un negocio mercantil no conlleva los peligros que trae la iniciación de ese mismo negocio, y antes bien, si muerto el causante, hubiese necesidad de liquidar el establecimiento por incapacidad de los herederos, el perjuicio que a éstos podría resultar sería irreparable. Por tales motivos, esas legislaciones han permitido que los representantes legales de los incapaces ejerzan el comercio por sus representados, en el negocio en que actuaba su causante, excepcionando con ello la regla general ya comentada.

Como entre nosotros no está previsto tal evento, la norma se mantiene en todo su vigor, y las soluciones que se presenten, tienen que ser distintas a la permisión para los representantes legales de ejercer el comercio en nombre de los incapaces que representan.

164 - No obstante el Dr. Antonio Rocha expone un criterio distinto: Dice en efecto:

«... Cosa distinta de ejercer la profesión de comerciante es ser dueño de una empresa; el ejercicio del comercio se refiere a una capacidad de actuar, mientras que la titularidad es capacidad pasiva; es preciso distinguir entre la propiedad y la explotación.

La distinción es importante, porque un incapaz puede adquirir, por herencia, v. gr., un establecimiento de comercio, naturalmente con

beneficio de inventario. Y como en su explotación tiene interés el menor, para que no se destruya esa riqueza, lo que sería antieconómico, hay que concluir que recibe la titularidad o goce, y que la explotación la hará el curador por cuenta del menor, a menos que sea mayor de 18 años y pueda obtener la habilitación de edad.

Esta solución es aceptable además de ser más favorable al incapaz (incapacidad que no puede perjudicarle), evita la destrucción o disminución de la riqueza creada que recibe en herencia.

En contra de esta tesis está la de los doctores William Villa Uribe y Alberto Zuleta Angel, uno y otro muy distinguidos profesores de derecho en esta Facultad de Jurisprudencia. El profesor Villa Uribe no admite la distinción que nosotros hacemos de que una cosa es ejercer la profesión de comerciante y otra ser dueño de una empresa comercial.

Para el Dr. Villa Uribe la capacidad de goce no puede separarse de la capacidad de ejercicio, ya que lo uno conduce a lo otro, y ya que la ley vigente no permite al menor la capacidad de ejercicio, pues se haría entonces comerciante.

El anterior argumento, continúa el profesor Rocha, queda desvirtuado, nos parece, por el ordinal 11 del art. 20 del código, que separa para el comerciante la capacidad de titularidad o goce de la capacidad de ejercicio; que permite a una persona ser propietaria de un establecimiento o empresa mercantil sin ser a un mismo tiempo comerciante. El ordinal dice así, al enumerar los actos de comercio:

"11. La administración de un establecimiento o empresa mercantil, aunque el propietario no sea comerciante".

No es pues injurídico concluir por interpretación lo que el código mismo parece establecer directamente, o sea que, para no destruir la riqueza creada que, por continuidad, de herencia por ejemplo, debe conservarse para el menor, éste se ve autorizado por el ord. 11 del art. 20 a ser propietario (capacidad de goce) de una empresa mercantil sin necesidad de convertirse en comerciante. Lo cual es precisamente lo que por reforma legal, inútil para nosotros, ha hecho la ley italiana.

De otro lado, según el artículo 9º lo que hace al comerciante son sus actividades, no su patrimonio.

En la obra de *Derecho Mercantil Comparado* del crítico colombiano Pablo J. Bustillo, jurista que en su época gozó de alta reputa-

ción científica (edición de 1909, Barcelona), leemos en la página 27 y 28, comentando el ord. 11 del art. 20.

"Pero cuándo el propietario de un establecimiento mercantil no es comerciante? Esto sucederá en nuestro concepto cuando el establecimiento se adquiere por quien no tiene capacidad personal para ejercer el comercio, o cuando se adquiere el establecimiento por una persona no dedicada al comercio, sin el propósito de conservarlo más allá del tiempo necesario para su realización" (el subrayado es nuestro).

Bustillo pues, como se ve, admite también que la incapacidad de ejercicio no es incompatible con la titularidad o goce.

Si esto fuere así, si el menor puede conservar en su patrimonio un establecimiento o empresa mercantil sin hacerse por ello comerciante, habría que determinar la incidencia o repercusión en su patrimonio total de los negocios comerciales de la administración de esa empresa.

La opinión del Dr. Alberto Zuleta que su colega Villa Uribe transcribe, es una afirmación de principios generales que nosotros también suscribimos, pero no incide en el punto concreto en que estamos. En efecto, Zuleta Angel afirma que las personas incapaces no pueden ejercer el comercio ni directamente ni por medio de sus representantes legales. Así es. Lo que hemos afirmado y concluido es precisamente que el menor no se hace comerciante por el hecho de ser titular de un establecimiento mercantil, ya que el ord. 11 del art. 20 permite divorciar la titularidad del ejercicio de un derecho. Es el ejercicio y no la titularidad lo que hace al comerciante, según el 9 del C. de Co.» (*Conferencias de Derecho Comercial* por Antonio Rocha, págs. 89 y ss.).

165 - El contraargumento del Dr. Rocha, no funciona sin embargo como él piensa. Miremos en efecto el problema desde un ángulo distinto, cuidando de no adherirnos a las conclusiones del Dr. Villa Uribe. Es cierto que el numeral 11 del art. 20 del C. de C., deslinda la administración de un establecimiento mercantil, de la propiedad del mismo. Pero, el autor, cuyas tesis transcribimos, estima que la única aplicación práctica de este inciso, es el caso de un incapaz que personalmente no puede actuar como comerciante.

Nosotros creemos, en cambio, que allí se está regulando la situación de un individuo que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, no es sin embargo comerciante por faltarle el otro requisito, por no ocuparse ordinaria y profesionalmente en actividades mercan-

tiles. Sería el caso v. gr. de una persona capaz, que entre sus muchos negocios, suponiendo que éstos sean civiles, compra un establecimiento de comercio y celebra un contrato de administración con un tercero. O el de un profesional, médico o abogado por ejemplo, que se ocupa en su profesión de manera constante, y accidentalmente adquiere un establecimiento de comercio dándoselo a otro para que lo administre. Como se aprecia en los ejemplos propuestos, el propietario no es comerciante porque no ejecuta habitualmente actos de comercio, pero se parte de la base de que tiene capacidad para serlo. Situaciones como las previstas, son las que a nuestro juicio regula el numeral 11 del art. 20 del C. de C.; en otras palabras, allí se permite la representación voluntaria pero no la legal.

Además, no se advierte lógico el razonamiento del Dr. Rocha, al querer ver prevista en nuestro código una situación que expresamente traen legislaciones foráneas, pero que la nuestra no menciona. Porque si él adapta el numeral 11 al caso de incapaces que heredan una empresa o establecimiento de comercio, no se ve por qué no pueda referirse también a un establecimiento de comercio adquirido por otro título, v. gr. permuta, donación, e inclusive compraventa, siendo en tales hipótesis administrador el representante legal del incapaz propietario. Por lo tanto, si aceptamos los conceptos del ilustre profesor, la tesis general que él mismo sostiene, según la cual no se puede ejercer el comercio por medio de los representantes legales, caería por su base.

En virtud de las consideraciones que anteceden, es por lo que creemos que el establecimiento mercantil heredado por incapaces, si no se liquida una vez muerto el de cujus, su supervivencia dentro de nuestra legislación tiene que solucionarse de manera distinta a la de continuar el comercio el respectivo representante en nombre de los herederos incapaces.

166 - La comisión revisora del Código de Comercio de Colombia, ha resuelto en el proyecto por ella presentado, eliminar este problema, consagrando en el inciso 2º del art. 8º, un principio que hasta el momento no ha sido acogido ni en las legislaciones más avanzadas, y con el cual se quiebra el régimen imperante sobre representación legal en materia comercial. Dice así:

Artículo 2º. "...La profesión del comercio puede ejercerse personalmente o por medio de apoderado, representante o cualquiera otra

clase de intermediarios". Más adelante agrega el proyecto en el art. 15: "Podrá el Juez del Circuito respectivo, con conocimiento de causa, autorizar la continuación por un menor, cualquiera que sea su edad, por medio de sus representantes legales, del comercio que hubieren ejercido sus padres u otros causantes. Si éstos carecieren de capacidad suficiente deberán nombrar uno o más factores para que continúen el comercio en nombre y por cuenta del menor".

Con la reforma buscada se logra un notorio avance en materia comercial, pues no obstante el peligro que la permisión pretendida trae y que contraría una larga tradición jurídica, es lo cierto que en la época actual el comercio como profesión y medio de subsistencia ha alcanzado un auge nunca imaginado, y no encierra a veces tantos riesgos como en otros tiempos tenía.

Hasta aquí, hemos tratado de la capacidad para ser comerciante. Aunque luego volveremos sobre el tema al estudiar situaciones y reglas especiales, para no dejar trunco el análisis del art. 11 del C. de C. que venimos haciendo, continuemos su estudio, pero ya en su parte segunda.

167 - Dice a continuación el artículo citado: "Los que con arreglo a las leyes no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales". Inicialmente el artículo había dicho: Los incapaces no pueden ejercer el comercio. Ahora, entre otras cosas agrega: los incapaces no pueden celebrar actos comerciales. Y fijemos la atención, en que si el primer inciso prohibía a los incapaces ejercer el comercio por medio de sus representantes legales, el segundo lógicamente está prohibiendo también a esos representantes celebrar actos de comercio por sus representados.

Muchos discutirán empero esta aseveración, mas ante el examen de los textos legales citados, nos parece, no cabe otra alternativa. Si se acepta la primera conclusión hay que aceptar la segunda, porque los argumentos que fluyen del art. 11 del C. de C., son idénticos para ambas situaciones.

168 - En legislaciones extranjeras no existe una disposición como la traída por el segundo colon del art. 11. Por tal motivo, es muy preciso lo dicho por el autor chileno Gabriel Palma Rogers en su obra *Derecho Comercial*: "...El Código de Comercio da reglas sobre la capacidad no para ejecutar actos de comercio aislados, sino sobre la capacidad para el ejercicio de la profesión de comerciante. La capacidad

para ejecutar ocasionalmente actos de comercio se rige exclusivamente por las reglas del Código Civil aun respecto de los menores habilitados de edad, mujeres casadas, etc. Sólo cuando se trata de adquirir la profesión de comerciantes habrá que examinar la capacidad con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio...» (Obra citada, tomo I, pág. 92).

169 - En igual sentido Vivante, Garrigues y otros más. En la doctrina colombiana esta distinción no puede hacerse por obra y gracia de la última parte del art. 11 del C. de C.

Con todo, algunos autores nacionales, confundidos por los expositores extranjeros y desconociendo lo dicho en el artículo citado, han querido equivocadamente injertar entre nosotros igual diferencia.

SECCION SEGUNDA

CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA PARA SER COMERCIANTE

170 - Motivo de grandes discusiones ha sido el de la capacidad de la mujer casada mayor de edad para ejercer el comercio. Los arts. 12, 13 y 14 del C. de Comercio han exigido, para que la mujer casada sea comerciante, autorización marital por escritura pública.

171 - Reconocidos juristas colombianos como los doctores Antonio Rocha, Luis Felipe Latorre, Félix Cortés, José J. Gómez, y Gabino Pinzón, han sostenido que los artículos referidos fueron derogados por la ley 28 de 1932, y que hoy por hoy la mujer casada mayor de edad puede libremente dedicarse a actividades mercantiles. Esta ha sido también la tesis de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia cuyo aparte citamos en la pág. 89.

172 - El Dr. A. Zuleta Angel opina por el contrario: «...A este respecto debe evitarse una confusión en lo que se refiere a la potestad marital; según el art. 117 del C. C. "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". Agrega además el Código: "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido". (artículo 176 C. C.), y que "El marido tiene derecho para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia". Existe, por consiguiente una autoridad del marido sobre la persona de su mu-

jer, que no debe confundirse con el derecho que el mismo Código reconocía sobre su patrimonio; la ley 28 al derogar estas últimas disposiciones, dejó plenamente vigentes las que reconocen la autoridad sobre la persona de su mujer.

Ahora bien, la necesidad de la autorización del marido para que la mujer casada pueda ejercer una profesión, se desprende, no de la incapacidad de la mujer casada, sino de la autoridad del marido sobre la persona de la mujer. Y es que, el ejercicio de una profesión por parte de la mujer no tiene únicamente consecuencias patrimoniales, sino que tiene otras que pueden presentar peligros e inconvenientes para la mujer y para la familia: peligros de orden social, e inconvenientes relacionados con los hijos, cuya educación puede fácilmente descuidarse, y aun para el mismo manejo de la casa...»

De la misma manera se expresa el autor argentino Aquiles Yorio al comentar nuestra ley 28 de 1932.

173 - Sin desconocer las razones poderosas del Dr. Zuleta Angel, nosotros terciamos en favor de la opinión de los primeros. Porque es indudable que la autorización marital para ejercer el comercio que exigía el Código Mercantil, era consecuencia de la incapacidad que sufría la mujer casada antes de la ley 28, y no de la autoridad que tiene el marido sobre la persona de su mujer. La prueba de ello está en el artículo 12 del mismo Código que dice: "La autorización del marido que según el artículo 150 del Código Civil debe obtener la mujer casada, no separada de bienes, para contratar y obligarse, debe darse por escritura pública cuando sea para ejercer el comercio". (El subrayado es nuestro). De allí se concluye que la ley mercantil parte de la base de la incapacidad general de la mujer casada para contratar y obligarse que existía en el C. Civil, y en concordancia con este régimen, exigía para que la mujer casada pudiese ejercer el comercio, autorización marital por escritura pública. Los requisitos eran pues, corolario de la incapacidad de la mujer y no de la potestad marital. En nuestro sentir, estas meras consideraciones son definitivas para desconocer la subsistencia legal de los arts. 12, 13 y 14 del C. de C.

174 - Además, se nos ocurre otra observación: el Código de Comercio favoreciendo a la mujer, había dispuesto en los arts. 13 y 14, que una vez autorizada la mujer comerciante, podía hipotecar para seguridad de las obligaciones contraídas, quedando afectos a las resultas

de las operaciones mercantiles sus bienes propios y los pertenecientes a la sociedad conyugal. Como se aprecia, no se requeriría para la hipoteca ninguna formalidad especial.

La legislación civil era por el contrario, en este aspecto, distinta a la comercial, porque el art. 189 del C. C. haciendo relación al art. 1810 ib., exigía para la hipoteca de bienes raíces de la mujer, decreto judicial con conocimiento de causa, y los motivos que justificaban dicha hipoteca no podían ser otros que la facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales, o la necesidad o utilidad manifiesta para la mujer.

175 - De lo anterior se deduce que la legislación mercantil en cuanto a la capacidad de la mujer casada, era más ágil y avanzada que la civil, y al abolir tanto requisito y formalidad, favorecía enormemente a la mujer en sus actividades comerciales. De manera que concediendo la vieja legislación más garantías a la mujer casada comerciante que a la mujer que no lo era, resulta ilógico que después de expedida la ley 28, quede más favorecida la que se ocupa en actividades civiles que la que se dedica al ejercicio del comercio.

176 - Por otro aspecto, las razones que expone el Dr. Zuleta Angel, para afirmar que la potestad marital pugna con el ejercicio del comercio por parte de la mujer casada por cuanto descuida sus obligaciones domésticas, serviría idénticamente para exigir también autorización marital a la mujer casada mayor de edad cuando ejerce profesiones civiles como la abogacía, la medicina etc., etc. Es claro, que si la actividad de la mujer casada, ya sea civil o mercantil, distrae el cumplimiento de sus obligaciones conyugales, el marido puede ejercitar los derechos que le consagra la ley en los arts. 176 y ss. del C. C. Pero son cosas muy distintas y conceptos muy diversos, los derechos que por el matrimonio se le conceden al marido en virtud de la potestad marital, a la incapacidad de la mujer casada, abolida hoy por la ley 28 de 1932.

177 - El Dr. William Villa Uribe en un estudio publicado en la *Revista Trimestral de Derecho Comercial* adopta una posición intermedia consistente en «...aceptar y reconocer la plena capacidad de la mujer casada mayor de edad para ejercer el comercio, siempre y cuando lo haga por medio de un representante; pero cuando haya de ejercerlo personalmente, no por medio de un mandatario, debe solicitar la

autorización del marido, por razón de la potestad marital que no derogó la ley 28 de 1932...»

178 - Por los mismos motivos que ya expresamos, rechazamos la tesis que precede. Por otra parte la conclusión del Dr. Villa Uribe rompe todo el sistema imperante sobre representación voluntaria, porque supone que el mandatario puede libremente otorgar facultades que personalmente no puede ejercer de la misma manera.

179 - La potestad marital que como lo anotamos, no pesó en el ánimo del legislador colombiano al dictar los arts. 12, 13 y 14 del C. de C., si fue en cambio considerado en otras legislaciones, que a pesar de reconocer la capacidad plena de la mujer casada mayor de edad, han exigido, haciendo mención expresa de esa capacidad, el consentimiento del marido en las actividades mercantiles de su cónyuge. Tales son los casos de Alemania, Suiza y la ley francesa de 1938.

180 - El avance doctrinario alcanzado entre nosotros sobre este aspecto, ha querido ser sin embargo desconocido por la Comisión Revisora del C. de Comercio, que en el art. 11 de su proyecto expresa: «La capacidad de la mujer casada para celebrar actos de comercio se rige por las normas generales del Código Civil. Pero no podrá ejercer personalmente la profesión de comerciante, sin el permiso expreso o tácito de su marido. Se presume que la mujer tiene permiso de su marido, cuando viviendo en común, ejerce públicamente el comercio. Cuando sin justo motivo el marido negare o revocare el permiso, el juez con conocimiento de causa, podrá concederlo».

SECCION TERCERA

CAPACIDAD DE LOS HABILITADOS DE EDAD PARA SER COMERCIANTES

181 - El art. 15 del C. de C. dice en su primera parte: «Los menores y los hijos de familia pueden ejercer el comercio en todos los casos en que, conforme al Código Civil, salen de curatela, o son emancipados, y obtienen la libre administración de sus bienes».

Naturalmente se comprende que la ley comercial está haciendo referencia en esta disposición a los menores habilitados de edad. En este punto nos remitimos a las consideraciones que hicimos en la sec-

ción primera de este capítulo, donde demostramos cómo los menores no habilitados no pueden ser comerciantes ni aun asistidos por sus representantes legales.

Investigándose la redacción del artículo citado, hay motivos para pensar que si allí sólo se comprendiese a los habilitados de edad, la ley expresamente lo hubiese dicho y no habría empleado la frase "Los menores y los hijos de familia . . .", que supone la existencia, en el evento considerado, de personas distintas a los menores habilitados. Si aceptamos tal consideración, tendremos entonces comerciantes apenas púberes, que no han alcanzado en muchos casos los dieciocho años que es la edad requerida para la habilitación de edad. Los impúberes quedan descartados porque, ya lo dijimos, éstos no se obligan de ninguna manera.

Se dirá con razón, si se acoge la hipótesis referida, que los menores no llenan las condiciones del art. 15 del C. de C., puesto que si son hijos de familia están bajo patria potestad y si son emancipados están bajo curatela. Así pues, es indiscutible que el artículo sólo comprende al habilitado de edad, y las dudas que al respecto puedan surgir, únicamente son debidas a la pésima redacción y poca claridad de la disposición.

No es exacta tampoco la condición que el precepto supone, consistente en que los menores tengan la libre administración de sus bienes, puesto que esta administración sólo es completamente libre en los mayores de edad no incapacitados, y el habilitado tiene, en la administración que se le otorga, restricciones importantes como son las señaladas en el art. 345 del C. C. y que a espacio vimos a su debido tiempo.

182 - Que sepamos, entre nosotros no ha sido motivo de estudio una cuestión que se suscita al leer el art. 15 del Código de Comercio, y compararlo con el 294 del C. C., que manda mirar al hijo de familia como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial. Podrá el artículo 15 del C. de C. cobijar a los hijos de familia, o a los emancipados no habilitados de edad, en lo que atañe a su peculio profesional?

Hay que tener en cuenta, que aunque en el caso propuesto los menores están bajo patria potestad y curatela, estas instituciones paralizan sus efectos al surgir el peculio profesional del menor. Sostener

empero la tesis afirmativa, es quizá demasiado avanzado y rompería todas las reglas generales sobre el ejercicio del comercio por menores.

183 - Para dilucidar la cuestión, conviene recordar una observación hecha cuando estudiamos el art. 294 del C. C. Anotamos allá, que era distinto decir, como lo expresa esa disposición, que el hijo de familia *se mirará* como emancipado, a expresar que el hijo de familia *es* emancipado. Lo primero equivale a otorgar consecuencias iguales a situaciones distintas, es ampliar los efectos de una cosa en otra. Lo segundo constituye en cambio, un estado, una calidad particular que naturalmente trae consecuencias especiales. Y si ante esta distinción el art. 15 del C. de C. se nos viene diciendo que los menores pueden ejercer el comercio cuando *son* emancipados, obviamente no podremos comprender en esta disposición a los menores bajo patria potestad o a los emancipados no habilitados, por mucho peculio profesional que tengan.

184 - En su segunda parte, expresa el art. 15 del C. de C., continuando ya el estudio de dicha disposición, que los habilitados de edad puesto que a éstos es a los que se refiere, pueden en el ejercicio del comercio gravar de cualquier modo sus bienes propios y los de su mujer no separada. Como la ley no distingue, la permisión necesariamente se refiere tanto a bienes muebles como a raíces. Con esto se está quebrantando la prohibición que impone el Código Civil a los habilitados de edad, para hipotecar sus bienes raíces sin la autorización judicial otorgada con conocimiento de causa, aunque se conserva la prohibición de enajenar esos bienes libremente. Se favorece así la actividad mercantil del menor, pues ya podrá fácilmente servirse del crédito hipotecario sin las trabas de la legislación civil.

185 - El Dr. Antonio Rocha no encuentra explicable que se permita la hipoteca y se prohíba el contrato de venta, pues la primera puede inclusive considerarse más grave y peligrosa que la segunda; opina además que la distinción es ineficaz, porque si se quiere vender basta simular la venta con una hipoteca, y luego en acción ejecutiva, obtener la venta de la cosa hipotecada. El sistema, como que supone un juicio, es engorroso, y por consiguiente la prohibición a pesar de las críticas hechas, cumple el fin propuesto.

186 - La comisión Revisora del Código de Comercio, ante la ambigüedad del artículo 15 del Código actual, ha decidido que los mayo-

res de dieciocho años, nunca los menores, puedan ejercer personalmente el comercio con facultad inclusive de enajenar sus bienes raíces. Distingue la comisión tres casos distintos:

a) El menor habilitado de edad que tiene las facultades anteriormente dichas.

b) El hijo de familia mayor de dieciocho años que administra su peculio profesional y que hasta concurrencia de él, se le conceden las mismas facultades del habilitado.

c) El hijo de familia mayor de dieciocho años que no está en la situación prevista en el ordinal anterior, por no tener peculio profesional, pero al que se permite el ejercicio del comercio con autorización de su representante legal. Sus atribuciones son muy recortadas, ya que no puede enajenar ni gravar sus bienes inmuebles sino con autorización paterna para cada caso, y cumpliendo los requisitos que establece el art. 303 del Código Civil. Este evento fue considerado en virtud de observaciones muy realistas hechas por la Federación Nacional de Comerciantes, que expresó su deseo de que se abriera el campo de la actividad comercial a los bachilleres que no quisieren continuar estudios profesionales, y que por lo general terminan bachillerato a los dieciocho años, sin que por otra parte tengan que someterse a un proceso más o menos largo de habilitación, o esperar a cumplir los veintiún años de edad. La comisión expresa en su exposición de motivos, que para la defensa del patrimonio inmueble, no quedan los menores en este caso, con un poder omnímodo de enajenar y gravar sus bienes raíces, pues no solamente requieren autorización paterna, sino que es necesario cumplan los requisitos establecidos por las leyes comunes, como por ejemplo la enajenación en pública subasta.

187 - Sin la petulancia de pretender hacer críticas a la reforma intentada, nos asalta sin embargo una duda en cuanto a la situación que puedan tener en un juicio de quiebra, los hijos de familia que hemos comprendido en los ordinales b y c.

Supongamos que ellos sobresean en el pago de sus obligaciones mercantiles. Sabemos que la quiebra por su naturaleza, es un juicio universal que comprende todos los bienes del fallido; pero si en el primer caso el menor sólo ejerce el comercio y garantiza sus deudas hasta concurrencia de su peculio profesional, y en el segundo no puede disponer de sus bienes raíces sin llenar determinados requisitos, la ope-

rancia de la quiebra tal como entre nosotros existe, va a resultar imposible. A menos que, y suponemos que así se hará, se excepcione en este sentido el estatuto de quiebras. Pero aun así, los problemas por la facultad de delimitar en cada momento los bienes que responden a las obligaciones mercantiles de los que no responden, van a ser numerosos y de arriesgada solución.

188 - Por considerar de mucha novedad e importancia, las disposiciones del proyecto, nos permitimos transcribirlas en su tenor literal:

Artículo 12. - Los menores habilitados de edad pueden ejercer el comercio, con facultad de hipotecar y enajenar libremente sus bienes raíces para atender a necesidades concernientes al comercio que ejercen.

Artículo 13. - El hijo de familia mayor de dieciocho años que administre su peculio profesional de conformidad con el Código Civil, puede ejercer el comercio con las mismas facultades del menor comerciante habilitado, hasta concurrencia de su peculio.

Artículo 14. - El hijo de familia mayor de dieciocho años puede ejercer el comercio, previa autorización escrita de su padre registrada en la correspondiente Cámara de Comercio. En este caso el menor comerciante no podrá enajenar ni gravar sus bienes raíces sino con especial autorización del padre para cada caso y en cumplimiento de los requisitos que las leyes comunes establecen.

SECCION CUARTA

INHABILES PARA COMERCIAR

189 - Nuestro Código de Comercio en el artículo 16, prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil a los empleados y funcionarios públicos y a los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación. Esta disposición al prohibir el comercio a los empleados públicos, hace referencia a los que se hallaban en el caso del art. 287 del C. Penal de Panamá, que no permitía comerciar a los funcionarios que devengaban un sueldo mayor de 600.00, pero esta norma no se incorporó en el estatuto penal colombiano.

190 - Hay una gran diferencia entre los incapaces para comerciar que estudiamos en las secciones precedentes, y los inhábiles que

menciona el art. 16 del C. C. La inhabilidad supone capacidad. La Ley colombiana aunque se informa del principio de la libertad para escoger profesión u oficio, dentro del cual está la opción para comerciar, no puede ser ajena a ciertos motivos que determinan la prohibición para el ejercicio del comercio. El fenómeno es muy semejante al que acontece entre las incapacidades generales del art. 1504 del C. C., y las incapacidades particulares que tratamos en el capítulo IV. La incapacidad tanto en Derecho Civil como en Mercantil, es una medida de protección para los mismos incapaces; las inhabilidades en cambio, han sido creadas por la ley por razones muy diferentes cuales son incompatibilidades morales para el ejercicio del comercio y protección a los intereses de terceros. Por otra parte, la sanción a las actividades comerciales del incapaz, son muy distintas a las de los inhábiles: aquéllas serán nulas absoluta o relativamente, según sean obra de un incapaz absoluto o relativo; éstas en cambio se sancionan de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 del C. de C. que en seguida veremos.

191 - Observa muy exactamente el Dr. Alberto Zuleta Angel que, «...Es necesario no confundir estos dos conceptos de incapacidad e inhabilidad porque las consecuencias son fundamentalmente distintas; si por ejemplo un incapaz se dedica al ejercicio del comercio, no tendrá la profesión comercial, ni podrá ser declarado en quiebra llegando el caso; por el contrario si una persona a quien le esté prohibido el comercio se dedica a él, tendrá el carácter de comerciante y en caso necesario podrán aplicársele las disposiciones sobre quiebra, porque la violación de la prohibición no puede traer como consecuencia el de colocarlo en condiciones mejores a la de cualquier otro comerciante...» (*Conferencias de D. Mercantil* por A. Zuleta Angel, pág. 8).

192 - El artículo 17 del C. de C. inicialmente dice: «Los contratos mercantiles celebrados por personas inhábiles para comerciar, cuya incapacidad fuere notoria por razón de la calidad o empleo, serán nulos para todos los contrayentes...» Pasemos por alto la terminología antitécnica de la disposición transcrita, cuando involucra la incapacidad hablando de los inhábiles, y consideremos sólo los efectos de los actos que éstos ejecutan, que es lo único que se propone regular la disposición. Hasta ahora, el artículo ha seguido las normas del Código Civil, según las cuales hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes y el objeto ilícito produce nulidad absoluta; declarada la nu-

lidad, es claro que tras ella vendrán las consecuencias que la ley establece en los artículos 1748, 961 y ss. del C. Civil.

193 - Esto que ocurre cuando la inhabilidad fuere notoria, de manera que las partes contratantes presumiblemente la conocieron, es esencialmente distinto a lo que pasa cuando esa inhabilidad sin ser notoria se ha ocultado por parte del inhábil, pues en este evento la ley mercantil, separándose de la civil, dispone en la última parte del art. 17, que el inhábil quedará obligado, sin adquirir derecho para compeler en juicio al otro contratante en el cumplimiento de las obligaciones por éste contraídas. La sanción es sumamente grave, porque muy grave fue también la falta cometida por el inhábil. Se establece prácticamente un enriquecimiento sin causa, aceptando la teoría clásica de la causa, según la cual la obligación de una parte es la causa de la obligación de la otra, ya que mientras el inhábil queda plenamente obligado, el otro contratante puede, sin que haya medio de coaccionarlo, dejar de cumplir lo pactado. Como corolario de esto, el inhábil no puede hacer funcionar a su favor el principio de la "exceptio non ad impleti contractus".

Se supone que quien comercia con el inhábil, desconoce la calidad de éste en el momento de contratar, pues el artículo 17 del C. de C. exige no sólo que la inhabilidad no sea notoria, sino asimismo que ésta se ocultare al otro contratante. Si no fuere así, se estaría dando acción y favorecimiento la mala fe de individuos inescrupulosos, cuando esta circunstancia ninguna ventaja puede traerles.

194 - Todas estas consecuencias, sólo tienen como mira la defensa a los intereses de terceros, que es el motivo fundamental para la prohibición del comercio a los inhábiles.

195 - Para terminar esta sección, es conveniente agregar que a los inhábiles además de prohibírseles el ejercicio del comercio, es decir, el ser comerciantes, también se les impide el celebrar actos de comercio individuales. Lo primero lo dice en el art. 16 el C. de Comercio, y aunque allí no se hace alusión a lo segundo, acto seguido en el art. 17 ibidem ya analizado, se sancionan los actos mercantiles ejecutados por personas inhábiles y se señalan los efectos que produce la transgresión mencionada.

CAPITULO VI

CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE SOCIEDAD

SECCION PRIMERA

GENERALIDADES

196 - Requisitos de fondo que requiere el contrato de sociedad; 197 - Qué ocurre en las sociedades civiles; 198 - Qué en las mercantiles.

SECCION SEGUNDA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO COLECTIVO

199 - Quiénes son capaces para celebrar este contrato; 200 - La especial habilitación que se exige para el contrato de sociedad al habilitado de edad, debe ser judicial; 201 - El art. 464 del C. de C., sólo se aplica a las compañías colectivas de comercio; 202 - Aporte de inmuebles por el habilitado de edad; 203 - Todo socio colectivo es comerciante? 204 - Conceptos de A. Rocha y Emilio Robledo; 205 - De William Villa U.; 206 - Doctrina extranjera; 207 - Por qué es injurídica la tesis afirmativa; 208 - Opinión de C. Vivante; 209 - Los incapaces no pueden, ni aun por medio de sus representantes, constituir sociedades colectivas; 210 - Conceptos del Dr. Eloy Zea Rocha; 211 - Tampoco pueden entrar a las ya formadas; 212 - Reglas que da el C. de Comercio a este respecto; 213 - Comentarios del Dr. Gabino Pinzón; 214 - Aclaración importante a los conceptos anteriores; 215 - Las normas que protegen a los incapaces no se aplican a los inhábiles.

SECCION TERCERA

CAPACIDAD PARA SER ACCIONISTA

216 - Disposiciones legales sobre este punto; 217 - Por qué es inútil el art. 3^o del Decreto 2521 de 1950; 218 - Las reglas que rigen la capacidad para ser accionista, son las mismas generales del C. Civil; 219 - Al accionista es impropio exigirle la capacidad que se requiere para ser comerciante; 220 - También la que se necesita para celebrar actos de comercio; 221 - Naturaleza de la acción en las sociedades anónimas; 222 - Concepto del Dr. W. Villa U. y doctrina de la Superintendencia; 223 - Conclusión; 224 - La capacidad para ser socio colectivo, es distinta a la que se exige para el accionista. Opinión en contrario del Dr. Moreno Jaramillo; 225 - Refutación; 226 - Ninguna de las normas sobre capacidad que trae el C. de Comercio se aplican a las sociedades anónimas.

SECCION CUARTA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO DE COMPAÑIAS

DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

227 - Disposiciones legales y doctrinas contrarias en este respecto; 228 - Argumentos en favor de la primera tesis; 229 - Segunda

teoría; 230 - Para constituir una sociedad de responsabilidad limitada se necesita la misma capacidad que para formar una colectiva de comercio; 231 - La capacidad no puede estar reglamentada en los estatutos de la compañía; 232 - La ley 124 de 1937, identifica la capacidad en las sociedades de responsabilidad limitada y en las colectivas de comercio; 233 - Capacidad para entrar a una compañía de responsabilidad limitada ya formada; 234 - Interpretación del art. 9^o de la ley 124; 235 - Opinión de Alfonso Restrepo Moreno; 236 - Tercera teoría; 237 - Los representantes legales no pueden en nombre de sus representados, ser socios de Compañías de responsabilidad limitada; 238 - A este resultado se llega aun prescindiendo del art. 11 de la ley 124 de 1937; 239 - Conclusiones.

CAPITULO IV

CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE SOCIEDAD

SECCION PRIMERA

GENERALIDADES

196 - La sociedad como contrato que es, necesita de todos los requisitos de fondo que se exigen para la validez de cualquier acto o declaración de voluntad: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Al estudio del primero de los elementos nombrados se encauzarán las presentes notas.

197 - La capacidad para celebrar el contrato de sociedad puede referirse tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles. Nuestro estudio sólo tocará con éstas, pues las normas generales sobre capacidad que se dieron en la parte inicial, tienen completa aplicación en el contrato de sociedad civil. El Código Civil no establece normas especiales al tratar de la sociedad, distintas a las generales de todo contrato. Por consiguiente las personas capaces pueden celebrarlo personalmente o por medio de representantes voluntarios, y las incapaces por medio de sus representantes legales.

198 - No pasa lo mismo en las sociedades comerciales, donde sí existen disposiciones que reglamentan especialmente la capacidad para ser socio. Pero como es distinta la aptitud para formar sociedades mercantiles, según el tipo que se pretenda, las consideraciones respectivas las haremos en secciones separadas empezando por la sociedad colectiva mercantil, siguiendo con la anónima y terminando con la de res-

ponsabilidad limitada. En las en comandita hay que tener en cuenta la calidad de cada socio: si es comanditario se le aplican las reglas de los accionistas de las anónimas; si es gestor las de los socios colectivos. Esta es la norma general y por ello la situación de los socios de las compañías en comanditas no será motivo de estudio separado.

SECCION SEGUNDA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO COLECTIVO

199 - El art. 464 del C. de C. dice textualmente: "Toda persona capaz de comerciar es hábil también para celebrar el contrato de sociedad. El menor y la mujer casada, divorciada o separada de bienes, aunque habilitados para comerciar, necesitan serlo especialmente para celebrar una sociedad".

Consecuentes con la interpretación que hasta ahora hemos hecho a la ley 28 de 1932, consideramos que la disposición transcrita está derogada en cuanto concierne a la mujer casada.

En el primer inciso del artículo citado se establece como norma general, que la capacidad para ser comerciante y para ser socio es una misma. Por lo tanto, las explicaciones dadas en el capítulo anterior se extienden a la presente sección; tendremos entonces que los incapaces no podrán entrar a formar sociedades colectivas, ni aun por medio de sus representantes legales. La prohibición en este sentido es absoluta. En páginas posteriores trataremos a espacio este punto.

200 - En el segundo inciso se exige al menor, que como veremos después sólo puede ser el habilitado de edad, fuera de la habilitación que como tal tiene, una especialísima para celebrar el contrato de sociedad.

Aunque el artículo no dice que esta particularísima habilitación tenga que ser judicial, no hay duda de que así lo sea, pues ella no puede provenir ni del padre, ni del curador, puesto que quien la necesita ya ha dejado, por el hecho de ser habilitado, de estar sometido a patria potestad o a curatela.

El motivo para que la ley demande dos habilitaciones para celebrar el contrato de sociedad, radica en la responsabilidad solidaria con que cargan los socios colectivos. Tamaño compromiso exige ponderada

meditación, y por eso está bien que la ley pida al menor, aunque habilitado de edad lógicamente inexperto, una autorización que se otorga después de cuidadoso análisis.

201 - Antes de proseguir y para despejar equívocos, digamos que la reglamentación que estamos tratando sólo se predica de las sociedades colectivas mercantiles, y por extensión legal a los socios gestores de las sociedades en comanditas. Esto es así, no sólo por cuanto la responsabilidad solidaria que es el fundamento de la excepcional reglamentación del art. 464 del C. de C., es atributo de las sociedades colectivas, sino también porque el precepto citado está colocado e inicia la Sección Primera del Capítulo I del C. de C., que se titula *De la formación y prueba de las sociedades colectivas*. Es erróneo por consiguiente querer extender los requisitos y formalidades del artículo 464 del C. C., a otros tipos de sociedad distintas a las colectivas de comercio.

202 - Como el menor habilitado, no tiene ni aun en el Derecho Mercantil libertad para enajenar sus bienes raíces, es claro que al constituir una sociedad, si su aporte ha de consistir en inmuebles, previamente deben llenarse los requisitos del art. 345 del C. de C. sobre autorización judicial con conocimiento de causa. De acuerdo con los comentarios hechos en el N° 87 sobre esta disposición, creemos que el aporte que de bienes raíces hace el habilitado a la sociedad, no urge de la pública subasta. En este caso el tipo de enajenación es incompatible con tal procedimiento; de afirmar lo contrario prácticamente se haría imposible que los habilitados pudieran formar sociedades cuando el objeto de su aporte consistiera en bienes inmuebles.

203 - La responsabilidad solidaria que asume todo socio colectivo, y el hecho de que la capacidad para comerciar y la para celebrar el contrato de sociedad sean iguales, ha inducido a muchos, entre ellos a los autores nacionales de Derecho Mercantil, para afirmar que el socio colectivo por el mero hecho de serlo se convierte en comerciante. Y que precisamente, por convertirse en comerciante, es por lo que la ley ha exigido a dicho socio la capacidad que deben tener quienes se dedican a actividades mercantiles.

204 - Así por ejemplo el profesor A. Rocha, al considerar las razones para que el art. 464 sea de tanto rigor con los menores, y que para nosotros no tiene más fundamento que la solidaridad que encierra la sociedad colectiva, explica que los socios gestores por el hecho de

entrar en sociedades de este tipo, colectivas o comanditarias, se hacen comerciantes. Igual afirmación hace Emilio Robledo Uribe en un artículo insertado en el número 3º de la *Revista Trimestral de Derecho Comercial*.

205 - También William Villa U. en la misma publicación expresa: «...La razón por la cual el socio de la compañía colectiva se hace comerciante, radica en el hecho de que ellos responden solidariamente ante terceros por las obligaciones que contraiga la sociedad; esta solidaridad implica el hecho de que en todos y cada uno de los actos que celebre la sociedad comercial convertirá a los socios que responden personal y solidariamente con ella por el cumplimiento de dichos actos, en comerciantes, ya que de acuerdo con el artículo 9º del Código de Comercio se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que se ocupan ordinaria y profesionalmente en operaciones que corresponden a esa industria...» (Publicación citada, N° 24-25, pág. 140).

206 - Los expositores extranjeros, al explicar una disposición que existe en algunos países, según la cual la quiebra de la sociedad implica la de los socios colectivos, han ideado la tesis que unánimemente han acogido los tratadistas nacionales. Véanse al efecto los conceptos del francés M. Hamel en su *Curso de Derecho Comercial* pág. 108, y de Eduard Escarra y Jean Raulp en su obra *Principios de Derecho Comercial*. En el mismo sentido se pronuncia el connotado mercantilista italiano León Bolaffio.

207 - Si la tesis, como lo demostraremos, es por sí injurídica, entre nosotros lo es más todavía, ya que nuestra legislación no reporta de ella ninguna utilidad, porque expresamente ha consagrado que la quiebra de la sociedad no implica la de los socios. Y es que la persona de los socios es completamente distinta de la persona social. Y si ésta es comerciante porque se dedica a actividades mercantiles, puede ocurrir que los socios no tengan igual profesión, no sean comerciantes, por no ejercer habitualmente el comercio. Es claro que ellos verifican un acto de comercio al formar una sociedad colectiva, pero el ejecutar accidentalmente una operación comercial no convierte a quien lo hace en comerciante.

Ni siquiera puede argumentarse que los socios colectivos al tener derecho a administrar la sociedad y ejecutar actos mercantiles de manera habitual, se convierten en comerciantes, porque en nuestro de-

recho la representación opera de tal manera, que los actos que ejecutan los socios administradores se radican en el representado, que es la sociedad.

De acoger semejante doctrina, caeríamos en absurdos tales como el exigir a un socio que no administra la sociedad, que se dedica a operaciones civiles, v. gr. la agricultura, el llevar libros mercantiles, el inscribirse en la Cámara de Comercio, y el cumplir las demás obligaciones de los comerciantes.

Supongámonos el caso de un profesional que ejerce su oficio de manera permanente. Ese individuo constituye una sociedad colectiva con otros compañeros. Como él vive de su profesión y con ello ocupa toda su actividad, no puede administrar la compañía y entonces permite que sus consocios la gobiernen. Ante tales hechos, podremos acaso decir que ese profesional es legalmente comerciante? Se ocupa él ordinaria y profesionalmente en actividades mercantiles? Creemos que de ninguna parte pueden sacarse argumentos valederos para sostener semejante tesis. Allí solamente se están garantizando, en virtud de la solidaridad, las operaciones sociales. Pero esto no basta para que un individuo se repute comerciante según la ley mercantil.

208 - Muy bien ha dicho Vivante: «Si el socio fuera comerciante, sólo por ser socio, adquiriría dicha calidad antes de haber realizado ningún acto de comercio en nombre de la sociedad y en consecuencia tendríamos, a despecho de la definición del Código, comerciantes que serían tales aun no habiendo ejercicio, ni directamente ni por medio de la sociedad, profesión mercantil alguna...»

Y antes, de manera muy precisa había dicho el mismo autor: «...El socio no hace más que responder solidariamente de las operaciones sociales, y el garantizar las obligaciones de un comerciante, no convierte a nadie en comerciante...» (*Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, pág. 172).

Nuestra doctrina ha caído en este punto en un error ya repetido. Tratar de introducir a toda costa prácticas foráneas que no se compatibilizan con nuestros textos legales.

209 - En líneas precedentes dijimos que el artículo 464 del C. de C., al hacer especiales exigencias al menor para celebrar el contrato de sociedad, se está refiriendo a los habilitados de edad y no comprende bajo ningún pretexto a los menores de dieciocho años, porque éstos no

pueden obtener el beneficio de la habilitación y su condición es tal, que ni aun por medio de sus representantes pueden llegar a ser socios colectivos.

210 - Continuando lo anterior, opina el Dr. Eloy Zea Rocha, en transcripción reproducida en la obra del Dr. Miguel Moreno Jaramillo y de la que hemos creído oportuno extractar algunas ideas fundamentales: «...En la sociedad colectiva, dadas las circunstancias en que obra, como la no publicidad de sus balances, los terceros que contratan con ello lo hacen generalmente no en consideración al capital social sino al capital particular de cada uno de los socios y a las aptitudes de los socios administradores. La confianza de los terceros que contratan con la sociedad reposa no solamente en el haber de la sociedad sino en el patrimonio de todos los socios. Quién le da esa confianza a los terceros contratantes? La Ley. Es decir, cada uno de los socios ha convenido desde el momento en que entró a formar parte de la sociedad, en que esta persona distinta a cada uno de los socios puede, cada vez que haga una operación comercial, comprometer todos y cada uno de sus bienes particulares. Puede decirse que el consentimiento existe virtualmente, puesto que cada vez que la sociedad contrae una obligación, constituye una manera de prenda general con todo el patrimonio de todos y cada uno de los socios; se empeñan la palabra y los bienes todos. Decimos que en ese caso hay un consentimiento anticipado y se confiere al acreedor o demandante presunto el derecho de proceder judicialmente contra los bienes de uno o de todos los socios. En una palabra, se hace una enajenación anticipada por ministerio de la ley».

Ahora preguntamos: el tutor o curador al hacer a su pupilo socio de una sociedad colectiva de comercio aportando solamente los bienes muebles que integran su patrimonio de él, no viola con ello la terminante prohibición que le hace el legislador en el artículo 483 del Código Civil? La afirmativa es incuestionable por cuanto dejamos demostrado que cada uno de los socios compromete todo su patrimonio en las resultas de las operaciones de la sociedad, en virtud de la solidaridad que les impone el artículo 487 del código de comercio, de cuya solidaridad no pueden eximirse en ningún caso. Repetimos, hay una enajenación anticipada de todos los bienes, lo que no puede hacer el guardador, por sí y ante sí, porque al hacerlo violaría la prohibición que le hace la ley de enajenar o gravar, sin previo decreto judicial, los bienes

raíces del pupilo. Enajenación que sólo puede hacer por motivos de necesidad o utilidad manifiesta. Consecuencialmente hay que concluir que una sociedad colectiva de comercio, formada en esas condiciones, es nula en todo lo que se relaciona con los intereses del menor...»

«Podría argüirse en contra de nuestra tesis que en una sociedad colectiva de comercio, tal como la suponemos, no se trata de una enajenación actual de los bienes raíces que integran el patrimonio de los menores, que tal enajenación es remota, y que la sociedad puede ser fuente de utilidades para los menores».

«A esto contestamos con el siguiente razonamiento: el guardador no puede exponer a su pupilo, ni en el presente ni en el futuro, a situaciones precarias, ni hacer promesas que comprometan su patrimonio. Las facultades administrativas del guardador sólo se refieren a la conservación de los bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad en ese sentido se extiende hasta la culpa leve inclusive (artículo 481 del C. C.). Debe restituir a quien por derecho corresponda, que generalmente es al pupilo, al ser habilitado o al llegar a la mayor edad, los bienes que se encomendaron a su cuidado y pericia, tan luego como termine su administración. Esta entrega debe hacerla junto con la exhibición de sus cuentas de administración (artículos 504 del C. C.). Bien se ve, en las disposiciones citadas, que el pensamiento del legislador no es otro sino el de que el guardador se limite a custodiar los bienes del pupilo, a salvaguardarlos de todo peligro, de todo lo que pueda causarles menoscabo».

«Confirma estas afirmaciones el texto del artículo 495 ibidem, cuyo tenor literal es como sigue: "El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga en la plaza".

"Podrá, si lo estima preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces".

"Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo puede emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro".»

«La limitación impuesta al guardador en el artículo transcrito, limitación que se refiere al dinero ocioso del pupilo, se impone con mayor razón tratándose de los demás bienes muebles y raíces, pues si el

legislador no permite que se expongan a peligro los dineros ociosos, por qué iba a permitir que sí quedaran expuestos los demás bienes?»

«Donde hay la misma razón, debe existir la misma disposición».

«...De todo lo anterior deducimos, que en ningún caso puede el guardador hacer a su pupilo socio de una sociedad colectiva de comercio, ni aun obteniendo licencia judicial para ello, bien sea que se contemple desde el punto de vista del aporte de bienes muebles, o del aporte de inmuebles...» (*Sociedades* por Miguel Moreno Jaramillo, tomo I, pág. 211 y s. s.).

211 - Si la conclusión anterior se acredita en cuanto a la constitución de sociedades colectivas por parte de menores no habilitados, con mayor razón podremos llegar al mismo resultado, cuando lo que se trata es ya de continuar el menor como socio de compañías colectivas existentes, pues en tal caso es la misma ley la que ha regulado expresamente esta situación.

Basta, en efecto, examinar las causas que dan motivo a la disolución de la sociedad colectiva mercantil y que son las mismas que determina el C. Civil. En éste se ha dicho en los artículos 2129 y 2131 que la sociedad se disuelve por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición legal o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes, con los herederos del difunto o sin ellos. Si la sociedad ha de continuar con los herederos tendrán derecho para entrar en ella, exceptuando solamente a aquellos que por su edad o sexo, o por otra calidad, hayan sido expresamente excluidos en la ley o en el contrato. Fuera de este caso los que no tengan la administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por medio de sus representantes legales.

212 - Estas reglas dadas por el C. Civil, han sido esencialmente cambiadas por el C. de Comercio, teniendo en cuenta la tantas veces mentada solidaridad, que existe en las sociedades colectivas de comercio. Por esta razón, por lo peligroso que sería permitir que los representantes legales arriesgaran el patrimonio de los incapaces, continuando en su nombre sociedades colectivas de que era socio el *cujus*, es por lo que el C. de Comercio ha expresado en el art. 533 que: «Cuando en la escritura social se estipulare que la sociedad ha de continuar con los herederos del socio difunto, se llevará a efecto el convenio, aunque éstos sean menores de edad con tal que obtengan inmediatamente la ha-

bilitación respectiva. No pudiéndola obtener por defecto de edad, demencia o cualquiera otra causa, el contrato se tendrá por no celebrado. Las mismas reglas se aplicarán al caso en que el heredero fuere una mujer casada, mayor o menor». Se rechaza pues legalmente toda idea de que menores de dieciocho años puedan continuar en sociedades colectivas, porque para ellos no puede existir la habilitación y al mismo tiempo se prohíbe que los representantes legales continúen la compañía en nombre de los incapaces que representan.

213 - Muy exacto se muestra el Dr. Gabino Pinzón cuando dice: «...El Código no exige simplemente (art. 533) la "habilitación de la edad", sino la "habilitación respectiva", esto es, la especialmente requerida para ser socio colectivo, ya que para esto no basta la capacidad para ser comerciante, pues se ha exigido expresamente una habilitación especial y adicional. (Art. 464) ...»

El mismo autor ha afirmado, al estudiar las consecuencias que tiene la muerte de un socio en compañías colectivas que, «...La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto no produce, sin embargo, efecto alguno contra la regla general de que la sociedad se disuelve por la muerte de un socio, si sus herederos no son hábiles o legalmente capaces y no pueden obtener "*inmediatamente la habilitación respectiva*"; porque si no pueden obtener esa habilitación "por defecto de edad, demencia o cualquiera otra causa, el convenio se tendrá por no celebrado" (art. 533 del C. de Com.) ...» (*Conferencias de Derecho Comercial* por el Dr. José Gabino Pinzón, pág. 35).

214 - En realidad, ha habido en las frases inmediatamente anteriores, una imprecisión que puede dar motivo a malas interpretaciones. No es exacto el afirmar que si los herederos del socio no son legalmente capaces o no pueden obtener la habilitación respectiva, la estipulación de continuar la sociedad con los sucesores del difunto no produce efecto alguno. Porque las reglas son en este caso distintas en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil. No produce ningún efecto si la sociedad es comercial; pero si la sociedad es civil el efecto es pleno, por regla general, porque allí los representantes legales de los incapaces sean éstos menores, dementes, sordomudos, o pródigos, sí puede continuar la sociedad como lo dice claramente el art. 2131 del C. de C. en su último inciso. En este precepto se dispone que los herederos que no tengan la administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por me-

dio de sus representantes legales. Y el art. 2132 *ibidem*, agrega que cuando ocurran incapacidades sobrevinientes, la sociedad puede continuar con el incapaz representado por el curador respectivo, quien ejercerá sus derechos en las operaciones sociales. Es indispensable tener muy presente esta distinción, porque el régimen de representación de los socios es muy diverso en las sociedades colectivas mercantiles y civiles; y porque resultaría improcedente que el legislador tuviera iguales cuidados, protegiera de idéntica manera, al incapaz que asume una responsabilidad solidaria en las primeras, que a quien sólo se obliga a prorrata en las segundas.

215 - Estas medidas de defensa que tiene la ley con el incapaz, es natural que no las tenga con el inhábil. Por tal motivo las disposiciones que con él tocan, son distintas en el Código de Comercio. Al efecto se dispone en el art. 534 que el mero hecho de la quiebra de uno de los socios, no disuelve la sociedad; y en consecuencia los demás podrán continuarla o disolverla, admitiendo en el primer caso la intervención de los representantes de la masa concursada. Es lo mismo que se previene en el C. Civil con el consiguiente cambio de términos que la técnica impone, no hablándose de socios quebrados sino de socios insolventes.

SECCION TERCERA

CAPACIDAD PARA SER ACCIONISTA

216 - El C. de Comercio Colombiano no regula lo referente a la capacidad para ser accionista en las sociedades anónimas. Sólo el decreto 2521 de 1950, aunque es apenas un decreto reglamentario, dice en el art. 3º que, «La capacidad tanto para intervenir en la constitución de una sociedad anónima, como para celebrar el contrato de suscripción de acciones, se rige por las normas generales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil en su orden».

217 - No podemos sostener con base en la disposición transcrita, que la capacidad en las sociedades anónimas está especialmente reglamentada en la ley colombiana. Porque el decreto no hace otra cosa que confirmarnos que es una misma la capacidad para constituir una sociedad anónima, que la requerida para celebrar el contrato de suscripción de

acciones, y nos lleva en definitiva a las disposiciones generales del Código Civil, particularmente al artículo 1.504. Y es una norma inútil porque sin añadir nada nuevo, repite principios que naturalmente se desprenden del C. de Comercio.

Veamos los motivos para tales afirmaciones: Se dice que la capacidad para ser accionista se rige por las normas generales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil en su orden. Pero acaso el Código de Comercio da reglas generales sobre capacidad, que podamos aplicar a la sociedad anónima? Indudablemente no. El Código Mercantil reglamenta la capacidad para ser comerciante, para celebrar actos de comercio y para formar sociedades colectivas. Pero esas normas precisamente establecen excepciones a los principios comunes sobre capacidad, son especiales porque no tienen aplicación sino en los casos taxativamente señalados. Es que el C. de Comercio no trata los principios globales sobre capacidad; en este aspecto se remite al C. Civil que es ley supletoria, y que sí consagra en los artículos 1.503 y 1.504 preceptos generales que no es del caso repetir, porque en la parte inicial de nuestro estudio ya las comentamos.

218 - De manera pues, que ni el artículo 11, ni el 464 del C. de C. pueden aplicarse a las sociedades anónimas. La capacidad en esta materia es la misma general que regula el Código Civil al tratar de los actos y declaraciones de voluntad. Por consiguiente las personas capaces legalmente pueden obligarse como accionistas, y las incapaces no pudiéndolo hacer por sí mismas, lo hacen por intermedio de sus representantes legales.

Las consideraciones precedentes que han surgido del análisis del art. 3º del decreto 2521 de 1950, tienen idéntica aplicación haciendo caso omiso del referido decreto, y teniendo sólo en cuenta el C. de Comercio; porque si éste en el capítulo II, del título 7º del libro 2º, que se titula *De las sociedades anónimas* no menciona el punto sobre la capacidad para ser accionista, es porque en tal caso se aplican las disposiciones sobre capaces e incapaces del C. Civil, ya que el principio de analogía, que como se sabe en casos no previstos tiene preferencia a las disposiciones del C. Civil, no desempeña aquí ningún papel, pues las situaciones que en materia de capacidad preceptúa el Código de Comercio en los Arts. 11 y 464, son por su naturaleza muy diferentes, co-



mo para pretender hacerlas regir en las sociedades anónimas. Pasemos a demostrarlo:

219 - Es impropio exigir al accionista la misma capacidad que se ordena a quien va a ser comerciante, porque el ser comerciante implica una profesión, una responsabilidad particular a la que acompañan también derechos y obligaciones también particulares, que no tiene el accionista. Por otra parte si de los socios colectivos pregonamos que no eran comerciantes, con mayor razón hay que decirlo de los accionistas que no arriesgan más que el valor de su acción. Es tan meridiana la situación y diferencias entre el uno y el otro que, sin ahondar más en el tema, damos por evidente como la primera parte del art. 11 del C. de C., que trata de la capacidad para ser comerciante, no rige para los accionistas.

220 - Creemos que tampoco la segunda, que hace relación a la capacidad para celebrar actos mercantiles, tiene aplicación en las sociedades anónimas, porque el ser accionista no es un acto de comercio. Sí puede llegar a serlo si se compran acciones, que son cosas muebles, con el ánimo de venderlas y especular con ellas (art. 20 Nº 1); inclusive si el movimiento de acciones es la profesión habitual de quien lo hace, éste se convierte en comerciante y entonces requiere la capacidad de tal. Pero esas son situaciones a las que se puede llegar y que son posibles, mas no obligatorias. Pero de un individuo que supongamos con sus ahorros compra una acción, con el fin de que la sociedad le pague dividendos y esta inversión le vaya creando paulatinamente una renta, no podemos decir que ejecuta un acto de comercio.

221 - Las acciones en las grandes sociedades anónimas actuales, son ante todo un medio cómodo y práctico de colocar capitales. Del accionista no podemos decir categóricamente que tiene "affectio societatis", porque él desconoce en la mayoría de las veces sus coasociados, e inclusive los reglamentos de la empresa; muy pocos de ellos concurren a las asambleas generales y sus voluntades no están demarcadas en los rigurosos moldes del clásico contrato; a ellos en definitiva sólo les importan las ventajas que pueden derivar de sus inversiones. De aquí ha nacido precisamente la tesis anticontractualista de la sociedad anónima, que considera a ésta como un organismo, como una institución, y la intermedia que afirma que del contrato nace un organismo.

222 - El Dr. W. Villa Uribe en uno de sus ensayos, acoge una doctrina de la Superintendencia de Sociedades Anónimas sobre la capacidad para ser accionista, y refuta una afirmación que la Superintendencia hace de paso en la misma doctrina, según la cual el acto de constitución de una sociedad anónima es un acto de comercio.

Dice así el profesor Villa Uribe: «... Celebrar el contrato de sociedad anónima en un acto de comercio, y en esta aseveración discrepo de la doctrina de la Superintendencia según la cual "el acto de constitución de una sociedad anónima no es un acto de comercio, sino un medio para celebrar posteriormente actos de comercio". En su afán de aceptar la posibilidad de que un menor puede formar una sociedad anónima, la Superintendencia se basa en una tesis errónea al decir que la celebración del contrato de sociedad anónima no es un acto de comercio, como si para celebrar un solo acto de comercio, fuera indispensable la capacidad legal de ejercicio que solamente se exige para las personas que en forma ordinaria y profesional se ocupan en la celebración de actos mercantiles (art. 9º). Finalmente, la Superintendencia olvida que la ejecución accidental de un negocio mercantil no convierte en comerciante a la persona que lo verifica (art. 10), lo cual implica necesariamente que tal persona no requiera en la celebración de ese acto aislado de comercio, la capacidad legal exigida para el comerciante profesional...» (*Revista Trimestral de Derecho Comercial* Nº 26-27, pág. 142).

223 - Nosotros, como ya lo hemos dicho, estamos de parte de la Superintendencia. Las consideraciones del profesor Villa Uribe en realidad no sobran; pero él ha pasado por alto un detalle que la Superintendencia ha tenido muy presente: es la última parte del art. 11 del C. de C. según el cual «Los que, con arreglo a las leyes, no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales». Cuando estudiamos esta disposición, hicimos notar cómo ella no ha sido analizada como por su importancia lo merece y dimos sobre tal precepto una cabal interpretación que no es del caso volver a traer y a cuyos apartes nos sujetamos.

224 - Mayores razones que las expuestas en las páginas anteriores, nos asisten ahora para inaplicar al accionista el art. 464 del C. de C. según el cual la capacidad para ser socio colectivo es la misma que se requiere para ser comerciante y el habilitado para comerciar necesita

serlo especialmente para celebrar el contrato de sociedad. Bástenos considerar cuán distinta es la posición del socio colectivo a la del accionista, para rechazar la pretensión de que la capacidad de ambos sea igual.

El Dr. Miguel Moreno Jaramillo en su obra *Sociedades* trae un concepto que no compartimos y asevera que: «Aun cuando el art. 551 del Código de Comercio no alude al 464 citado, creemos que éste se aplica también a compañías anónimas...» (Obra citada, tomo II, pág. 551).

225 - Las características propias de las sociedades colectivas y de las sociedades anónimas, rechazan semejante criterio. El legislador mismo lo ha comprendido, cuando en el art. 551 del C. de C. expresa que, «las disposiciones de los artículos 465, 468, 472, 473, 475, 476, 477, y 479, son aplicables a la sociedad anónima, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de este contrato».

Aunque el ilustre profesor no ve inconveniente en agregar a la anterior enumeración de preceptos legales, el art. 464, para nosotros la omisión que de él hace, es índice inequívoco de la intención del código de inaplicar a las sociedades anónimas la citada disposición. Es que proyectar las reglas de las sociedades colectivas en las sociedades anónimas, es restarle importancia a las diferencias específicas entre las sociedades de personas y las sociedades de capital.

226 - Por todo lo dicho hasta aquí, hemos de concluir que las reglas que trae el Código de Comercio sobre la capacidad para ser comerciante, para ejecutar actos de comercio y para ser socio colectivo, por ser normas que sólo regulan casos especiales, no tienen efecto sobre quien constituye o entra después a formar parte como accionista en las compañías anónimas. Plena aplicación tienen en cambio los principios generales que da el Código Civil sobre capaces e incapaces. Aquellos podrán ser accionistas por sí mismos o por medio de mandatarios voluntarios, y éstos por intermedio de sus representantes legales. El estatuto sobre capacidad no sufre pues, en esta parte, alteración alguna.

Hay un hecho más, que no puede pasar inadvertido, concordante con la conclusión a que hemos llegado, y es la costumbre que en el país ha existido sobre este asunto. Y no podemos olvidar que en el Derecho Comercial las costumbres tendrán la misma autoridad que la ley, siempre que no la contraríen expresa o tácitamente.

SECCION CUARTA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

227 - Este ha sido uno de los puntos que más controversias ha suscitado entre los juristas nacionales. Para comprender mejor la cuestión empecemos por transcribir los artículos pertinentes de nuestra ley comercial.

Dice el art. 11 de la Ley 124 de 1937: «En lo no previsto en esta ley y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio». Y el art. 9º de la misma ley, expresa: «En las compañías de responsabilidad limitada se subentiende la estipulación de continuar con los herederos del socio difunto».

De los dos artículos transcritos y de la incidencia de los arts. 464 y 533 del C. de C. en el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, han surgido en el país dos grandes corrientes que sostienen tesis contrarias y cuyos argumentos expondremos en seguida.

228 - La primera, afirma, que los incapaces actuando por medio de sus representantes legales, pueden pertenecer a compañías de responsabilidad limitada. Sus argumentos son los siguientes:

a) El artículo 9º de la ley 124 al no distinguir entre herederos capaces e incapaces, los está comprendiendo a todos y por consiguiente a estos últimos no los puede excluir el intérprete.

b) Dentro de las facultades administrativas del padre de familia o del tutor o curador está la de formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada a nombre de su hijo o pupilo, pues en tal acto el capital afectado es cierto y determinado. Resultaría además inconveniente para los intereses de los incapaces, el prohibirles en determinadas circunstancias ser socios en compañías de esta naturaleza.

Todos los anteriores considerando están extensamente tratados por los doctores: William Villa Uribe y Emilio Robledo Uribe en sendos artículos publicados en la *Revista Trimestral de Derecho Comercial*. Prohijan también estas tesis los profesores A. Zuleta Angel y José Gabino Pinzón.

229 - A pesar de la solidez de los argumentos precedentes, y del mérito incuestionable de quienes los exponen, nosotros nos arrimamos a la corriente contraria, que sostiene que los incapaces no pueden por medio de sus representantes legales ser socios en compañías de responsabilidad limitada, y que en este aspecto tienen plena vigencia los preceptos que regulan la capacidad en las sociedades colectivas de comercio, sin tener que distinguir en la calidad de los aportes de los socios incapaces, según sean muebles o inmuebles, como pretenden algunos.

Para un mejor orden en la exposición, consideramos primeramente la capacidad para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, y a continuación la requerida para entrar a una ya formada.

230 - Regula la ley 124 de 1937 la capacidad para constituir una sociedad de responsabilidad limitada? De ninguna manera. Si esto pasa, y el art. 11 de la citada ley dice que en lo no previsto en ella regirán las reglas de las sociedades colectivas, es indudable entonces que para la constitución de una compañía de esta clase, es de imperiosa necesidad cumplir el art. 464 del C. de C., que dispone que sólo los capaces de comerciar son aptos para formar sociedades, que el habilitado de edad necesita de una segunda habilitación para hacerlo, y que los representantes legales no pueden formar sociedades colectivas por medio de sus representantes legales.

Se dirá que con esta interpretación se rompe el espíritu de la ley y la tradición legislativa de países extranjeros. No creemos lo primero y lo segundo poco importa; porque de la exposición de motivos de la ley 124 no se deduce que estas compañías se crearon con el ánimo de agrupar en ciertos casos intereses de incapaces. Allí solamente se dice "intereses de hijos", no hijos de familia, ni hijos menores. Bien pudo referirse, y esta es para nosotros la interpretación correcta, a hijos capaces o habilitados. En cuanto a lo segundo, aceptamos lo expresado de acuerdo con las citas numerosas que de autores extranjeros trae el Dr. Robledo Uribe en el artículo citado; mas es ingenuo pretender adaptar doctrinas y legislaciones foráneas cuando ellas van en detrimento de textos legales expresos. Tal procedimiento pugna contra una sana aplicación de la ley.

231 - Como de acuerdo con el art. 11 de la ley 124, en los casos no previstos en ella, antes de acudir al sistema de sociedades colectivas es necesario que sobre el punto guarden silencio los estatutos, algunos

podrán observar que el régimen de capacidad puede ser reglado por los estatutos de la compañía, diciéndose en ellos, por ejemplo, que los incapaces pueden entrar a la sociedad asistidos por sus representantes legales. A éstos, nosotros les argüimos que las normas de capacidad son de orden público y en ellas no juega ningún papel la voluntad de los contratantes. Los estatutos sólo pueden establecer reglas sobre otros puntos pero jamás pugnar contra aquellas. Si esto se aceptara, tendríamos entonces que una compañía podría disponer, v. gr. que los incapaces, menores, dementes, etc., comparecieran personalmente, sin representación alguna, lo que a todas luces sería aberrante.

232 - Una disposición que no ha sido estudiada por nuestros autores con el suficiente detenimiento, y que puede ser definitiva en el estudio actual, es el art. 2º de la ley 124. Dice en efecto este artículo: «Las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales, se constituirán por escritura pública y con los demás requisitos indicados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas...» En este precepto no se quiere decir solamente que las sociedades de responsabilidad limitada, civiles o mercantiles, están sujetas a idéntico régimen. Allí se expresa también, que deben llenarse todos los requisitos señalados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas. Y al no distinguir entre las clases de requisitos, se entiende, además de los de forma, los de fondo de todo contrato, siendo la capacidad uno de ellos. Está pues claro que la misma ley 124 de 1937, está diciendo que en la formación de las sociedades de responsabilidad limitada, la capacidad se rige por las normas de la sociedad colectiva de comercio.

235 - Analizada la capacidad que se debe tener para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, veamos la necesaria para entrar a una compañía ya formada. En este aspecto nuestra ley nos trae una observación, que no obstante su importancia, es de alguna oscuridad y se presta a muchas controversias.

234 - Qué quiso decir la ley al expresar que en las compañías de responsabilidad limitada, se subentiende la estipulación de continuar con los herederos del socio difunto? Para nosotros, es indudable que el legislador sólo tuvo en miras diferenciar lo que en este evento ocurre, entre las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada. Porque en las primeras en silencio de los estatutos y acaecida la muerte de uno de los socios, la sociedad se disuelve; en las segundas en cambio,

la ley presume la voluntad de continuar con los herederos del socio difunto.

Creemos que es ampliar demasiado las consecuencias de la ley 124 de 1937, decir que al no distinguirse en el art. 9º entre herederos mayores y menores, es porque se han de comprender a todos, siendo los últimos en tal caso asistidos por sus representantes legales. Se ha de continuar con los herederos del socio difunto cumpliendo el art. 11 de la ley 124 y consiguientemente el 533 del C. de C., siempre que los herederos sean capaces, o si no siéndolo, puedan ser habilitados; de otra manera la sociedad se disuelve. Dando otra interpretación al citado precepto, se patentiza el peligro de estudiar las disposiciones legales, sustrayéndolas, separándolas completamente del estatuto general del que hacen parte. Ellas tienen que ser entendidas relacionándolas unas con otras, de modo que formen un todo armónico.

235 - Con razón, ha dicho el Dr. Alfonso Restrepo Moreno: «... Si el art. 9º no contempla, como creemos nosotros, un caso general sometido a otras disposiciones especiales de la ley 124 y a las normas de la sociedad colectiva de comercio, habría que llegar a la conclusión inadmisibles de que si los herederos de un socio con los cuales habrá de continuar la sociedad, fueran muy numerosos, esta podría existir con más de veinte socios, a pesar de la prohibición del art. 5º...» (*Código de Sociedades y Comentarios*, tomo I, pág. 220).

236 - De todo esto algunos, formulando una tercera teoría, han querido diferenciar en las compañías de responsabilidad limitada la capacidad para constituirlas, de la capacidad para entrar a formar posteriormente parte de ellas como herederos de uno de los socios; dicen que en el primer caso sí rigen las disposiciones de la sociedad colectiva y en el segundo no, en atención a que el art. 9º no distingue entre herederos mayores y menores. Por idénticas razones a las ya sostenidas y a las que expondremos luego, no compartimos tales ideas.

237 - Hasta aquí hemos visto cómo las normas de las sociedades colectivas de comercio, imperan en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada; cómo esas mismas reglas impiden en estas compañías la entrada de herederos incapaces. Toca ahora estudiar cómo sus mandatos se extienden al caso de personas incapaces que entran a sociedades ya constituídas, cuando no es el caso de muerte de uno de los socios.

Como la ley 124 tampoco ha previsto el caso, el art. 11 de la misma nos conduce inexorablemente a la capacidad para ser socio colectivo, al art. 464 del C. de C. Es que en éste, como en los casos de constitución y muerte de uno de los socios que deja herederos, la habilidad para celebrar sociedades de responsabilidad limitada se mide por la capacidad para comerciar. Los incapaces estarán entonces excluidos por más que actúen por intermedio de sus representantes legales, y los menores entre dieciocho y los veintiún años, aunque habilitados para comerciar, necesitan serlo especialmente para celebrar una sociedad.

238 - Pero es que todavía se nos ocurre otra cuestión: Si el art. 11 de la ley 124 no existiera, los incapaces podrían llegar a formar parte de sociedades de responsabilidad limitada? Aún así, creemos que no, por lo que a continuación exponemos:

Si del socio colectivo comprobamos, por los argumentos traídos a su debido tiempo, que no era comerciante por el solo hecho de ser socio, con mayor razón diremos lo mismo del socio de compañías de responsabilidad limitada mercantiles, que no responde solidariamente de las obligaciones sociales. Por este motivo, sería impropio exigir al socio de estas compañías la misma capacidad que necesita quien va a ser comerciante. Pero si es verdad que por este hecho no alcanza a ser un profesional del comercio, no es menos cierto que al constituir o al entrar después a sociedades de este género, sí ejecuta un acto de comercio, porque en este caso no operan las observaciones que hicimos cuando estudiamos las sociedades anónimas. Consiguientemente, al ejecutar un acto de comercio, habrá de todas maneras que cumplir con lo dispuesto en la última parte del art. 11 del C. de C., que interpretado fielmente prohíbe a los incapaces celebrar actos comerciales aun por intermedio de sus representantes legales (Ver. N.º 167).

239 - Teniendo en cuenta las determinaciones a que hemos llegado a la luz de las disposiciones de nuestras leyes mercantiles, y según las cuales la capacidad en las sociedades de responsabilidad limitada se rige por lo dispuesto para las colectivas de comercio, resulta inoficioso tratar si dentro de las facultades administrativas del padre de familia, tutor o curador, que se encuentran en el Código Civil, está la de formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada a nombre de su hijo o pupilo. Muy terminante es a este respecto el artículo 1º del

C. de C. que expresa de manera definitiva que las disposiciones de este Código, rigen de preferencia en los asuntos mercantiles y se aplicarán exclusivamente siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan.

No encontrando más obstáculo que las rígidas disposiciones legales, para que los incapaces debidamente asistidos entren en sociedades de responsabilidad limitada, abogamos por que en el proyecto del Código de Comercio que se estudia, se rompan las barreras hasta ahora establecidas y se permita a los incapaces esta forma de asociación que tan pocos peligros conlleva, y que por el contrario, muchos beneficios les puede traer.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO - *Derecho Civil*.
 ARAMBURU MARIANO - *La Capacidad Civil*.
 BARROS ERRAZURIZ ALFREDO - *Curso de Derecho Civil*.
 BOLAFFIO LEON - *Curso General de Derecho Mercantil*.
 COLIN A. y CAPITANT H. - *Curso elemental de Derecho Civil Chileno y Comparado*.
 CHAMPEAU EDMOND y URIBE ANTONIO - *Tratado de Derecho Civil Colombiano*.
 COMISION REVISORA - *Proyecto de Código de Comercio*.
 DE DIEGO CLEMENTE - *Instituciones de Derecho Civil Español*.
 ENNECERUS, KIPP, WOLF - *Tratado de Derecho Civil*.
 ESCARRA EDUARD y RAULP JEAN - *Principios de Derecho Comercial*.
 GARRIGES JOAQUIN - *Tratado de Derecho Mercantil*.
 GAY DE MONTELLA R. - *Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles*.
 GOMEZ JOSE J. - *El nuevo Régimen de Bienes en el matrimonio*.
 GONZALEZ GOMEZ EUDORO - *Las obligaciones en el Derecho Civil Colombiano*.
 HAMEL M. - *Curso de Derecho Comercial*.
 HURTADO AVELINO L. - *Voluntad Jurídica y Capacidad*.
 JOSSERAND LUIS - *Derecho Civil*.
 LATORRE LUIS FELIPE - *El Estatuto de la Mujer casada*.
 MORENO JARAMILLO MIGUEL - *Sociedades*.
 PEREZ VIVES ALVARO - *Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano*.
 PALMA ROGERS GABRIEL - *Derecho Comercial*.

- PINZON JOSE G. - *Conferencias de Derecho Comercial*.
 RESTREPO MORENO ALFONSO - *Código de Sociedades y Comentarios*.
 ROCHA ANTONIO - *Conferencias de Derecho Comercial*.
 SUPERINTENDENCIA DE S. A. - *Revista de la Superintendencia de S. A.*
 VALENCIA ZEA ARTURO - *Curso de Derecho Civil Colombiano*.
 VELEZ FERNANDO - *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*.
 VIVANTE CESAR - *Tratado de Derecho Mercantil*.
 VILLA URIBE WILLIAM - *Revista Trimestral de Derecho Comercial*.
 ZULETA ANGEL ALBERTO - *Conferencias de Derecho Mercantil*.
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - *Gaceta Judicial*.



"DE LA CIENCIA DEL DERECHO"

Así titula el capítulo II de la tesis de grado presentada recientemente por el Dr. IGNACIO ACEBEDO A. sobre "Reglas generales del Derecho" (Art. 8º de la Ley 153 de 1887). El jurado estuvo integrado por los doctores Guillermo Londoño Hernández (Presidente), B. Mantilla Pineda, Ignacio Moreno Peláez y Enrique Jaramillo Melguizo, quien en uno de los apartes de su informe dice: "Por la envergadura del tema científico y filosófico a la vez, por la certera forma de enfocar la materia en cuestión y por la lucidez del pensamiento y claridad de la expresión, la tesis llena de sobra los requisitos para su aceptación y aún para ser publicada en la "Revista Estudios de Derecho", órgano de nuestra Facultad".

CAPITULO II

Antes de entrar a considerar una noción de Ciencia del Derecho, se impone un estudio, aunque sea somero, de los principales sistemas jurídicos, en lo pertinente al tema.

ESCUELA DE LA EXEGESIS

Según esta escuela, la fuente del Derecho es el Legislador. El Derecho es la ley. La actividad científica se limita a explicar los textos legales sin abordar una sistematización; a indagar, mediante una interpretación subjetiva (intención del Legislador), el principio fundamental o general que informa la norma legal para deducir de él todas las consecuencias posibles. No admite la costumbre y las insuficiencias de la ley se suplen con la analogía.

ESCUELA HISTORICA

La Escuela histórica (Savigny) considera el Derecho como expresión de la vida de un pueblo, como una manifestación de la conciencia jurídica nacional, en fin, como un hecho histórico.

El Derecho positivo (niega el natural) es anterior al Estado. El Legislador no participa en la producción del Derecho y su actividad se circunscribe a reproducir el Derecho que surge del espíritu

del pueblo. La ley no es más que un instrumento de expresión del Derecho para garantizar su cumplimiento.

Los principios jurídicos fundamentales se hallan en la conciencia nacional, pero en un estado de vaguedad e indeterminación. Precisarlos y determinarlos es la tarea que incumbe al Legislador y a la Ciencia del Derecho.

La actividad científica se desenvuelve en dos fases: Una histórica y otra sistemática.

La investigación histórica no se limita al simple relato de un fenómeno jurídico (instituciones y principios) dado. Este se considera determinado por una causa (ley de la causalidad) y, mediante un examen crítico de esclarecimiento y comprobación en busca de la verdad que abarque el origen, desarrollo y transformación del fenómeno en estudio, hay que indagar el principio que explique su continuidad histórica.

Y si los fenómenos jurídicos no están aislados en el tiempo, tampoco lo están en el espacio; se coordinan entre sí, forman un sistema; el Derecho es un todo orgánico. La sistematización consiste en determinar los principios fundamentales en virtud de los cuales todas las partes del Derecho se relacionan entre sí, para deducir de ellos las reglas que han de aplicarse a los casos particulares.

Los principios generales se obtienen inductivamente de los fenómenos jurídicos (realidad histórica).

A pesar de la concepción del Derecho como un producto de la historia; de la ninguna participación del Legislador en el establecimiento de él, la escuela Histórica acabó limitando la Ciencia del Derecho a la interpretación histórica de las normas legales —si bien tomando un contenido concreto (histórica)— y a la sistematización de las mismas. En efecto, el jurista y el juez deben estar vinculados a la ley y las lagunas han de llenarse por medio de la analogía.

DOGMATISMO JURIDICO

De acuerdo con el Dogmatismo jurídico, el Derecho es lo establecido como tal por el Legislador y todo el ordenamiento jurídico positivo está representado por la legislación.

Las normas legales suministradas por el ordenamiento jurídico positivo, constituyen el objeto de la Ciencia del Derecho. Pero el

objeto no es la norma jurídica en su doble faz de forma y contenido puesto que de éste se prescinde por considerársele materia extrajurídica; de suerte que el objeto es únicamente la forma, el pensamiento jurídico (formalismo). Así delimitado el objeto, la ciencia se reduce a pura Lógica jurídica.

La investigación tiene por cometido analizar las disposiciones particulares (normas) en busca de sus elementos comunes para integrarlas en un principio general (dogma). A su vez, los principios generales se concentran en otros principios más generales y así sucesivamente. Obtenido el principio general se procede a deducir de él las consecuencias particulares hasta agotarlas.

En el método Dogmático existe una verdadera sistematización.

Sin excluir la analogía, el sometimiento del jurista y del juez a la ley, es absoluto.

Para el Dogmatismo no existen los problemas del conocimiento y la verdad; posee el conocimiento verdadero y hablar de una comprobación, carece de sentido.

Conforme con el Dogmatismo jurídico, la Ciencia del Derecho es descriptiva.

ESCUELA CIENTIFICA FRANCESA

La Escuela científica francesa (F. Geny) contempla dos aspectos en las reglas jurídicas: El científico y el técnico.

En la elaboración científica de las reglas jurídicas, entran en juego varios factores o "datos", experimentales y racionales, que se conjugan armónica y jerárquicamente.

Principales factores son: a) Datos **reales**, que comprenden hechos físicos, psíquicos, biológicos, económicos, políticos y sociales. b) Datos **históricos**, representados por el Derecho históricamente dado: Ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina y tradición. Y c) Datos **racionales** o reglas del Derecho natural.

A la Ciencia compete descubrir y comprobar las reglas jurídicas que, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, suministran los "datos". Y la Ciencia jurídica no es únicamente descriptiva; es ante todo una Ciencia normativa.

Las reglas jurídicas científicas tienen un carácter objetivo, pero adolecen de imprecisión, de indeterminación; son demasiado generales. Se hace necesario, entonces, fijarlas y adaptarlas a fines específicos y concretos para que puedan cumplir su cometido en la vida. Esta labor corresponde a la técnica que es una actividad subjetiva.

En la elaboración técnica de las reglas jurídicas, intervienen dos principales clases de procedimientos: a) Medios de expresión o de exteriorización que concretizan las reglas jurídicas: Ley escrita, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Y b) Procedimientos intelectuales que, mediante la aprehensión o representación en conceptos de las realidades jurídicas (idealización de la realidad), se traducen en teorías que sistematizan el derecho (construcción jurídica).

Aunque la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, tienen el carácter de fuentes formales de derecho positivo, únicamente las dos primeras son obligatorias para el intérprete y el juez. Pero el sometimiento, en primer lugar a la ley y subsidiariamente a la costumbre, es siempre y cuando éstas existan; a falta de ellas, además de la analogía, la Ciencia del Derecho, con el auxilio de la técnica, proporciona las reglas para complementar o suplir las insuficiencias del ordenamiento jurídico positivo.

Es de anotar que el criterio adoptado por esta Escuela para la distinción entre la Ciencia y la Técnica, ha sido unánimemente rechazado; basta con observar que algunos elementos son a la vez "datos" científicos e instrumentos técnicos.

En conclusión: Para la Escuela científica francesa la Ciencia no se limita al conocimiento y sistematización de los textos legales; además del Derecho legislado, se impone el conocimiento de las realidades de la vida económica y social y de los preceptos del Derecho natural.

POSITIVISMO SOCIOLOGICO Y DERECHO LIBRE

El Derecho es un producto vivo, constante y espontáneo de la vida social; es un hecho social.

Entre las diversas manifestaciones de la vida social y por medio de la observación, el análisis y la comparación, hay que indagar

los hechos jurídicos —tales como se presentan— y comprobar las reglas a que están sometidos.

Los hechos jurídico-sociales en donde se encuentra o de donde proceden las reglas jurídicas que representan el auténtico derecho y cuya determinación corresponde a la Ciencia, son tratados con una terminología diferente por los distintos representantes de esta dirección. Así: a) Reglas normativas (Duguit); b) Instituciones sociales (Hauriou); c) Normas del Derecho libre (Kantorowicz); y d) Derecho de la sociedad (Ehrlich).

Las reglas normativas se diferencian de las reglas constructivas: Estas son procedimientos técnicos que atienden a la realización de aquéllas y son elaboradas por las leyes positivas.

Las instituciones sociales, en las cuales se conjugan los elementos normativo y de hecho del Derecho, son el verdadero origen de las reglas jurídicas (Teoría de la Institución).

Las normas del Derecho libre son anteriores y superiores a la ley positiva; de ésta puede prescindirse y la libertad del juez es absoluta.

El Derecho de la sociedad antecede e informa el Derecho del Estado, de los juristas y de los tribunales. Con todo, históricamente, el origen próximo de las reglas jurídicas, se encuentra en las decisiones judiciales (Decisionismo).

El Sociologismo jurídico surgió con la pretensión de suplir la insuficiencia de la ley positiva escrita; mas el resultado fue muy diferente: La subestimación de la ley, reduciéndola a uno de los varios procedimientos de expresión del Derecho, carácter del cual participan asimismo, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

TELEOLOGISMO JURIDICO

El Teleologismo jurídico —en sentido estricto— admite que el Derecho es una realidad histórico-social, pero una realidad dominada por la ley de la finalidad ya que los hombres actúan movidos por fines.

Y si el Derecho aparece determinado por fines o valores, su investigación, elaboración e interpretación, ha de hacerse en consideración al fin.

El Teleologismo acepta principios jurídicos a priori y exclusi-

vamente en ellos, han de fundarse las decisiones que no tengan apoyo en las leyes positivas escritas.

Coincidiendo con la idea de la estimación del fin, la llamada Jurisprudencia de intereses sostiene que el Derecho es el resultado de la valoración y ordenación de intereses en conflicto. La norma jurídica procede de la vida —es conflicto de intereses— y no debe perder su vinculación con ella.

Los intereses para considerar, además de la justicia, son, entre otros, los económicos, artísticos, científicos, éticos y religiosos.

En ausencia de ley, autoriza la aplicación de reglas derivadas de la experiencia.

IDEAL—REALISMO JURIDICO

En esta denominación se agrupan las direcciones que, con relación al Derecho, tratan de establecer las conexiones entre lo racional y lo real, entre el ser y el deber ser, entre la Ciencia y la filosofía. A continuación, serán citados los principales representantes.

Binder

El Derecho positivo (realidad histórico-política concreta de carácter esencialmente teleológico) es el objeto común de la Ciencia y de la Filosofía jurídicas, si bien los puntos de vista son diferentes. La Ciencia descubre y describe los hechos jurídicos (reales) sin detenerse a explicarlos; la Filosofía, en ese mundo real, busca lo racional: Leyes necesarias de lo físico y de lo psicológico y leyes de causalidad moral de los fines. La consideración del fin de las instituciones jurídicas conduce a los valores, cuyo carácter subjetivo es transformado en objetivo por la Filosofía.

En resumen: El conocimiento filosófico fundamenta y explica el conocimiento científico, que es meramente descriptivo. (Téngase presente la distinción que en Filosofía se hace entre explicación y descripción).

A esta dirección se hacen las siguientes objeciones: La absorción de la Ciencia por una Filosofía de carácter positivista y la relativización de los valores.

Gurvich

El Derecho no pertenece exclusivamente ni al mundo de lo real ni al de lo ideal. El Derecho se ubica entre las realidades espiritualizadas de la cultura que en sí llevan incorporados valores positivos.

La realidad jurídica está representada en el "hecho normativo" de contenido social y normativo. El "hecho normativo" significa la síntesis de lo real y de lo ideal, del ser y del deber ser, del hecho y de la norma.

La Ciencia jurídica, cuyo cometido consiste en extraer de la realidad jurídica un sistema de normas ("sentidos normáticos"), no puede prescindir de la investigación sociológica del aspecto real del Derecho, ni de la investigación filosófica de sus principios fundamentales.

Sauer

Con antecedentes en la "teoría del orden concreto" de Schmitt, según la cual, la vida de una determinada comunidad origina un orden concreto que constituye la fuente inmediata del Derecho, la teoría de Sauer estatuye que las relaciones de la vida de la comunidad genera normas particulares concretas. Para que la norma particular adquiera un carácter general o se convierta en ley, es necesario que perdure, que se aplique a casos semejantes al de su génesis. La vigencia de la norma particular en su proyección hacia la norma general, está condicionada a que cumpla su fin, a que realice un valor.

En la teoría de Schmitt, las normas jurídicas que proceden del orden concreto, expresan y realizan los fines de dicho orden. En cambio, en la teoría de Sauer, los fines o valores jurídicos —por lo menos los que tienen el carácter de supremos o últimos (bien común, justicia)— no deben consagrarse en un orden positivo porque ello implicaría el estancamiento de la idea del Derecho. Al aplicar el Derecho, deben considerarse sus fines últimos.

Carnelutti

El Derecho se presenta como una lucha entre el hecho y la ley, lucha que tiende a resolverse en la síntesis o superación del hecho y de la ley.

Las reglas jurídicas (legales) son el objeto de la ciencia; mas no debe perderse de vista que ellas son el producto de una previa elaboración. Las reglas jurídicas proceden de los actos jurídicos; luego, la investigación ha de partir de los actos jurídicos (actos de quienes mandan —legislativos— y de quienes obedecen y desobedecen).

Los actos jurídicos —fenómenos jurídicos primarios— deben observarse directamente. A la observación, en la cual se obtienen las imágenes de los fenómenos jurídicos, sigue la elaboración científica que se desarrolla en la forma siguiente: Comparación de los fenómenos jurídicos, clasificación de los mismos en grupos semejantes (especies), mediante la determinación de sus cualidades comunes; concentración de los caracteres comunes a varios fenómenos para integrar el género, el cual constituye el concepto. (En esta ordenación o sistematización hay un aspecto que no aparece claro: La especie no es un concepto sino un fenómeno; únicamente el género tiene el carácter de concepto).

Después de elaborado el concepto, se procede a su expresión: Definición o formulación (regla o proposición jurídica).

El concepto viene a ser como una especie de caricatura del fenómeno jurídico a causa de que no todos los elementos de éste se integran en aquél. Por eso los conceptos elaborados y formulados (reglas jurídicas) no constituyen la culminación de la ciencia; los conceptos no son más que criterios para la observación de la realidad jurídica, es decir, de los actos o fenómenos jurídicos.

Esta dirección no es que autorice la libre formulación de reglas jurídicas, misión exclusiva del Legislador; lo que propugna es el estudio de las normas a través de su génesis y de su actuación en la vida, para lo cual, no puede perderse el contacto con el fenómeno jurídico en su integridad.

NATURALEZA DE LA CIENCIA DEL DERECHO DE ACUERDO
CON EL OBJETO

Aunque los pocos sistemas jurídicos citados, en su mayoría positivistas, no asumen una actitud filosófica ante el problema ontológico del ser del objeto Derecho, precisamente por su positivismo, de sus concepciones es posible inferir cómo consideran dicho objeto.

Para la Escuela histórica y el Positivismo sociológico, el objeto del Derecho es real (hecho histórico, hecho social).

Cuando el Dogmatismo o Positivismo jurídico formalista prescinde del contenido de las normas, el objeto es ideal y la ciencia del Derecho se convierte en lógica jurídica.

En el Teleologismo jurídico, el objeto es real-axiológico y en el ideal-realismo jurídico, es real-ideal o real-axiológico.

Como valor exclusivamente, tal vez no ha sido considerado el derecho por las siguientes razones: Característica de los valores es que son objetos no independientes, es decir, son objetos que adhieren a otros objetos; según esto, es necesario tener en cuenta los objetos a los cuales adhieren o se vinculan los valores. Así se explica esa "realidad referida valores" del axiologismo jurídico (no está incluido arriba).

Ontológicamente, el Derecho no es exclusivamente ni objeto real, ni objeto ideal, ni objeto axiológico; es un complejo integrado por esas tres clases de objetos ("ser espiritual"). Lo real es la conducta humana; lo axiológico corresponde a los fines o valores; y lo ideal está constituido por conceptos, juicios, relaciones entre los objetos, etc. Sin embargo, este elemento ideal no es propio ni exclusivo del complejo en mención ya que las estructuras lógicas y las relaciones ideales entre objetos, necesariamente inciden en toda clase de objetos.

Por cuanto el Derecho es objeto cultural ("ser espiritual") la ciencia que de él se ocupa, pertenece a las ciencias del espíritu o de la cultura.

EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

El objeto de la Ciencia jurídica es el Derecho positivo. No obstante, ante la presencia de un Derecho natural en estrecha conexión con el positivo (coexisten y se necesitan mutuamente), cabe preguntar, por qué el Derecho natural es excluido como objeto de la Ciencia.

Al parecer, ontológicamente, el Derecho natural ha sido colocado en todas la gama de objetos. Aristóteles habla de leyes de la naturaleza que rigen tanto el mundo físico como las relaciones humanas y que se obtienen por medio de la observación (objeto real).

La escuela racionalista trata el Derecho natural como objeto ideal. A menudo, se ha identificado el Derecho natural con la justicia (valor). Y cuando el Derecho natural es tema de la teología o cuando se afirma que representa los principios últimos del Derecho, es objeto metafísico.

Verdaderamente, en el Derecho natural se conjugan los mismos elementos del Derecho positivo (hay una conducta humana, un valor y un concepto); mas, es dable sostener que el ser del Derecho natural es idéntico al ser del Derecho positivo? La concepción sobre el ser del Derecho positivo como objeto histórico-cultural, (creación de los hombres), pugna con el origen divino del Derecho natural.

Ya en un plano más bien lógico, a un Derecho natural universal e inmutable, se ha opuesto un Derecho positivo singular, contingente y mutable. Según la concepción escolástica, la inmutabilidad del Derecho natural se refiere a las normas en sí y no al contenido o materia que es variable; en consecuencia, con respecto al contenido o materia, no existe diferencia entre el Derecho natural y el positivo. Si se distinguen desde un punto de vista formal: Mientras las normas naturales son inmutables, las normas positivas, en cambio, son variables. Si ello es así, es vano intento buscar un concepto universal del Derecho positivo pues en el supuesto de que se encuentre, el Derecho natural y el positivo se identificarían.

Las normas positivas están en función del contenido o materia y por eso el Derecho positivo se transforma. En cierta manera, las normas naturales también tienen un carácter funcional, porque aunque la mutación de la materia no conlleva la abolición o modificación del precepto natural, sí implica la suspensión temporal de su obligatoriedad.

En el Derecho natural no existe una jerarquía de preceptos según la cual el inferior deba ceder ante el superior —como en el Derecho positivo— porque ello se opondría al fin único o absoluto: La justicia.

Bien por el carácter divino o bien porque represente el concepto universal, los principios fundamentales y el fin último o supremo del Derecho positivo, el Derecho natural es objeto de la filosofía. Si como causa para excluir el Derecho natural de la Ciencia jurídica, se aduce el carácter apriorístico, universal e inmutable de

los preceptos naturales, se cae en un relativismo puesto que los principios científicos matemáticos también participan de dicho carácter.

De manera, pues, que es el Derecho positivo el objeto de la Ciencia jurídica. Pero no el Derecho positivo en general; es el Derecho positivo de un determinado Estado. Ello significa que pueden existir tantas ciencias del Derecho cuantos Estados haya en el mundo (las ciencias del Derecho tienen límites territoriales y nombres propios de países). Esta limitación se explica porque, siendo el Derecho positivo individual, concreto, histórico, es utópico hablar de un Derecho positivo universal.

La anterior acepción de Ciencia tiene el inconveniente de excluir los derechos Canónico, Internacional, Constitucional general, Administrativo general, Penal general, etc. La objeción es decisiva en cuanto a los derechos Canónico e Internacional; a los otros derechos positivos generales, que en cierto aspecto implican una filosofía, sí puede aplicárseles la llamada Ciencia del Derecho comparado, en la cual se toma por objeto los derechos positivos de los distintos Estados.

Cuál es la causa para que instituciones jurídicas surgidas en tiempos remotos, se conserven hoy? Sin negar que el Derecho natural se incorpora en el positivo, indudablemente en el último hay también algo de universal; de otra manera no se comprendería cómo Colombia se ha regido con una legislación en su mayor parte copiada.

Qué se entiende por Derecho positivo como objeto de la Ciencia jurídica.

Se han distinguido tres momentos en la actividad jurídica: Actividad legislativa, actividad científica y actividad judicial.

La actividad **legislativa**, es privativa del Estado, concretamente del Poder legislativo, y consiste en dictar el ordenamiento jurídico positivo.

La actividad **judicial**, también privativa del Estado (Poder judicial), tiene por misión la aplicación del Derecho.

A la actividad **científica** corresponde el conocimiento, la interpretación y la sistematización de ese ordenamiento jurídico.

De modo, pues, que el Derecho positivo, como objeto de la Ciencia jurídica, es el dictado por el Legislador (o por quien haga sus veces).

La idea de que el Derecho positivo es el dictado por el Legislador y que tiene su fundamento en que el carácter normativo y objetivo del Derecho proviene de un poder superior, ha sido reevaluada. Con excepción de la Escuela de la exégesis y del Positivismo jurídico estricto (dogmatismo) para los cuales el Derecho positivo es creación del Estado y así Derecho y ley se identifican, ningún sistema jurídico importante atribuye al Estado la creación del Derecho positivo. Aun con absoluto desconocimiento del Derecho natural, la Escuela histórica, la Escuela científica francesa (acepta el Derecho natural), el Positivismo sociológico, el Teleologismo jurídico y el Ideal-realismo jurídico, están acordes en la distinción entre el Derecho y la ley: El Derecho es una realidad histórico-social, un producto de la vida; la ley es un instrumento técnico o un medio de expresión del Derecho.

A la fuente formal de Derecho que es la ley, se opone una fuente real.

Por último, el Derecho Internacional y el Derecho consuetudinario, nada deben a la intervención de un Legislador.

(Sobre el carácter en sí normativo y objetivo del Derecho, merecen citarse la Teoría de la Institución de Hauriou y la Teoría del hecho normativo de Gurvich).

A pesar de lo expuesto, por qué se mantiene la idea de que el objeto de la Ciencia jurídica es el ordenamiento jurídico positivo, es decir, el Derecho legislado? Simplemente, porque en la noción de ciencia del Derecho se ha involucrado el problema del Estado de Derecho o de la teoría de la separación de los poderes. En efecto: Es una alusión constante a que el juez no puede "crear" Derecho porque en caso de hacerlo, se convertiría en Legislador; por tanto, debe someterse al Derecho estatal. Ni el Legislador crea el Derecho ni es el juez quien aplica siempre el Derecho. En la realidad sucede que las normas jurídicas antes de convertirse en leyes por la actuación del Legislador, ya han sido formuladas por los juristas; y que los hombres continuamente aplican el Derecho sin acudir a Tribunales,

hechos que demuestran que la actividad jurídica se cumple sin la intervención de los Poderes públicos.

Que el Estado garantice el cumplimiento del Derecho por medio de leyes; que las leyes sean debidamente promulgadas; que el juez se someta al ordenamiento jurídico positivo, son problemas ajenos a un concepto de Ciencia del Derecho.

Es fácil ver cómo no se cumple cabalmente la noción de ciencia si se toma por objeto de la Ciencia jurídica el ordenamiento jurídico positivo. Las normas legales (proposiciones jurídicas) son juicios o concimientos que corresponden a situaciones objetivas, a objetos. Ahora bien, la vinculación a la norma legal impide que la investigación científica trate directa y libremente los objetos, cosa que no ocurre en ninguna otra ciencia. La sujeción a la norma, no solamente limita el campo de la investigación estancando el progreso de la ciencia, sino que hace inoperante la demostración. Tan cierto es que las normas legales son juicios o concimientos, que cuando el Positivismo formalista prescindió del contenido objetivo, la Ciencia del Derecho se redujo a pura lógica jurídica.

En conclusión, no es propiamente la Ciencia del Derecho la que formula las normas sino el Legislador!

EL PUNTO DE VISTA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Cuando el positivismo se aplicó al Derecho, nació la Ciencia jurídica. El positivismo en el Derecho implicó la negación del Derecho natural, la consideración del Derecho como objeto real y, en consecuencia, la adopción de un método exclusivamente experimental e inductivo. Así, la Ciencia del Derecho se equiparó a las ciencias de la naturaleza, descriptivas y explicativas.

Consecuente con lo anterior, el punto de vista del positivismo es "lo que es" o "como es" el Derecho en un determinado Derecho positivo, prescindiendo de todo principio de valoración que permita indagar "lo que debe ser" o "cómo debiera ser" el Derecho —tema filosófico.

Pero resulta que aun las direcciones más inferiores del positivismo, hacen alusión a una norma y por definición toda norma consagra un deber ser. Luego, el positivismo sí contempla un deber de ser?

En el Positivismo jurídico, en sentido estricto —referencia exclusiva a la ley—, el elemento normativo sí representa un deber ser, mas es un deber ser que corresponde a algo ideal de naturaleza difícil de explicar, pero que en todo caso no se fundamenta en un valor. En cuanto a la norma en el Positivismo Sociológico, en realidad es una norma que no norma puesto que se deriva de la observación de los hechos tales como se presentan en la realidad; en vez de ser norma prescriptiva, es norma descriptiva, o talvez no sea norma en absoluto.

Sin embargo, cuando el Teleologismo jurídico y la Jurisprudencia de intereses introducen en la Ciencia jurídica la consideración de los fines como algo esencial al Derecho, necesariamente se modifica el punto de vista positivista. Que los fines o valores como tema de la Ciencia jurídica sean los concretos, relativos y contingentes (políticos, históricos, sociales, económicos, etc.), eso no obsta para que ya impliquen una valoración, un deber ser, máxime, si esos fines secundarios han de estar subordinados al fin último supremo: La Justicia.

El Legislador valora, el jurista valora, el juez valora. Afirmar que la Ciencia jurídica estudia lo que es Derecho en un determinado ordenamiento jurídico positivo, reservando la valoración para una filosofía, equivale a suponer que los legisladores se han limitado a copiar las relaciones humanas tales como se suceden, sin imprimirles direcciones, sin imponerles un deber ser. De antemano, la Ciencia del Derecho está colocada ante una valoración, susceptible sí, de nuevas valoraciones.

La Ciencia jurídica no es una Ciencia de la naturaleza; es una Ciencia del espíritu en que la consideración del valor es esencial. Es Ciencia normativa, valorativa; por tanto, también contempla "lo que debe ser" el Derecho.

TEORIA GENERAL DEL DERECHO — CIENCIA TEORICA DEL DERECHO Y TECNICA JURIDICA

En los tratados de Derecho frecuentemente se observan alusiones a una teoría general del Derecho, a una Ciencia y a una técnica jurídicas. Son disciplinas diferentes?

Teoría general del Derecho.

Se ha entendido por teoría general del Derecho, la disciplina que pretende indagar el concepto universal y los principios fundamentales del Derecho, mediante generalizaciones empíricas, partiendo inductivamente de los ordenamientos jurídicos positivos. En vista de que tales nociones no son temas para la ciencia ni pueden obtenerse inductivamente, lo más indicado es incluir la teoría general del Derecho en la Filosofía jurídica que es la que se ocupa de los supuestos del saber científico-jurídico: Problemas metafísicos, lógicos, noseológicos y axiológicos del Derecho.

Ciencia teórica del Derecho y técnica jurídica.

Antes quedó expuesta la dificultad para distinguir una teoría de una práctica en ciencias que por naturaleza son prácticas, como la jurídica. No obstante, interesa considerar el problema concretamente en el Derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido por Ciencia teórica del Derecho, lo siguiente: El Legislador establece las normas y éstas constituyen el objeto de la ciencia. El trabajo científico para verificar sobre las normas, comprende descripciones, explicaciones, definiciones, clasificaciones, obtención de normas o principios generales y la sistematización o construcción. Y por práctica o técnica se ha entendido la aplicación de las normas a los casos concretos.

En la Escuela histórica, el objeto de la Ciencia está representado por el Derecho que emana de la conciencia popular y su cometido estriba en destacar un sistema de reglas precisas y determinadas. La práctica es la aplicación de las reglas a los acaeceres de la vida. Propugna la fusión de la ciencia y la práctica.

Para la Escuela científica francesa, el objeto de la ciencia está constituido por los denominados "datos" —entre ellos la norma— de donde se derivan las reglas teóricas de carácter general y abstracto. A la técnica corresponde adaptar las reglas teóricas a los fines concretos de la vida, como también, la labor de sistematización o construcción. Con todo, la ciencia y la técnica se entrecruzan.

Una corriente fenomenológica (Reinach) atribuye a los fenómenos jurídicos un ser independiente de la intervención humana, si-

milar al de los objetos matemáticos y naturales. La ciencia jurídica está constituida por un conjunto sistemático de conocimientos a priori de las relaciones esenciales de los fenómenos jurídicos. La norma es objeto de la técnica jurídica.

El conocimiento y sistematización de un Derecho positivo dado, es para Stammler objeto de la técnica.

Siempre que se ha pretendido determinar una ciencia jurídica teórica o pura, se ha prescindido de la norma y de la consideración de los fines, como factores no teóricos. (En la teoría pura del Derecho de Kelsen, las normas no tienen ninguna relación con los fines). Pero a la Ciencia del Derecho, como ciencia práctica que es, no puede aplicarse el mismo criterio empleado en las ciencias matemáticas y naturales para distinguir una teoría y una práctica. Toda regla jurídica es a la vez científica y técnica. Empero, en el Derecho procesal se acentúa un carácter técnico.

Conclusión.

Después del camino recorrido, qué debe entenderse por Ciencia del Derecho?

La Ciencia del Derecho es un conjunto sistemático de conocimientos sobre el Derecho (natural y positivo escrito y no escrito, aunque tenga que aceptarse la dualidad filosófico-científica).

La llamada "Ciencia de las leyes" está expuesta a desaparecer o a quedar como dato histórico, por el simple capricho de un gobernante.



La Corte Suprema de Justicia de estos últimos años

Por BERNARDO RUIZ V.,
quien terminó el año pasado sus
estudios de Derecho en nuestra
Facultad.

La interinidad de la Corte, como todo lo que en este país ha habido de anormal en los últimos años, es resultado directo del desafortunado decreto 3.518 del 9 de Noviembre de 1949, dictado en virtud de las atribuciones que el art. 121 de la Constitución Nacional confiere al ejecutivo (Art. que rige en Colombia desde el acto legislativo Nº 3 de 1910). Porque sabemos que al dejar de funcionar la estructura jurídica de un país en su forma normal, hay un consiguiente desequilibrio en todos los órganos del poder. Es así como al suprimirse las cámaras legislativas, las cuales tienen como una de sus funciones nombrar los magistrados de la Corte Suprema en propiedad, viene una precaria interinidad en dicho tribunal, al ser nombrados sus componentes por el ejecutivo, habiendo una invasión de poderes por parte de este último, lo que a las claras demuestra la inconveniencia de tal irregularidad.

Pero es que el art. 121 que lo dictó el legislador animado de la más buena fe para casos de emergencia extremos, en caso de ser aplicados por gobernantes irresponsables, se convierte en arma temible que se vuelve contra las instituciones jurídicas y la contextura republicana que anima el contenido de las disposiciones constitucionales. Porque quién define en último caso cuándo el país se ve envuelto en "guerra exterior o conmoción interior", si en el primer supuesto ésta no ha sido declarada y pueda ser tal, o en el segundo cuando ocurre la "conmoción interior" si se toman en cuenta demos por ejemplo circunstancias de índole política? Aquí entran en juego circunstancias personalísimas y hay el peligro que se tome como bien del Estado lo que convenga a un hombre o partido, o que por accidente lo que al Estado convenga, beneficie a los mismos hombre

partido y entonces sean los contrarios los que no crean en la bondad de tales medidas.

Para el justo equilibrio que entre los órganos del poder público debe existir, es por demás aberrante que uno de dichos órganos pueda romper la armonía en perjuicio de uno cualquiera de los demás; y más aberrante todavía, como en el caso Colombiano, es que un solo órgano, el ejecutivo, tenga una influencia decisiva sobre el judicial y sea a la vez legislativo. La anomalía sube de punto, si consideramos que ni aún los países que llamamos totalitarios, han tratado de suprimir las cámaras legislativas, sino que se limitan a constituir las con individuos de conocida incondicionalidad.

En cuanto a la Corte además de ser tribunal de casación e instancia, como funciones netamente judiciales, tiene la más alta atribución que se le pueda dar a entidad alguna, ya que "se le confía la guarda de la integridad de la Constitución". Como quien dice, la Corte es la encargada de velar por que los supremos principios que en la Constitución se consagran, no sean violados por otra entidad; y esto porque el legislador previó con sabiduría, que los intereses o la ignorancia en ocasiones tratarían de sobreponerse a la Carta y desvirtuar su contenido.

Y qué ha ocurrido con su prolongada interinidad? Lo que todos sabemos, que como dependencia directa del ejecutivo, se abstiene de revisar sus actos en vista de su poca independencia y gran precariedad. Total que dicha atribución es de la más relevante nugariedad, como se pasa a ver por el análisis que del art. 214 de la Constitución haremos:

Dice el citado art.: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 76 y el art. 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre

el Procurador General de la Nación. (Corresponde al art. 53 acto legislativo N° 1 de 1945).

Es en el segundo inciso de este art. en donde se precisa con claridad, en qué consiste la función a desempeñar por tan alta corporación y esto para dictaminar en forma perentoria, cuándo una ley debe o no seguir rigiendo por considerarse conforme a la Constitución, o cuándo es contraria a sus principios.

Es Colombia un país avanzado en materia jurídica cuando consagra principios como éste, porque en muchos otros aún de avanzada democracia, tal disposición no existe, siendo de gran conveniencia porque de esta manera la legislación es un todo armónico, sin disposiciones contradictorias con los principios fundamentales que constituyen la estructura misma de un país y consagrados en la Carta Fundamental. Como se ve, es un encadenamiento ordenado lejos de toda contradicción y que asegura la permanencia e inmovilidad de un Estado de Derecho, para garantía de los derechos ciudadanos.

A) "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales..." No se prevé aquí sino el caso de que las leyes sean expedidas en su forma regular, porque es precisamente el ejecutivo en esta oportunidad, quien aparece como el más celoso guardián de la Constitución y no es sino cuando se atente contra ella que el Gobierno se pone en guardia y da la voz de alarma.

Esta vez la Corte, no es sino un árbitro entre el legislador y el ejecutivo que se niega a sancionar la ley, requisito sin el cual no puede entrar ésta a regir. Como las cámaras entraron en receso, o mejor fueron abolidas entrando el ejecutivo a ejercer sus funciones, esta prerrogativa de la Corte quedó sin operancia.

B) Decidir, también sobre la exequibilidad de "todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del art. 76 y el art. 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano". Se consagra aquí una acción popular porque se entiende que todo ciudadano está interesado en la constitucionalidad de las leyes. En el numeral 11 se confiere al Gobierno por parte del Congreso autorizaciones, es decir lo facultado para que haga cierta clase de negocios o actuaciones que el ejecutivo

puede llevar a cabo con mayor provecho y facilidades. El art. 76 en lo pertinente dice: "Corresponde al Congreso hacer las leyes".

Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

Numeral 11 "conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Dichas autorizaciones se confieren al Gobierno por medio de leyes y se ejecutan por aquél por medio de decretos; éstos se pueden acusar de inconstitucionales ante la Corte Suprema de Justicia. Si la Corte es hechura del Gobierno, ya podremos apreciar en qué condiciones se habrá de cumplir esta misión.

El numeral 12 del art. 76 dice: "revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen". A esto se ha llamado "Ley de Investiduras"; es una delegación precisa y pro tempore. Aquí al revés de lo que acontece con los decretos que se dictan por el Gobierno en ejercicio de las facultades que le confiere el art. 121 de la Constitución, que al cesar el estado anómalo los decretos no rigen, esos de que habla el numeral 12 del art. 76, si tienen vigencia mientras no sean derogados expresamente por otra ley o por declararse inexecutable. En este caso del numeral 12 como en el 11 visto, es el Gobierno el que autoriza y hoy no tienen vigencia prácticamente. Acaso hoy y desde 1949 el ejecutivo no es también legislador?

Nos quedan pues los decretos que se expiden en virtud del art. 121. Hay que distinguir aquí dos fases: 1° El decreto que declara "turbado el orden público y en estado de sitio la República"..., que es el que da pie para dictar todos los demás que el Gobierno considere necesarios y compatibles con el estado de sitio, y 2° estos últimos, mientras dure la turbación y el Gobierno considere que tal situación subsiste. Para muchos autores este decreto no va a la Corte en demanda de exequibilidad, porque se basan en que es el Gobierno mismo el conocedor de las causas y solamente él sabe cuándo cesaron las que se tuvieron en cuenta para hacer uso de tales facultades; agregan además que no es precisamente a este decreto que se refiere el art. 214 de la Constitución.

El inciso 4° del art. 121 en apariencia parece favorecerlos; su

texto es el siguiente: "El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado". Pero en el mismo inciso aparece que se "declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento..." Se parte pues de hechos reales y verdaderos, no de meras ficciones; se presume que lo que aquí se dispone es una verdad incontrastable y no un medio alevé para conseguir otros fines. Las leyes se hacen para que operen cuando se presenten las situaciones que en ellas se previeron y no para otras.

Argumentan también que el Gobierno sólo tiene que dar cuenta de sus actos al Congreso; en efecto el inciso 6º del art. 121 dispone: "restablecido el orden público, el Gobierno convocará al Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias". Al hablar de "Providencias" se entiende la que declara turbado el orden público, y las demás que dicte de allí en adelante; en cuanto a las segundas no hay discusión que se puedan acusar según el 214 y en cuanto a la primera o primeras (según que sean varias partes de la República sucesivamente, las que se vayan declarando en estado de sitio) no las excepciona y sin embargo de todas tiene que dar cuenta al Congreso. Se observa entonces que esa cuenta al nombrado cuerpo legislativo, es para un posible juicio de responsabilidad, hayan sido o no acusados los decretos; total que no sustrae ninguna providencia de las nombradas de la controvertida acusación.

El argumento definitivo lo da el mismo art. 214, porque aplicando una conocida regla de hermenéutica, prima sobre el 121 en el remoto caso de ser contradictorio o no ser claro este último, porque ya analizamos que en el citado 214, no se distinguen entre el decreto que declara turbado el orden público y los demás que este autoriza, y en cambio sí entra a decir que son acusables sin más formalismos.

Pero como se decía anteriormente, esta facultad es ilusoria por que una institución como la Corte Suprema de Justicia, se convirtió en un apéndice del órgano ejecutivo, con el consiguiente perjuicio que de tal anormalidad surgió.

No se ha analizado la inconveniencia o conveniencia que de tal interpretación podría resultar, sino simplemente se ha conceptualizado

sobre la juridicidad del tema afrontado; porque es claro que faltarían por resolver problemas mayúsculos, como son los de saber en qué situación y qué efectos producirían no sólo el decreto que declara en estado de sitio la República, sino los demás que sean consecuencia de él. Lo anterior porque sería motivo de otro estudio largo y pormenorizado.

La Corte debe constituirse con la mayor independencia posible de los demás órganos del poder público, para que pueda cumplir sus funciones a cabalidad, ya que es un organismo rector de un servicio altamente técnico en el Estado, como es el de administrar Justicia y que por su misma contextura y finalidad, podría ser el más independiente de los ajetreos políticos. Cuando se habla de independencia, se entiende la necesaria para que cumpla con el cometido que en el art. 55 de la Constitución como enunciado general dispone: "son ramas del Poder público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional".

El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". Colaboración no puede entenderse sino cuando hay independencia y se es entidad individual con personalidad propia y autonomía de determinación.

En la carta fundamental se creó la carrera judicial, en el sentido de ser requisito sine qua non, para ser juez de categoría inmediatamente superior, el haber desempeñado el cargo inmediatamente inferior por determinado tiempo. Pero la interinidad ha afectado toda pretensión constitucional de hacer efectiva la carrera judicial. En la interinidad se entiende que no hay estabilidad, porque no hay necesidad de analizar causales para declarar un nombramiento subsistente; tampoco hay que llenar los requisitos de aptitud que exige la ley. En cuanto a jueces municipales, sí está reglamentada la interinidad en cuanto a condiciones y máximo de duración, en el decreto 2.064 de 1953 que estableció la judicatura municipal.

El decreto 1.762 de 1956 en mi concepto, es pésimo y no tiene casi nada defensible. Se refiere a la creación de la "Sala de Negocios Constitucionales"; a la ampliación del número de magistrados de la Corte hasta el número de 20; a la agregación de la jurisdicción es-

pecial del trabajo; a la justicia ordinaria, en cuanto a que forman un solo cuerpo; y la división de la Corte en cinco salas.

Se le quita a la Corte en pleno la atribución de que habla el art. 214 de la Carta, porque en su texto esto es lo que quiere decir el art. 4º del citado decreto 1.762 de 1956. Debemos tener en cuenta que es esta una función legislativa asignada a la Corte y como es una situación excepcional y en esta el Estado manifiesta en pleno su soberanía, en ningún caso puede asignarse a una parte mínima del más alto Tribunal, a no ser por un mal entendido o desconocimiento de la función que en dicha ocasión se ejerce. Demos un vistazo según el decreto, a cómo hace el Gobierno la selección de los magistrados que han de declarar sus actos anticonstitucionales: Primero por su libre escogencia elige la Corte y luego de entre esos funcionarios hace la elección correspondiente a la Sala de Negocios Constitucionales. Y son precisamente éstos los encargados de defender la Constitución, frente a los embates de aquél que voluntariamente les asignó sus funciones y los colocó enfrente de tales deberes dándoles su nombramiento. En esta situación es difícil si no imposible su cometido.

De veinte magistrados que componen la Corte, según la reforma, apenas un 40% decide sobre la constitucionalidad de las leyes de la República, porque apenas ocho componen la Sala de Negocios Constitucionales. Lo anterior en cuanto a inconveniencia, porque en cuanto a que sea exequible el decreto comentado, me inclino por la negativa si se tiene en cuenta que una reforma de tal naturaleza, va en detrimento de la Carta y como en estos casos es indispensable el ser incompatibles las disposiciones constitucionales con el estado de sitio, no aparece por parte alguna la incompatibilidad por lo que a las claras aparece una extralimitación de funciones por parte del Ejecutivo.

Juzgo además conveniente que la jurisdicción especial del trabajo como especializada que es, tenga también una organización propia e independiente, como hasta antes del decreto en mención lo fue. Son diversos los principios que rigen la materia laboral y los fines que persigue este derecho con respecto a la jurisdicción ordinaria; en la reglamentación del Derecho Laboral, es en donde más se manifiesta la protección y el intervencionismo estatal; por consiguiente la autonomía de la voluntad encuentra muy poca cabida, ya que los de-

rechos mínimos del trabajador son los consagrados por las reglamentaciones sobre el derecho del trabajo, contra lo cual ningún acuerdo entre las partes tiene valor alguno.

No sé que problemas inmediatos traería este decreto que se comenta, pero los considero grandes sobre todo en lo que se relaciona con los conflictos de competencias que se puedan presentar y la forma como puedan resolverse.

Parece que las reformas en Colombia, en los últimos años, tuvieron cualquier finalidad menos la técnica, porque mientras se lleva a cabo la reforma a que se alude con respecto a los Tribunales de Trabajo, se crea una jurisdicción especial para ciertos hechos previstos ya por el legislador con mejor sentido en el Código Penal; sin embargo en virtud del decreto 3.000 de 1954, aparecen los Jueces Departamentales de Garantías Sociales para los delitos de calumnia e injuria.

Lo único que en el mencionado decreto 1.762 de 1956 tiene visos de mejora, es el equiparar la jurisdicción laboral a la ordinaria; esto se debería hacer no sólo en este campo, sino también con los Tribunales Administrativos, tecnificando en el sentido de exigir iguales aptitudes y procurar además la misma remuneración y estabilidad, creando y manteniendo en todo su vigor la carrera judicial en sus varias especialidades.



LA POSESION EN DERECHO ROMANO

Por el Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, catedrático de Derecho Romano en las Universidades de Antioquia y Pontificia Bolivariana.

Noción y especies de posesión.

1. La noción más general y comprensiva de posesión es la de dominación sobre una cosa corporal. Este concepto está implícito en la misma palabra *possidēre*, que viene de *potis sedeo*, es decir, sentarse, ser señor. Mientras el dominio es una dominación jurídica, y como tal protegida por la ley, la posesión es una dominación de hecho, protegida por la ley solamente en determinados casos. La propiedad es netamente distinta de la posesión; los romanos lo afirman: "*separata esse debet possessio a proprietate*". "*Nihil commune habet dominium cum possessione*". La posesión normalmente se encuentra en el propietario, el cual por regla general es también poseedor; pero es posible que la propiedad esté separada de la posesión y que, por consiguiente, sobre una misma cosa una persona tenga la propiedad y otra la posesión.

La ley en determinados casos tutela la posesión separada de la propiedad; es decir protege el estado de hecho prescindiendo del estado de derecho; concede por consiguiente su protección aun al simple poseedor que no tiene ningún derecho sobre la cosa y eventualmente aunque su posesión esté en contradicción con el derecho.

2. La más antigua denominación para indicar un poder sobre cosas o personas es *usus*; el **derecho civil** lo toma en consideración para la adquisición del dominio, que precisamente se verifica mediante la *usucapio*, o de la *manus* o *potestad marital* que también puede adquirirse por *usus*. Más reciente es la denominación de *possessio*, que se sobrepone al antiguo *usus* y deriva su **Protección del pretor**.

3. Bajo la denominación de posesión se comprenden varias situaciones, las cuales, aunque tengan elementos comunes, tienen distinta estructura jurídica y distintas consecuencias.

1) **Possessio naturalis**, también llamada *possessio corpore*, es la simple tenencia, esto es, el elemento material que constituye la base de toda posesión: en este caso los juristas hablan también de *naturaliter possidēre*, de *detinēre*. Son todos términos equivalentes, que designan lo que nosotros llamamos tenencia; tienen la *possessio naturalis*: el arrendatario, el depositario, el comodatario, las personas incapaces, como el esclavo o el infante. La tenencia no tiene ninguna tutela jurídica; sin embargo constituye la base de otras relaciones de posesión tuteladas por la ley y por sí misma una que otra vez es tomada en consideración.

2) **Possessio sin otra calificación** indica una relación de hecho que se establece con la tenencia acompañada de la voluntad de tener la cosa para sí. Esta categoría es la más frecuente e importante, tanto que se la llama *possessio* por *antonomasia*, y precisamente con relación a ella elaboraron los juristas la doctrina de la institución. Ella consiste en la *possessio naturalis*, esto es la tenencia, a la cual se agrega un elemento subjetivo, que se llama el **animus rem sibi habendi**. En determinadas hipótesis de despojo violento o de molestia en la posesión, el pretor concedía algunos interdictos; por este motivo tal posesión ha sido llamada por los intérpretes *possessio ad interdicta*.

3) **Possessio civilis** es la misma posesión de que se ha hablado en el numeral anterior, pero además fundada en una **iusta causa**, es decir en una relación reconocida como idónea por el *ius civile* para transferir el dominio. La *possessio civilis* es la posesión que la ley exige para que se pueda adquirir el dominio por *usucapión* y por este motivo es llamada por los intérpretes *possessio ad usucapionem*. También se califica como civil porque contiene elementos civiles como la *iusta causa* y produce consecuencias civiles como la adquisición del dominio; se la llama también *possessio bonae fidei* porque se trata de la posesión que conduce a la *usucapión*, para la cual se necesita buena fé. La posesión civil es tutelada por el pretor por medio de la acción *Publiciana*.

4) De *possessio* se habla también en el lenguaje clásico para designar ciertas relaciones especiales tuteladas por los magistrados mediante acciones in rem; de esta manera se habla de *possessio del ager tributarius, stipendiarius, vectigalis*.

Esta enumeración de relaciones que en época clásica se llaman

possessio, demuestra cómo la posesión comprende situaciones heterogéneas, que van desde la mera tenencia, no tutelada por la ley, hasta ciertas relaciones protegidas por acciones in rem, relaciones estas últimas que los modernos mirando más la sustancia que los nombres llaman sencillamente propiedad (propiedad bonitaria, propiedad provincial). De aquí se deriva la dificultad de construir una **teoría unitaria de la posesión**.

4. Ambigua es la distinción entre posesión justa y posesión injusta. Se califica de justa aquella posesión que frente al adversario en la acción posesoria no está manchada de violencia ni de clandestinidad ni de precario. Por el contrario es injusta la posesión afectada por uno de esos tres vicios: Gayo la llama también viciosa. A veces también se llama justa posesión la que está fundada en una justa causa, así por ejemplo Gayo, Inst. 2, 95.

Naturaleza de la posesión y fundamento de la tutela posesoria.

1. Los intérpretes discuten si la posesión es un hecho o un derecho. En las fuentes encontramos expresiones extrañas y contradictorias. Se dice que "facti non iuris esse"; Papiniano afirma que "plurimum facti habet", pero en otro pasaje declara que "plurimum ex iure possessio mutuetur".

No hay duda que la possessio naturalis es un simple hecho; tampoco hay duda que las posesiones defendidas con una acción in rem contengan un derecho (possessio civilis, possessio del ager tributarius, stipendiarius, vectigalis), porque tales relaciones se califican por los intérpretes de propiedad y aun en el mismo derecho romano algunas de esas relaciones acaban confundiendo con el dominio. Queda la posesión defendida por los interdictos: tal posesión es un hecho, porque consta de elementos de mero hecho, como la tenencia y el animus rem sibi habendi; solamente dentro de los límites en que es defendida por la ley puede ella considerarse como un derecho.

2. Cualquiera que sea el origen histórico y el desarrollo sucesivo de la defensa de la posesión, ésta está fundada en una consideración político social de asegurar la paz y el orden en el ámbito del Estado: Ninguna situación de hecho puede arbitrariamente remover-

se o turbarse si no llega a demostrarse contraria al derecho por medio de acciones judiciales. El que crea que una situación de hecho es contraria a su derecho debe ejercitar las acciones que protegen ese derecho, pero no puede hacerse justicia por sí mismo: los romanos dicen que el que posee por el mero hecho de poseer "plus iuris habet quam ille qui non possidet" (tiene más derecho que el que no posee).

3. En el derecho romano la defensa de la posesión emprendida por el pretor se presenta como una reacción contra la tradicional defensa privada, que poco a poco va olvidándose hasta desaparecer por completo en el derecho justinianeo. Algunos **interdictos** suponen en efecto la violencia y ordenan sin más la reintegración de la situación que había cambiado con el empleo de la violencia. Otros interdictos excluyen toda turbación violenta y ordenan su cesación (vim fieri veto). En algunos pocos casos en que los interdictos son inaplicables, la violencia puede ejercitarse como un residuo de la antigua defensa privada, y siempre que el hecho no entre en la categoría de los delitos: así el poseedor puede defender su posesión con la violencia, repeler la fuerza con la fuerza, pero in continenti, no ex intervallo.

Adquisición y pérdida de la posesión.

1. La posesión por antonomasia o sea la posesión llamada por los intérpretes possessio ad interdicta es la categoría más común. Se adquiere cuando se reúnen los requisitos necesarios para su existencia, que son un elemento objetivo, constituido por la possessio naturalis o simple tenencia, y un elemento subjetivo, que es la voluntad de tener la cosa para sí. Se habla respectivamente de possidère corpore y possidère animo; de estas frases los intérpretes han sacado los **términos abstractos**, corpus y animus para indicar los elementos de la posesión. Para que la posesión se configure se necesita el concurso de ambos elementos: Paulo dice: "adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo neque per se corpore".

2. El possidère corpore se tiene cuando una persona tiene un poder general, una dominación de hecho sobre la cosa. En un principio esto se entiende de un modo materialista en cuanto el cor-

pus se reconoce solamente cuando la persona del poseedor está en contacto directo e inmediato con la cosa. Pero poco a poco este elemento se espiritualiza. Próculo en el siglo primero admite que cuando alguno haya tendido las redes para la caza, la posesión del animal se adquiere cuando éste haya caído en las redes, sin que sea necesario un efectivo apoderamiento. Análogamente se admite que para los muebles basta la presencia de ellos; a este respecto se dice "non est enim corpore et tactu necesse adprehendēre possessionem, sed etiam oculis et affectu". Por lo que se refiere a los fundos no es necesario recorrer el terreno surco por surco, basta solamente entrar en cualquier parte del terreno. Esto para no hablar de la llamada traditio ficta en la cual el elemento material es tan evanescente que puede decirse que la posesión se transfiere mediante el simple consentimiento. **De todas estas decisiones se deduce el principio** que la possessio corpore existe cuando la cosa se encuentra en la esfera de acción de una persona, de suerte que pueda realizar, cuando quiera y de un modo independiente y exclusivo, la relación material con la cosa.

3. Pero la possessio corpore no basta. Se necesita además una particular voluntad que se llama el animus rem sibi habendi, o más brevemente el animus de los intérpretes. Se habla de animus o de affectio porque se trata **no** de una voluntad inicial, que se agote en un solo acto, sino de una situación psicológica permanente. El animus se requiere en abstracto, es decir para categorías objetivas de relaciones y no para un poseedor singular: en el fondo es la ley la que establece cuáles relaciones conllevan posesión y cuáles relaciones conllevan mera tenencia: hay causas de tenencia y causa de posesión, considerando el diverso animus que interviene en cada una de ellas; por tanto no solamente el propietario, sino también el ladrón, el precarista, el acreedor pignoraticio son poseedores, mientras que el depositario, el comodatario, el inquilino son meros tenedores y no tienen ninguna importancia que el titular de tales relaciones pueda tener el animus de rem sibi habendi. El animus rem sibi habendi está por fuera de las relaciones singulares, **la ley lo establece objetivamente para toda una serie de categorías jurídicas**. La poca importancia del animus del particular se recoge en el precepto que nos viene desde la más antigua jurisprudencia y según el cual "nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest": lo cual quiere decir

que el mero tenedor no puede cambiar su mera tenencia en posesión, comenzando a tener animus; el inquilino en efecto no cesa de ser mero tenedor por el simple hecho de que tenga la voluntad de poseer la cosa como propia. El cambio de la tenencia en posesión es admisible solamente cuando interviene una relación jurídica, (por ejemplo la venta de la cosa alquilada al mismo inquilino) que determine en el tenedor un cambio en la causa possessionis.

4. Las fuentes hablan de animus rem sibi habendi, de possidēre animo sin ulterior determinación. También la posesión natural requiere una cierta voluntad que es aquélla de tener la cosa, tanto que no se tiene posesión ni siquiera natural en el caso del durmiente o del loco. El animus rem sibi habendi es por el contrario algo distinto. No es, como decía Savigny, el animus domini, es decir la voluntad del propietario, sino la voluntad de tener la cosa para sí de un modo exclusivo e independiente; entendidas así las cosas no presenta dificultad la posesión del acreedor pignoraticio, del secuestre o del precarista, que son considerados como poseedores, aunque no tengan el animus domini.

5. La posesión se pierde cuando desaparece uno de sus elementos constitutivos; Papiniano dice a este respecto que se pierde "vel animo vel etiam corpore". Se conserva animo sólo es decir con la mera voluntad de tener la cosa para sí, cuando el poseedor está en la imposibilidad temporal de actuar sobre el elemento material: Próculo admite que se conserva la posesión animo sólo en el caso de los saltus hiberni, que, por estar situados en la montaña, son inaccesibles en los meses de invierno. Mientras subsista el animus la posesión se conserva por medio de la tenencia que ejercite un esclavo, un colono, un amigo, un huésped. Análogamente se conserva la posesión del servus fugitivus.

Defensa de la posesión.

El pretor defiende la posesión por medio de los interdictos, que como en todos los otros casos se denominan con las primeras palabras con que comienzan. Según su diversa función son de dos clases: retinendae possessionis y recuperandae possessionis.

a) Los interdictos *retinendae possessionis* tienen como fin proteger al poseedor contra cualquiera molestia o perturbación, la cual tiene lugar cuando el poseedor esté impedido o molestado en el libre ejercicio de su dominación sobre la cosa, como por ejemplo, cultivar el fundo, edificar, etc. Estos interdictos en el derecho clásico son dos: *uti possidetis* y *útrubi*. El primero se refería según el texto edictal a las casas, pero se extendió a cualquier fundo. Se concede al que posee sin violencia, clandestinidad ni precario frente al adversario. El segundo aplicable a los esclavos se extendió luego a todas las cosas muebles; y se concede al que ha poseído sin violencia, clandestinidad ni precario por más tiempo dentro del año anterior al interdicto y con respecto a su adversario. En este caso se admite la accesión de posesiones. En la época de Justiniano los dos interdictos se unificaron, en el sentido de que ambos se conceden al actual poseedor que tenga una posesión sin violencia, clandestinidad ni precario frente a su adversario.

b) Los interdictos *recuperandae possessionis* tienen como fin reintegrar en la posesión al que ha sido despojado de ella violentamente. En el derecho clásico también son dos: interdicto de *vi* e interdicto de *vi armata*. El primero supone un despojo violento pero sin el uso de las armas y se concede dentro del año para la reintegración al que haya poseído sin violencia, clandestinidad ni precario frente a su adversario. El segundo supone una violencia grave y se concede siempre para la reintegración, sin límites de tiempo y a cualquier poseedor aunque sea violento, clandestino o precario frente al adversario. Justiniano fundió los dos interdictos en uno solo, concediéndolo, dentro del año, a favor de cualquier poseedor, aunque sea vicioso frente al adversario. Es una notable extensión de la tutela posesoria con la consiguiente eliminación de cualquier residuo de violencia privada, que preludia el principio de derecho canónico "*expoliatus ante omnia restituendus*".

Posesión de derechos.

1. La posesión durante toda la época clásica mira la esfera de las cosas corporales, como resulta de la misma terminología y de la doctrina de la institución, la cual se presenta como una domina-

ción de hecho sobre cosas materiales, análoga a la propiedad. El pretor con una serie de interdictos ha defendido la dominación de hecho sobre cosas corporales, pero ha defendido también el ejercicio de hecho del usufructo y algunas servidumbres contra determinadas perturbaciones.

2. Pero estas últimas tutelas son muy distintas de la tutela de la posesión, como se demuestra por el hecho de que en estos casos existen interdictos especiales, que prevén determinadas hipótesis, mientras que los interdictos posesorios comunes por molestias al ejercicio de una servidumbre se conceden solamente como defensa de la posesión del fundo. En tal caso no se habla de posesión sino de *usus*. Sin embargo sustancialmente es innegable que esta tutela tiene la misma función que la tutela posesoria: se trata siempre de una defensa del estado actual de hecho, que para nada implica o prejuzga del derecho. Nada pues hay de extraño que el ejercicio de hecho del derecho se tenga como el equivalente de la posesión. Javoleno dice que "*usum eius iuris* (es decir de la servidumbre) *pro traditione possessionis accipiendum esse*. Esta analogía y al mismo tiempo esta diferencia es anotada por Gayo el cual habla de interdictos de posesión y de cuasi-posesión y por Javoleno el cual en el texto citado habla de interdictos *veluti possessoria*. Partiendo de estas analogías y superando toda sutileza de conceptos en época post-clásica y justiniana el *usus iuris* se identifica con la posesión y Justiniano no vacila en hablar de posesión de las servidumbres y del usufructo. Esta asimilación entre posesión y cuasi posesión fue importante para el desarrollo sucesivo de la doctrina de la posesión y de las acciones posesorias, ya que los intérpretes para la servidumbre y el usufructo pudieron admitir aquella general aplicación de la defensa posesoria de las cosas corporales. No parece que en el derecho romano esa doctrina haya sido aplicada por fuera del caso de las servidumbres y del usufructo.

ORIGEN DE UN PLEITO

Cali, febrero 26 de 1958

Señor Doctor
 CARLOS GARCÉS CORDOBA
 Alcalde Municipal de Cali.
 E. S. D.

El origen del pleito del doctor Joaquín Caldas Luna contra el Municipio de Cali ha sido la resolución N^o 37 de junio de 1949, de la Personería Municipal, por la cual se decretó la adjudicación de terrenos ejidales, que se delimitan, a los miembros del centro pro vivienda y obreros del Municipio y se señala el miércoles 15 de junio de 1949 para la entrega de los lotes correspondientes, en calidad de arrendamientos, a dos centavos mensuales el metro.

Esta palabra ejido, que viene de **exitus**, que significa salida, es vocablo del derecho español empleado para designar terrenos comunes vecinales destinados al aprovechamiento público de los habitantes del Municipio. En el Derecho Alfonsino se encuentran mencionados en tres leyes de la Partida V (Ley 9^a título 28; Ley 7^a título 29, Ley 25 título 32) y una de la partida VI (Ley 13 título 9^o). En el Febrero, edición de Eugenio de Tapia (Ed. 1.845) se aprende que las cosas son comunes, públicas, concejiles y de particulares. Luego este autor agrega: "Llámanse de concejos las que pertenecen al común del pueblo. Entre estas hay algunas de que puede usar cada vecino y otras de que no puede hacer uso alguno. Las primeras son las fuentes, las plazas donde se celebran ferias y mercados, los arenales de las riberas de los ríos, los ejidos". (pág. 160. Tomo I).

En España, según Decreto de 4 de enero de 1813, se ordenó la reducción a dominio privado de todos los terrenos públicos, realengos, baldíos, propios, etc., mientras que entre nosotros se ha seguido una política ejidal fluctuante. Así, por ejemplo, la Ley 149 de 1888, retocada luego por la 4^a de 1913 facultó privativamente a los Concejos Municipales para reglamentar el repartimiento y uso de los terrenos comunales del Distrito, entre los que deben incluirse los eji-

dales. Pero estas normas generales no fueron suficientes, lo que explica que el Congreso hubiera dictado leyes especiales para determinados municipios como la 87 de 1922 para Cartago, 78 de 1928 para Cúcuta y 39 de 1929, 172 de 1938 y 45 de 1948 para Cali, etc. Debe anotarse que esta última ley contiene normas generales sobre ejidos y algunas disposiciones especiales referentes a Cali.

Al verificarse la ocupación de los predios, el doctor Caldas Luna fundado en la Ley de Tierras y en la 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930, el día 18 de junio de 1949 adelantó juicio policivo de lanzamiento que concluyó con la sentencia desfavorable proferida por la Gobernación del Departamento del Valle.

El Consejo de Estado, en sentencia proferida en los juicios adelantados por Mario Yanguas (Anales 277 pág. 199) y Caldas Luna (Sentencia julio 1º de 1957) anuló la Resolución de la Personería Municipal, por razón que reproduce el doctor Quiñones Neira en la quinta edición página 103 de su Código Político Municipal, que no es otra que la ausencia de proceso debido. En realidad, los municipios, como toda persona jurídica, pueden expedir providencias en que afirmen su propiedad y la delimiten, sin que estos actos afecten a terceros. Esto lo esclareció bien la Corte en su fallo inmortal sobre San Bartolomé, dictado bajo la ponencia del eminente jurista doctor Tapias Pilonieta. Allí se acoje la distinción radical entre actos formales y materiales para deslindar su distinto régimen jurídico. De esto se infiere, que habría sido intachable la Resolución si se hubiera limitado a declarar simplemente la propiedad municipal de determinado terreno, considerado como ejido, sin perjuicio de los derechos de terceros. Por tanto, falló bien el Consejo de Estado al anular la Resolución 37 de 1949 porque esta providencia contenía un desvío de poder.

El fallo de julio 1º de 1957 dictado por el Consejo de Estado contiene dos ordenaciones favorables al actor. Comenzaré por la segunda, en la que se apoya el cobro de los veinticinco mil pesos.

Deuda de Veinticinco Mil Pesos. - De acuerdo con las voces clarísimas de la sentencia el Municipio debe pagar al doctor Joaquín Caldas Luna por concepto de lucro cesante, ocasionado por la ocupación, la suma de setecientos tres pesos con ochenta y dos centavos, desde el día 8 de agosto de 1949, fecha de la oposición al lanzamiento de

que se ha hablado, **hasta cuando se efectúe la restitución de dichos bienes al actor.** Como es un hecho probado que el doctor Caldas Luna perdió el juicio de lanzamiento, es claro que no deben restituírse los terrenos, luego la obligación municipal de pagar perjuicios carece de causa. A nadie se perjudica por no entregarle una cosa a cuya tenencia tiene derecho, luego a nadie daña quien no devuelve lo que no tiene obligación de restituír. Si los ocupantes no tienen obligación alguna de restituír los bienes que ocupan, es imposible que el Municipio esté obligado a pagar perjuicios por incumplimiento de una obligación inexistente. Quien usa su derecho a nadie daña, según aforismo inmortal, luego al doctor Caldas Luna no puede irrogarle daño quien se abstiene de entregarle un bien que no está obligado a restituír. Esto es suficiente para demostrar la inexistencia de la deuda de veinticinco mil pesos a cargo del Municipio de Cali.

Supuesta obligación de hacer. - Dice literalmente la parte resolutive del fallo que el Municipio de Cali deberá continuar la práctica de los lanzamientos ordenados por la Alcaldía en resolución de fecha 21 de junio de 1949, si así lo solicitare el demandante dentro del juicio por ocupación de hecho instaurado por el mismo demandante, y que fueron suspendidos en la forma que se conoce.

Esta parte del fallo es inocua porque es sabido que el artículo 348 del código judicial, aplicable a los procesos policivos, enseña: "Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los juicios por sí mismos, y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por omisión o culpa suya".

Si no se entendiera como inocua esta parte de la sentencia habría necesariamente que afirmar que el Consejo de Estado usurpó jurisdicción pues ni la justicia administrativa puede dictar resoluciones policivas, como la de que continúe un juicio de esta naturaleza, ni tampoco son acusables ante el Contencioso las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil (art. 73 Ley 167 de 1941). Por último, el movimiento de la jurisdicción no exige que el demandante inste a las autoridades para que adelanten el proceso, luego esta condición de que el doctor Caldas solicite la prosecución del juicio policivo es, por decir lo menos insólita en los anales jurisprudenciales.

Pero en el presente caso la Alcaldía de Cali no podía continuar la práctica de los lanzamientos porque había sido revocada la sentencia que los decretaba. Usurpan jurisdicción los jueces y juez policivo es el Alcalde cuando falla juicios de lanzamiento, cuando conocen o proceden contra resolución ejecutoriada del superior, según el artículo 148 del C.J. La Gobernación del Departamento había revocado la orden de lanzamiento, luego continuar tramitando el juicio era proceder contra resolución ejecutoriada del superior.

El Municipio de Cali no puede ser responsable de que su Alcalde no haya querido ser delincuente, porque el dilema es fatal: o el Alcalde continúa el juicio de lanzamiento, y va a la cárcel por usurpación de jurisdicción o se abstiene de seguir tramitando dicho juicio, que fue lo que hizo. En ningún país del mundo irroga daño quien se abstiene de cometer un delito.

Pero supongamos que todo lo anterior sea inaceptable. Y supongamos que el Alcalde no decidió la solicitud de adelantamiento del juicio de lanzamiento. En este caso es menester averiguar la naturaleza del acto que se le pedía al Alcalde o mejor, investigar, si se solicitaba un acto de gestión o un acto de autoridad. Sobra explicar en este momento este deslinde, consagrado como doctrina constitucional por la Corte Suprema de Justicia en acuerdo unánime del 26 de julio de 1944. (Según doctrinas de la Corte, en Sala Plena, cuando el Estado obra como persona pública, por actos de autoridad o de poder, y en forma unilateral, las decisiones que dicte son de carácter administrativo, y si sobre ellas hubiere controversias, la contención es de carácter contencioso-administrativo y cae bajo la jurisdicción de los Tribunales correspondientes. Por el contrario, cuando el Estado obra como persona privada, y en forma bilateral, entonces sus actos son de gestión, y si sobre ellos hubiere controversia, de la contención correspondería conocer a los Tribunales ordinarios”.

Al señor Alcalde no se le pedía el cumplimiento de una obligación de hacer sino, cosa bien distinta, el ejercicio de su autoridad como juez de policía. La autoridad no es cosa que está en el comercio, luego convertir su ejercicio en objeto de una obligación de hacer es olvidar que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación (art. 1519 del C.C.).

En el derecho existe diferencia tajante de responsabilidades en-

tre los funcionarios públicos y los particulares. Por esto la Constitución enseña que los funcionarios públicos son responsables por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (art. 20 Constitución). Si el señor Alcalde, con razón o sin ella incurría en omisión en el ejercicio de sus funciones, únicamente él, y no el Municipio, era el responsable de su omisión. El ejercicio de la soberanía, que no es otra cosa que la realización de actos de poder o autoridad, pertenece al derecho público y no al privado de las obligaciones, por lo que es extraño que en este proceso se confundan nociones tan dispares como la de función pública, atribución o competencia con obligación de hacer y se ignore la doble personalidad del Municipio, como persona privada (Ley 153 de 1887, art. 90) y como sujeto de autoridad o persona administrativa.

En Colombia existe el estado de derecho, que no es otra cosa que un régimen de competencia, en virtud del cual las autoridades tienen funciones regladas (art. 63 de la Constitución y 6 del Código Político y Municipal), que no pueden ejercer sin previa posesión o juramento de cumplir las normas (art. 65 de la Constitución y artículo 251 del Código Político y Municipal). La omisión o desvío en el ejercicio de la autoridad no apareja responsabilidad sino a su autor, conforme al artículo 20 de nuestra Carta.

Nadie en Colombia ignora que no siempre los jueces fallan dentro de los términos ni que aciertan en todos los casos en sus decisiones. Por lo que a nadie se le ha ocurrido jamás demandar perjucios al Estado por la mora de sus juzgadores ni solicitar indemnización por las equivocaciones de los jueces. Esto obedece al principio supremo de que la soberanía es impune y no tiene más limitaciones que las autolimitaciones del soberano, pactadas unas internacionalmente o impuestas otras por normas expeditas cuando la política lo aconseja. Si el ejercicio de la soberanía aparejara responsabilidades pecuniarias al Estado responsable se acabaría la igualdad ante la ley pues el Estado desempeña una función tutitiva o de protección, ejemplarmente consagrada en el artículo 16 de la Constitución. Por tanto, las fallas de la autoridad, ya por abuso, bien por mora, son quiebras que jamás afectan a la entidad pública si no tienen un único responsable, que es el funcionario encargado de desempeñar la autoridad.

Para que brille la tesis elemental de que se trata de una función pública y no de una obligación de hacer basta considerar que ninguna persona particular puede lanzar a ningún ocupante de hecho sino únicamente el Alcalde, en su calidad de tal, por tratarse de un funcionario público de los definidos en el artículo 5º del Código Político y Municipal. El Consejo de Estado (Anales 317 pág. 148) ha definido bien al decir que los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan sus funciones en ejercicio de una investidura legítima y regular, como un nombramiento o una elección. El señor Alcalde de Cali tiene competencia reglada, y ostenta un doble título: de magistrado, como sujeto de autoridad y como representante civil y administrativo del Municipio de Cali. En su primera categoría no puede jamás contraer obligaciones de hacer pues, se repite, como de consuno lo dicen la Constitución y la ley, sus funciones emanan de normas superiores. En su otro título de representante civil de la persona jurídica del Municipio puede perfectamente contraer obligaciones de hacer.

Esto es suficiente para demostrar, en forma inconcusa que la orden de continuar los lanzamientos no genera una obligación de hacer de parte del Municipio por ser la función policiva un acto de autoridad alejado del ámbito de las obligaciones.

Supresión de efectos. - El fallo del Consejo de Estado también condena al Municipio a tomar todas las medidas necesarias para hacer desaparecer los efectos de la Resolución 37. No dice la sentencia cuáles sean esas medidas ni tampoco indica quién decide sobre la necesidad de ellas, por lo que lo fundamental es ponerse de acuerdo en las medidas que deben tomarse para hacer desaparecer los efectos de dicho acto.

Ante todo es necesario aclarar que el Municipio no es responsable de actos de terceros, es decir, de la invasión realizada el 15 de junio de 1949. Hace muchos años sabemos todos los abogados que en materia de responsabilidad existe el principio de la individualización por lo que a nadie toca dar cuenta de los actos del prójimo.

Por otro lado, de acuerdo con el fallo comentado los ocupantes de hecho detentan los predios del doctor Caldas Luna, lo que explica la orden de continuar los lanzamientos ordenados por la Alcaldía en Resolución del 21 de junio de 1949. De lo anterior se infiere

que la sentencia no consagra una obligación de entregar sino de lanzar, que es cosa distinta. Entrega el que tiene, luego si el Municipio tuviera la tenencia de los predios aludidos el Distrito sería el lanzado. El Municipio, no tiene los predios, ni el punto de la tenencia municipal se ha ventilado, luego es absolutamente imposible pedirle que entregue. A lo sumo, puede solicitarse al Alcalde que haga entregar a los ocupantes. Entregar, y hacer entregar, son operaciones radicalmente diferentes. Esto sirve para destruir de tajo la supuesta obligación de restitución a cargo del Municipio que se intenta configurar en la demanda del doctor Caldas Luna.

Por último, hay tres observaciones de índole administrativa que refuerzan el anterior concepto. El doctor Caldas Luna no agotó el procedimiento administrativo puesto que no interpuso el recurso jerárquico contra la decisión del Municipio. Este recurso debía ser resuelto por el Gobernador, lo que enseña que se precipitó a demandar sin haber agotado la vía administrativa de cobro.

Por otro lado, si se considera que la actuación del Alcalde es una simple abstención administrativa, la ley tiene sentado que cuando transcurren cuatro meses sin resolver una petición se entiende negada y, contra esta negativa cabe apelación.

Y, por último, en ninguna cabeza cabe que pueda irrogarse un perjuicio de más de dos millones de pesos por el supuesto incumplimiento de una pretendida obligación de hacer, por el simple hecho de que hayan transcurrido pocos días desde el instante en que fue formulada la petición del doctor Caldas Luna y el en que presentó su demanda ejecutiva. Este perjuicio es manifiestamente exorbitante porque implica un daño superior a cien mil pesos diarios, por causa de la demora del Alcalde. Y, lo que es más grave, supone que los demandados no se han de defender sino que, por el contrario, han de resignarse a ser lanzados sin intentar recurso alguno.

La justicia manca no es justicia por lo que no puede inclinarse nunca a favor de una de las partes, y menos del demandante. Por consiguiente derivar perjuicios a favor del demandante es autorizar a los demandados para alegar también perjuicios por la misma causa. Porque si la no tramitación de un juicio irroga daños al demandante también los ocasiona al demandado, y si estos daños valen más de dos millones de pesos para el demandante igual suma deben cos-

tar para los demandados. Sería curioso que los señores a quienes intentó lanzar el doctor Caldas Luna, basados también en la suspensión del juicio de lanzamiento, pidieran asimismo indemnización por más de dos millones de pesos. Las partes son iguales, luego es absurdo que una inactividad del juez favorezca únicamente a una parte y no a otra. Esto sirve para poner de bulto la sinrazón de la demanda comentada, a menos que el demandante alegue la vieja excusa del *quia nominor leo*.

En resolución, la demanda del doctor Caldas Luna tiene por origen una lamentable confusión de los fenómenos jurídicos de sujeción y obligación, de vínculo jurídico privado y competencia o autaridad.

Por las razones expuestas, y salvo mejor dictamen, conceptúo que el Municipio de Cali no le debe nada al doctor Joaquín Caldas Luna.

Señor Alcalde,

Rafael Martínez Sarmiento

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Cali, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete.

Pide el doctor Antonio Salcedo Carrasquilla, apoderado de la compañía demandada, que se remita el expediente al Juzgado de origen a fin de que se reconozca el nombramiento del árbitro tercero y se les dé posesión en legal forma a los restantes árbitros que forman el presente Tribunal de Arbitramento.

Los árbitros designados de acuerdo con la Ley 2ª de 1938 necesitan tomar posesión de sus cargos?

El principio general al respecto lo sienta el artículo 65 de la Constitución cuando ordena que "ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben". El artículo 251 del C.P.M. agrega: "esto es lo que se llama posesión del empleo o bien tomar posesión de él".

La palabra funcionario que figura en la Constitución (art. 65) y el Código Político (art. 251) significa empleado público, locución definida por la ley (art. 5 del C.P.M.).

Clasifica nuestro Código Político los empleados públicos en tres clases: Magistrados, Funcionarios Públicos y Oficiales Públicos. En ninguna de estas categorías pueden incluirse los árbitros, quienes a lo sumo podrían asimilarse a los Magistrados, ya que ejercen jurisdicción o funciones judiciales, pero, el ejercicio transitorio de esas funciones no incluye a los citados particulares en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial, según las voces del primer artículo del Código Judicial.

Además, los particulares carecen de potestad, por razones obvias, de designar a los funcionarios públicos, por lo que acierta el Código Judicial al llamar expresamente particulares a los árbitros. El principio de legalidad rige la facultad de nombrar, por lo que únicamente pueden hacer designaciones los que de modo taxativo estén facultados para ello, pero nunca los particulares. De esto se infiere que si el origen directo o indirecto del Tribunal es privado, las personas que lo constituyen no dejan de ser particulares, aunque ejerzan funciones judiciales.

El ingreso al servicio oficial nunca se realiza por designación privada, como en el caso de los árbitros, ni por sorteo, como en el ejemplo de los jurados de conciencia, lo que explica el precepto de nuestro Código Procesal que reconoce la calidad particular de los árbitros y jurados, a pesar de su transitorio ejercicio de la jurisdicción.

En el supuesto de que fuera errada la doctrina expuesta no por esto sería nula la actuación de un Tribunal de arbitramento, cuyos miembros no tomen posesión, puesto que al respecto es muy clara la presunción de derecho del artículo 7º del Código Judicial, según la cual esta omisión apareja simplemente responsabilidad a quien omite la posesión debiendo hacerlo, pero deja intacta la validez de las actuaciones del nombrado.

Si la falta de posesión engendrara nulidad, no podría admitirse esta excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, por prohibirle el artículo 328 del C.J., según el cual sólo son admisibles es-

tas excepciones cuando la ley las autoriza y cuando hay traslado de demanda, casos ajenos al actual.

La exigencia de posesión a los particulares la ley no la pide sino a los apoderados y defensores en el proceso penal (arts. 108 y 432 del C.P.M.). Sin embargo, en el mismo proceso, a pesar de haber la misma razón, no se exige la posesión en los apoderados de la parte civil.

Si los jueces de conciencia, en materia penal, que es más grave, no se posesionan, por qué han de hacerlo los árbitros, en materia civil, que es menos grave? Si la ley calla en ambos casos, por qué ha de responderse afirmativamente en uno y negativamente en otro?

La justicia es un servicio público a cargo de la Nación (art. 58 de la Const.), lo que justifica la norma procesal que ordena remunerar oficialmente a los árbitros (art. 453 del C.S. del T.).

En cambio, el arbitraje común es costado por los particulares, sin que esta circunstancia despoje la función de los árbitros de su carácter público, ni quite a los compromisarios su calidad de particulares. Es cuestión muy sabida en derecho público que el Estado puede encomendar a los particulares la prestación de un servicio público, sin que esta delegación o atribución influya ni en la naturaleza del servicio ni en la calidad del servidor.

Todas las leyes exigen únicamente a los árbitros el requisito de su aceptación pero jamás mencionan la formalidad de la posesión. Según la Constitución Nacional, la ley determinará los antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos (art. 62), luego al no demandar posesión es infundado exigir esta diligencia. Si el árbitro se posesionara dejaría de ser particular y, por tanto, se desnaturalizaría la esencia del arbitraje, que no es otra que la administración de justicia por medio de particulares.

En jurisprudencia, como en hermenéutica contractual, la aplicación práctica que se haya dado a las leyes es la mejor manera de interpretarla. En la práctica, se ha considerado innecesaria la posesión. En el arbitramento de "Llano de Mesa", por ejemplo, los doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Darío Echandía y Antonio Rocha fallaron un proceso arbitral sin estar previamente posesionados. Igual cosa sucedió en el caso del arbitraje de la casa "Arrow" en Barran-

quilla y en muchísimos otros procesos en que han intervenido arbitadores de la talla de Hernán Salamanca, Arturo Valencia Zea, Jorge Lamus Girón, Aurelio Camacho Rueda, Samuel Arango Reyes, etc.

Por último, no hay ninguna norma que faculte a los jueces para recibir la posesión de los árbitros ni para reconocer la designación del árbitro tercero, ni puede existir tal norma pues ello significaría la quiebra de la base fundamental en que se apoya el arbitramento, que, se repite, es administración de justicia por particulares. No faltarían jueces que no quisieran posesionar a los árbitros o que se negaran a reconocer a los terceros designados, lo que entraría enormemente la justicia arbitral, que se distingue precisamente como renuncia a la justicia oficial, para sustituirla por la privada.

Nuestro eminente tratadista Julián Restrepo Hernández resume la jurisdicción arbitral diciendo: "Los árbitros aplican el derecho, imponen su decisión a la voluntad de las partes, todo por autoridad de que la ley los inviste, como cualquier juez, mediante la elección o nombramiento solemne de las partes y su aceptación". (Derecho Internacional Privado. Nº 1524).

Por las razones expuestas, este Tribunal de Arbitramento no accede a lo pedido por el apoderado de la parte demandada.

Notifíquese.

El Presidente del Tribunal,

(fdo.) **Rafael Martínez Sarmiento.**

El Arbitro,

(fdo.) **César Ayerbe Chaux.**

El Arbitro,

(fdo.) **Rafael Robledo Cancino.**

El Secretario,

(fdo.) **Guillermo Ochoa Restrepo.**

INTERPRETACION DE UN VEREDICTO

TRIBUNAL SUPERIOR.
SALA DE DECISION.

Medellín, marzo ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

VISTOS :

Por apelación y por consulta, debe revisar en esta oportunidad, el Tribunal la providencia de enero diez y siete de este año, por medio de la cual: "Se declara que el veredicto" "Sí, pero por un factor independiente de su voluntad", dado en el caso de homicidio imputado en estos autos al procesado Arnulfo de Jesús Isaza Vélez, no da bases seguras para dictar "de conformidad" con él la sentencia. La segunda parte de la determinación del Juzgado a quo, reza: "Se declara que el veredicto "No es responsable" con el cual el jurado favoreció al acusado Arnulfo de Jesús Isaza Vélez por el delito contra la inviolabilidad del domicilio que se le propuso en juicio, es claramente contrario a la evidencia de los hechos».

Como consecuencia de lo anterior, el Juzgado de instancia dispuso "la convocatoria de un nuevo jurado para que decida acerca de los hechos materia del juicio".

Para los efectos de revisión, ya planteados, la Sala hará, a continuación, algunas consideraciones que estima pertinentes para fundamentar su decisión en esta oportunidad.

El problema a que se ve abocada la Sala es complejo y por ello ha requerido el cuidadoso estudio de sus componentes para resolverlo en la mejor manera posible. Para demostrar la gravedad de las cuestiones planteadas a la Sala para su decisión basta hacer notar cómo, con razones bien respetables por cierto, el Sr. Fiscal colaborador del Tribunal ha llegado a una conclusión totalmente distinta a la del Juzgado de instancia, tal como puede apreciarse en su concepto de febrero 6 de este año, que aparece a folios 130 a 142 del expediente.

La síntesis del pensamiento del Sr. Fiscal, está concebida en los siguientes términos: "En relación con la apelación, se sintetiza el pen-

samiento en la siguiente forma: para el homicidio que existe fundamento para dictar el correspondiente fallo. El veredicto es simplemente afirmativo de la cuestión propuesta, la cualificación o explicación en nada desvirtúa la deducción de responsabilidad que le fue hecha al sindicado".

"El veredicto declarado contraevidente debe aceptarse, y por lo tanto absolverse por el cargo deducido".

Por su parte, el Sr. defensor del procesado, quien precisamente insinuó al jurado la respuesta a la primera cuestión, que es la que ha dado origen en un mayor debate, concreta su pensamiento en las siguientes frases: "Propuse en primer lugar un NO, por haber obrado en legítima defensa de su vida y de un tercero; aquí traté de configurar la eximente absoluta". Más adelante agrega: "Y por último busqué la absolución con base exclusivamente en el citado Art. 366, que vino a ser la base de mis alegaciones". Luego de hacer otras consideraciones en el mismo sentido, concluye: "De manera que al afirmarse por el jurado a mi propuesta, que había intervenido "un factor independiente de la voluntad", porque fue así como se contestó y no como se afirma en el acta que se propuso, ni como lo afirma el Sr. Fiscal, se está negando no sólo el propósito homicida, sino también se niega el propósito de lesionar; así queda desintegrado el ente delictual calificado y se configura el simple delito de lesiones personales, tal y como concluye, brillantemente el Sr. Juez de la causa en su primera hipótesis que no encuentro razón legal, probatoria ni lógica para descartar".

La tesis que ha expuesto el Sr. defensor merece un franco rechazo por parte de la Sala, por dos razones muy sencillas, a saber: la disposición del art. 366 del Código Penal, que configura el delito de homicidio concausal, jamás puede servir de base o causal eximente de responsabilidad, y por lo tanto, con base en ella mal podía impetrarse la absolución del procesado, en la audiencia. Los arts. 23 y 25 del Código Penal son los que, de manera taxativa, señalan las causales que eximen de responsabilidad bien sea porque directamente se niega esa responsabilidad, como en la primera de las disposiciones legales citadas, y porque justifican el hecho imputable, como lo son las causales del Art. 25 *ibidem*. Una simple ojeada a esas dos disposiciones llevan a la conclusión clara y contundente de que la llamada concausa jamás puede eximir de responsabilidad al agente que comete ese homicidio específico.

Por lo demás, si el Sr. defensor hubiera estado convencido de la tesis que ahora plantea al Tribunal, ha debido iniciar la respuesta que insinuó al jurado y que éste acogió íntegramente, con un NO que es el vocablo con que se manifiesta la falta de responsabilidad, frente a las cuestiones formuladas por el Juzgado. Si, como es un hecho indiscutible, por la constancia de folios 118 el Sr. defensor, solicitó al jurado, como una de las cuestiones subsidiarias ésta: "Sí, pero por un factor independiente de su voluntad", y ella fue la aceptada por el Juri, hay que concluir sin lugar a dudas, que en ese evento, el Sr. defensor aceptaba la responsabilidad de Isaza Vélez frente al homicidio que se le imputaba. Sólo que con la agregación: "por un factor independiente de su voluntad" pretendió que la responsabilidad de su cliente fuera aminorada, para efectos de la pena imponible.

De otra manera habría que considerar ese veredicto como contradictorio porque empieza aceptando la responsabilidad y luego se pretende descartar toda voluntad o propósito, lo que llevaría al absurdo de aceptar la comisión de un delito con la sola aceptación del factor físico, descartando, por completo todo factor psicológico. Ello es admisible porque para nuestro código penal la base de la responsabilidad penal estriba en la actividad psicofísica del agente, que comprende dos factores indispensables para la existencia del delito: el factor físico y el psicológico.

El Sr. defensor en su último alegato acoge una tesis hipotética del Juzgado, según la cual, el veredicto en la forma como quedó redactado llegaría a desintegrar la figura del homicidio imputado al procesado. La Sala no está conforme con esa posible interpretación del concepto en conciencia del juri. Ya se ha visto cómo el verdadero pensamiento del Sr. defensor al insinuar la frase aditiva al "Sí" con que empieza el veredicto pretendió que se aceptara la existencia de una concausa. Pues bien, esa concausa que se insinúa en el proceso consiste "en la tardanza en prestarle los primeros auxilios médicos", según lo indican los galenos en su dictamen de folios 4. Pero esa circunstancia no rompe la relación de causa a efecto entre las lesiones producidas por el procesado y la muerte del herido. Tanto es ello cierto que los propios médicos afirman primero que la causa de la muerte de Londoño fue "la anemia aguda a consecuencia de las heridas arriba mencionadas". Se está, pues, en este caso frente a un caso típico de varias causas que con-

curren a producir un mismo efecto, pero no puede afirmarse que en el caso de autos hubiera existido un hecho distinto, absolutamente independiente de las lesiones inferidas por el procesado, el que sí podría dar pie a la tesis sostenida en hipótesis por el Juzgado y aceptada como real por la defensa.

Para la Sala, la falta de oportuna atención médica al herido sólo constituye una concausa, como ya se ha dicho, y en verdad tales condiciones, las lesiones recibidas, en aquella oportunidad por Isaza son de las llamadas circunstancialmente mortales por la medicina legal. Y es claro que planteado así el problema no puede aceptarse que el veredicto hubiera desintegrado el homicidio imputado al procesado.

Pero tampoco puede darse al veredicto el sentido de configurar un homicidio concausal, porque ello haría más grave la situación jurídica del procesado ya que el homicidio ultraintencional, por el que respondió en juicio tiene una pena bastante menor que el concausal. Es bien sabido que el jurado, en ninguna forma, puede agravar la situación del procesado respecto a las circunstancias que modifican el delito consignadas en el respectivo auto de proceder.

Para la sala el veredicto estudiado tiene más las características de contradictorio porque empieza aceptando la responsabilidad consiguiente a un homicidio ultraintencional, que fue el que se le imputó en el auto de cargos, y concluye aceptando una concausa que da características específicas al homicidio cometido por Isaza. Pero, para nuestro código penal el homicidio concausal (art. 366) exige como elemento indispensable para su existencia, el propósito de matar y el homicidio ultraintencional descarta ese propósito homicida y acepta que el procesado sólo tuvo en mientes lesionar a su víctima. Estos términos antagónicos no pueden coincidir en un veredicto. De allí que el veredicto estudiado debe, más bien considerarse como contradictorio en su esencia.

Pero si la Sala ha desechado la tesis de la defensa, aceptada en hipótesis por el Juzgado de instancia, tampoco podría acogerse al concepto de su inmediato colaborador Fiscal, según el cual, la adición que el juri dio a su respuesta afirmativa de responsabilidad debe tenerse como inocua. La consecuencia lógica de esa tesis sería que la sentencia debiera producirse como correspondiente a un homicidio preterintencional, cual fue el imputado en el auto de proceder.

La Sala estima que, dadas las especiales circunstancias de atenuación que arroja el proceso, respecto de la responsabilidad del sindicado, el jurado muy probablemente quiso hacer, aún menos gravosa la situación de Isaza, al suscribir el veredicto que ahora se estudia. Sólo que, muy probablemente, por su poca versación en estos menesteres aceptó la equivocada (para la Sala) respuesta que el Sr. defensor le insinuó como subsidiaria, en su planteamiento escrito de folios 118.

Aceptando como muy posible la tesis que acaba de expresarse, mal puede rechazarse de plano la explicación dada por el jurado a su veredicto, tal como lo insinúa el Sr. Fiscal. Esa interpretación tiene otro argumento en su favor y es que si el jurado hubiera pensado, en convicción íntima, que la agregación que le dio al "Sí" inicial era inocua, la habría omitido, y se hubiera contentado con contestar "Sí", simplemente, a la cuestión formulada por el Juzgado.

Para resolver el problema, e insinuándose, como se ve en el proceso, al menos, un estado de intenso dolor para el procesado, bajo cuyo efecto actuó, al repeler un ataque injusto de la víctima a la querida del primero, lo más prudente para una adecuada administración de justicia, en el caso de autos, es que el jurado, en una nueva oportunidad, y contando con todos los elementos de juicio necesarios, dé una base firme para fijar la responsabilidad del procesado.

La Sala no ordena al Juez de instancia que dicte sentencia absoluta, tal como lo pide el señor Defensor, porque no encuentra en el veredicto estudiado base sólida para ello, sino que, por el contrario, estima que la adición al "sí" inicial es ambigua y podría prestarse a cometer un error judicial, si los funcionarios de derecho se valieran de ella para dictar el fallo correspondiente. Es que ni siquiera el principio universal del "in dubio pro reo", podría aplicarse aquí, ya que, como muy bien lo afirma el Juzgado de instancia, el mejor medio de desatar esa duda es indagar claramente el pensamiento del jurado, al respecto. Y el único medio legal para ese efecto es la convocatoria de un nuevo jurado, como lo prevé la providencia recurrida.

En lo que sí está de acuerdo la Sala es que el veredicto dado por el jurado, en forma negativa de responsabilidad, respecto del delito contra la inviolabilidad del homicidio (sic) debe aceptarse íntegramente. En consecuencia, al nuevo Tribunal popular sólo se le planteará la cues-

ción relativa al homicidio cometido en la persona de Guillermo Londoño. En la respectiva sentencia de primera instancia se absolverá al procesado del delito planteado en la segunda cuestión que se aprecia a folios 120 del proceso.

La Sala acoge, sobre el particular, las razones indicadas en su concepto por el Sr. Fiscal del Tribunal. El procesado bajo los efectos del intenso dolor producido por el ataque injusto de Londoño a la querida de aquél, no tuvo el propósito de violar el domicilio de la Sra. Arcadia Alvarez de S. cuando penetró a la casa de ésta. Su propósito fue el de repeler aunque en forma desmedida, el ultraje recibido por la persona de la querida de Isaza, en forma real, y el ultraje a la dignidad de hombre recibida por ello en la persona del procesado. Puede entonces, aceptarse, como muy probablemente lo hizo el jurado en la segunda parte de su veredicto que en el procesado no existió dolo alguno al penetrar en un domicilio ajeno, aun con la expresa prohibición de su dueño, y de allí que la absolución por este nuevo delito imputado a Isaza debe aceptarse totalmente.

Por las razones expuestas, el Tribunal Superior -Sala de decisión Penal-, obrando, en parte, de acuerdo con su inmediato colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE: *Primero: CONFIRMASE* el numeral primero de la parte resolutive de la providencia que se ha revisado aquí, de fecha y procedencia ya conocidas; y *Segundo: REVOCASE* el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de la providencia, y en su lugar, se ordena al Sr. Juez de la instancia que debe absolver al procesado Isaza por el cargo contra la inviolabilidad del domicilio, que se le había imputado. Para los efectos señalados en el numeral primero de esta parte resolutive, SE CONFIRMA, la convocatoria de un nuevo jurado para los efectos contemplados en la parte pertinente de esta providencia.—Cópiese, notifíquese y devuélvase.

LUIS JAVIER VELASQUEZ M., Magistrado ponente.

CARLOS ZULUAGA GOMEZ

JAIRO VILLA VIEIRA

Emilio Montoya M., Secretario.

JURISPRUDENCIA LABORAL

El Aprendiz y el Becado. - En el contrato de aprendizaje interviene la prestación personal del servicio bajo continuada dependencia y mediante remuneración, con deber adicional para el patrono de dar enseñanza al operario, que es la nota característica. Confluyen los caracteres del trabajador y aprendiz. En principio hay un beneficio para el patrono por el trabajo ejecutado, así sea en mínimo grado, por lo cual le obliga el pago del salario. Una vez concluido el período de aprendizaje y mantenida la relación laboral, el operario queda sometido al régimen común del contrato laboral.

El becado es un estudiante en el sentido estricto de la palabra. Está sujeto a una disciplina diferente en cuanto al lugar mismo, los reglamentos sobre pécunias de estudio, aprobación de cursos, etc. Por norma general el becado estudia en una escuela o taller debidamente organizados para fines docentes, bajo la tutela de un maestro dedicado con exclusividad a la enseñanza, para someterle a exámenes y calificaciones en prueba de su idoneidad y para ascenderle en los cursos sucesivos. La obligación del becado se limita a estudiar, aunque con respecto a la enseñanza práctica de alguna profesión u oficio artesanal, preste cierta actividad de trabajo y en complemento de los estudios.

En cambio, el aprendiz está sujeto a órdenes del patrono, a horarios o reglamentos, aunque con menor rigor comparado con el trabajador ordinario; a la vez que estudia está obligado a prestar el servicio en ventaja para el patrono. El lugar donde estudia es el mismo donde los otros operarios prestan su actividad laboral, bajo un régimen parecido. Es un taller o una empresa donde existe rendimiento económico; no es una escuela debidamente organizada, con profesores y estudiantes.

Las pruebas aducidas al proceso indican que el demandante laboró en el taller de la empresa, acompañado de otros asalariados comunes, en el oficio de tornero y sometido a un horario de entrada y

salida común a todos. De manera que por el sitio donde se activó el servicio y por la disciplina a que estuvo sometido, en unión con los otros operarios, bien claro se ve que el demandante no fue un mero estudiante o becado, sino un aprendiz regido por contrato laboral, con derecho a beneficios sociales. (Sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con ponencia del Magistrado Carlos Arango Hoyos).

Algunos principios del Juicio Laboral. - La empresa niega todos los hechos, sin indicar la causa de la ruptura del contrato y sin plantear este problema sobre circunstancias concretas, a la vez que propone la excepción de ilegitimidad de la personería adjetiva por no ser el notificado su representante legal.

En los juicios laborales domina el principio inquisitivo que permite al fallador conseguir pruebas distintas de las pedidas por las partes, pues su objeto está guiado a obtener la verdad real más que la formal; por eso el sentenciador ordenó oficiosamente la práctica de una prueba documental consistente en el certificado de la Cámara de Comercio donde en verdad consta que el notificado de la acción sí es el legítimo representante de la empresa demandada.

También rige el principio de la lealtad procesal para que las partes hagan sus planteamientos sobre bases completas y verdaderas, con alusión de pruebas en oportunidad debida, permitiéndole al Juez fallar en consideración a la conducta observada por ellas en todo el seguimiento de la controversia.

Igualmente se informa el Procedimiento Laboral en el principio nuevo y muy conveniente de la libertad para apreciar la prueba sin sujeción a tarifa, por lo cual debe el sentenciador mirar más que a la forma a la sustancia de la prueba, armonizando los distintos medios aducidos para sacar conclusiones propias, de modo que hay mayor campo para aplicar el sistema de las presunciones judiciales, ya que en esta materia laboral la actitud de las partes en la ejecución del contrato puede no estar bien definida en una sola prueba sino en varias de aparente menor fuerza, que conectadas entre sí contribuyen al mejor esclarecimiento de la verdad. (Sentencia del Tribunal Seccional del Trabajo de Medellín, con ponencia del Magistrado Carlos Arango Hoyos).

LAS TERCERIAS EN LOS EJECUTIVOS LABORALES

La brevedad del Estatuto de Procedimiento Laboral ha dejado múltiples vacíos y éstos han de ser llenados, atendiendo al criterio ordenador general en esta materia y teniendo presente el Código Judicial al cual es necesario recurrir en ausencia de normas que concreten el procedimiento a seguir para un caso determinado. La deficiencia de que adolece el Código de Procedimiento Laboral se manifiesta en los juicios ejecutivos y particularmente en lo que se refiere a incidentes: admite en concreto el desembargo sin hacer referencia a otros. Este silencio significará su negación?... El artículo 107 del C.P.L. no admite los incidentes ni las excepciones en los juicios ejecutivos. Pero esta disposición parece referirse al ejecutado, porque éste es el llamado a proponer excepciones, y la de pago, que sí la admite, es privativa del deudor. Así entendido este artículo, da cabida a cierta clase de incidentes, que provengan de persona distinta de la obligada y tengan por objeto cuestiones igualmente sociales, pues de otra manera se interferirían competencias. El artículo comentado busca que los deudores por conceptos que atañen al contrato de trabajo no traten de diferir el pago con incidentes o excepciones sin fin.

Y estudiada la cuestión debatida en el ejecutivo de Alfonso Gutiérrez contra PROMOTORA DE EQUIPOS Y CONSTRUCCIONES S.A. e INGERAL LTDA., se encuentra que la tercería que el Sr. Alfonso Cadena pretende introducir tiene como base un crédito social de iguales condiciones y prerrogativas a las comprendidas en el que aduce Alfonso Gutiérrez; y las consideraciones anteriores unidas a las normas de la economía procesal hacen pensar con claros fundamentos jurídico-positivos, y orientados por la justicia, que ningún principio se opone a que dentro de los juicios ejecutivos se admitan las tercerías que reúnan las condiciones que la propuesta presenta. Además, el documento aducido, copia del acta de conciliación realizada en la Inspección Nacional del Trabajo, presta mérito ejecutivo al tenor del artículo 982 del Código Judicial. (Auto del Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, con ponencia del H. Magistrado Donato Duque Patiño).

SALVAMENTO DE VOTO

El contrato a prueba. - Mis razones por las que difiero de la sentencia que con ponencia del H. Magistrado Dr. Aguirre, por mayoría aprobó la Sala, son estas:

Motiva la providencia de que disiento en el fl. 34: "En virtud de la prueba (contrato a prueba) pactada cualquiera de las partes podía dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, sin previo aviso alguno. La expresión dar por terminado implica, necesariamente el hecho de que el contrato hubiera empezado a cumplirse. Y ese contrato no se inició. No tuvo principio de cumplimiento..."

La tesis central es pues, la de que el contrato de prueba, tiene que empezarse a ejecutar, a realizar, para que tanto el patrono como el trabajador puedan, sin consecuencias, darlo por terminado. Ello no puede ser así, porque desnaturaliza precisamente la razón de ser de la prueba, al privar a las partes de la facultad, una vez firmado y convenido el pacto, de rescindirlo, si por ejemplo antes de su ejecución, observan que una de ellas no reúne requisitos personales, de idoneidad, de moralidad, para el normal desarrollo del contrato. La personalidad es factor preponderante para el surgimiento de obligaciones y de derechos entre contratantes, máxime entre quienes se avienen a una relación "individual de trabajo". Aceptado y firmado por patrono y trabajador un pacto de prueba, los antecedentes del primero, el comportamiento en anteriores relaciones del segundo, la certeza de que por la índole humana de quienes se juntan para llevar a término una obra dada, señalan que es imposible ejecutarla en el modo ambicionado, son motivos indeficientes para dar por terminado dicho contrato. Así, la etapa consecucional de la realización del trabajo no se hubiera iniciado.

Pero es que la misma redacción de las normas que regulan el contrato de prueba, es clara y no da lugar a interpretaciones como la que inspiró la sentencia de que me aparto. El art. 77 del C.L., inicia su texto así: "El período de prueba debe ser estipulado por escrito..." Período es lapso o circunscripción de tiempo. Es una medida que la ley la limita a dos meses, y está comprendida por "dies a quo" y "dies ad-quem" o sea de fecha a fecha, que no pueden ser sino las consignadas en el contrato por escrito, cuando éste se firme. Luego

el art. 80, modificado por el art. 3º del Decreto 617 de 1954, estipula: "El período de prueba puede darse por terminado unilateralmente, en cualquier momento sin previo aviso..." Repite que el período, es lo que se puede dar por terminado, y no el trabajo, la ejecución de la obra, o la "realidad de la misma".

Al absurdo llevaría el principio de que me separo, porque si no son los mojones que marcan obligaciones para las partes, conforme a las voces del art. 22 del estatuto social, las fechas en que se pactan, se tendría que el patrono estaría inhibido en su facultad de dar por terminada la prueba estipulada, si su trabajador, por más de una razón o sin ella no "realiza" o no inicia la labor. Ante este incumplimiento, se vería avocado a aducir y probar las circunstancias de un contrato sin las prerrogativas del de "prueba", enervándole un claro derecho que la ley ha querido garantizar.

Si el contrato a prueba, entre Rafael Angel Restrepo, como trabajador, y "Duque Hermanos Ltda.", se convino el 24 de septiembre de 1957, desde entonces cualquiera de las partes pudo darlo por terminado, sin ninguna consecuencia. El patrono, notificó a su subordinado, el 25 de septiembre que daba por finalizada la relación, luego estuvo suficientemente facultado por la ley para hacerlo, por cuanto actuó dentro del período de prueba que se había, con los requisitos del art. 77 del C.L., pactado. (Salvamento del Voto de la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Magistrado Donato Duque Patiño).

Acción divisoria — Personería — Comparecencia de todos los interesados en la sucesión comunera

Con poderes conferidos por los señores Jaime, Lucía, Alvaro, Helena Recamán García (f. 21, 22 c. 1º) y Antonio Mz Recamán, en representación de sus hijos menores Jorge y María Recamán García (f. 20 c. 1º), el doctor Gabriel Botero Díaz presentó, ante el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito, demanda en interés de la sucesión de la finada señora Raquel García de Mz Recamán y contra el señor Alfredo García, "... para que previos los trámites legales se decrete y se lleve a efecto la partición material del inmueble descrito en el hecho segundo de esta demanda, a fin de que se concrete en un lote de terreno determinado el derecho en comunidad que sobre ese inmueble tiene la sucesión que represento, y se haga entrega material a ésta, por mi conducto, de dicho lote" (f. 23, 24). En providencia del mes de junio del año último, el Juzgado dicho se abstuvo de admitir tal demanda (f. 25).

Después el prenombrado apoderado, actuando también como mandatario de María Arango Ortiz (en religión Sor Luisa Hermana Vicentina) y los señores Rafael Arango Ortiz y Rosa María Arango Restrepo, "como herederos, en unión de dicha religiosa, de la finada Mercedes Arango Ortiz", dijeron complementar y adicionar la anterior demanda, así: "Conforme a lo anterior, pedimos a Ud.: "a) Se sirva dar curso a la primitiva demanda y a la presente que la complementa, reconociendo como parte demandante a las sucesiones de Doña Raquel García de Mz Recamán y de Doña Mercedes Arango O., como comuneras en el inmueble descrito en la demanda, y como demandado al Sr. Alfredo García.

"b). Se sirva reconcer al suscrito Botero Dz., como apoderado especial para este juicio de los herederos de Doña Mercedes Arango O., tanto en virtud del poder otorgado por la heredera Rosa María Arango O., como por el que aquí otorgan los suscritos Arango O. y Arango R., también como herederos de la misma sucesión, carácter este que se comprueba con las pruebas que se acompañan" (f. 38).

La demanda se admitió y se dio en traslado al demandado, quien lo recorrió poniéndose a lo solicitado por los actores y alegó que el inmueble lo ha poseído exclusivamente por varios años. Además, formuló las excepciones de "Inepta demanda; ilegitimidad de la persona sustantiva y adjetiva de la parte actora; falta de los presupuestos procesales de rigor; petición antes de tiempo o de un modo indebido; prescripción adquisitiva de dominio entre comuneros, y la genérica". También, de modo subsidiario, fue hecha oposición a la división en la forma pedida (f. 39 c. 1°).

Una vez rituado el negocio, fue dictada la providencia que lleva fecha nueve (9) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), denegatoria de la partición e impositiva de las costas a los demandantes (f. 45 ss. c. 1°), cuyo apoderado interpuso el recurso de apelación que fue concedido y que da lugar a que en la presente oportunidad la Sala proceda a decidir en segunda instancia, objetivo para el que hace las siguientes consideraciones.

La exposición hecha por los actores con el propósito de sustentar su presentación puede compendiarse así:

En el proceso sucesorio del finado Leocadio María Arango, se adjudicó a Raquel García "una acción y derecho por valor de seiscientos diez pesos, novecientos trece milésimos (\$ 610.913)", en relación con un avalúo de veintidós mil pesos en un inmueble ubicado en esta ciudad y que en la respectiva diligencia de inventario y avalúo se delimitó así: "por el frente o sur, con la calle Boyacá; por el occidente, con casa de la Sra. Filomena Bravo V. de Lalinde; por el norte, con terrenos del Dr. Gil J. Gil, y por el oriente, con la calle Facio Lince (callejón de las siervas). Ese bien, después de haber sido cedidas unas fajas al Municipio de Medellín, quedó alinderado así: por el sur con la calle 51 (Boyacá); por el oriente, con la carrera 56 (Facio Lince); por el norte, con otra calle pública, y por el oeste, con propiedades que antes fueron de Dña. Filomena Bravo V. de Lalinde";

El inmueble mencionado fue adjudicado en dicho sucesorio a varios asignatarios, unos de los cuales vendieron sus derechos al demandado, pero no Dña. Raquel García;

Cuando en el año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) se procedió a vender al Municipio de Medellín las fajas antes aludidas,

se clarificó que los derechos del opositor equivalían en el inmueble a noventa y siete y noventa y un milésimo del total, en relación con lo cual enajenó;

La señora García contrajo matrimonio con el señor Antonio Mz Recamán y de esa unión nacieron Jaime, Lucía, Alvaro, Elena, Jorge y María, menores aún los dos últimos;

Muerta la mencionada señora, en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá se inició el proceso sucesorio suyo, en el que fueron reconocidos herederos los hijos ya nombrados;

El inmueble de que se trata viene siendo administrado por el demandado, sin que la señora García ni sus herederos hayan recibido suma alguna por tal concepto;

El inmueble común es valioso y tiene una extensión de seis mil (6.000) varas cuadradas, linda por tres de sus costados con vías públicas y por ello "su partición material es la indicada y ella es la que conviene a mis mandantes, con mayor razón si se tiene en cuenta que el demandado estima en muy alto precio ese inmueble cuando se presentan a comprarlo, pero es muy bajo precio cuando se trata de comprar él el derecho en comunidad de mis mandantes";

La sucesión mencionada no está obligada a permanecer en la comunidad, ni le conviene continuar en ella, por lo que se quieren hacer valer sus derechos en el juicio divisorio y "esos derechos por lo demás fueron reconocidos por el demandado, no sólo en las posiciones extrajuicio citadas, sino también en la venta que hizo a este Municipio de Medellín..."; (f. 23, 24 c. 1°).

En el sucesorio del señor Leocadio María Arango se adjudicó a la viuda señora María Ortiz v. de Arango y sobre el inmueble ya indicado un derecho por seis mil novecientos cuarenta y nueve pesos (\$ 6.949.00), y a su finada hija y heredera, Magdalena Arango O., otro derecho por la suma de mil doscientos setenta y un pesos (\$ 1.271.00) con ochocientos veintiseis milésimos;

Fallecidas estas señoras, se siguió el proceso sucesorio y los mentados derechos fueron valuados conjuntamente en la suma de trece mil quinientos sesenta pesos con treinta y cuatro centavos (\$ 13.560.34) "y de ellos se adjudicaron a la Sta. Mercedes Arango O. las siguientes porciones, en relación con dicho reavalúo: en la hijuela

1.ª una porción por valor de \$ 3.998.05, y en la hijuela 2.ª otra porción por valor de \$ 3.523.66”;

Doña Mercedes Arango O. sólo vendió al señor Alfredo García “la segunda porción citada, es decir, la que recibió como heredera pero no la primera, que recibió como pago del pasivo de la dicha sucesión conjunta. Por tanto, al morir Dña. Mercedes conservaba en su patrimonio esa porción, la que no ha sido enajenada en forma ninguna por sus herederos”;

Doña Mercedes Arango dejó al morir, como único heredero suyo, a su hermano Manuel Ignacio Arango O. “y habiendo muerto éste, dejó como únicos herederos testamentarios a los suscritos Arango O. y Arango R. y también la señora Rosa María Arango O., la misma que dió poder al suscrito Botero Dz. y que se acompaña”;

Se comprende entonces que los únicos comuneros son: “la sucesión de doña Raquel García de Mz. Recamán, que representa el suscrito Botero Dz., la sucesión de doña Mercedes Arango O. de la que somos herederos los suscritos Arango O. y Arango R., junto con la citada Rosa María Arango O., y el otro comunero es el demandado Sr. Alfredo García”;

“Se desprende que la demanda que el suscrito Botero Dz. presentó con fecha 22 de junio último queda complementada, en cuanto a los hechos, con los que aquí se exponen, y en cuanto a la parte demandante, porque se agrega como nueva comunera en causa propia la sucesión de Dña. Mercedes Arango O.” (f. 37, 38 c. 1.ª).

El señor Antonio Mz. Recamán confirió poder para que el mandatario representara a los menores Jorge y María Mz. Recamán en la acción divisoria incoada (f. 20, 8, 9 c. 1.ª). Como bien se anotó en la resolución de primer grado, ese poder no basta por sí solo para que pueda sostenerse que la actuación en interés de los prenombrados menores sea regular, que tenga normalidad. En efecto, sabido es que la legislación exige formalidades o requisitos específicos y previos para demandar la división de bienes en que tengan derecho personas incapaces y para intervenir como actoras esas personas (art. 1379 cdt. c.c. —art. 1135 c. j.). Precisamente, no fue presentada en el proceso prueba de que se hubiera autorizado, en lo que respecta a los meno-

res citados, promover acción encaminada a finalizar la comunidad a-severada en la demanda, circunstancia evidenciadora de que la relación procesal no está integrada de modo normal, que se resiente de anomalía. Vale recordar que ese poder fue dado “para que promueva y siga hasta su término el juicio”.

En la alegación final de la parte actora se argumenta con insistencia que varios de los herederos mayores de la finada señora García también promovieron la acción de que se trata y que, por ende, no es dable desconocerle viabilidad (f. 52 c. 1.ª). Dadas las características del negocio en estudio, se comprende que el mérito de esa argumentación es más aparente que real. Nadie niega, de ordinario, que el heredero goza de capacidad para accionar judicialmente en interés de la sucesión en la cual tenga esa calidad (art. 1008, 1155 cdt. c.c.), pero de allí no se desprende que carezca de base la tesis contenida en el auto materia de la apelación interpuesta, en especial si se toman en cuenta las modalidades de los procesos divisorios, por ejemplo, lo relativo a la formación de lote para el pago de gastos (art. 1142 c. j.), lo referente al derecho de compra (art. 2336 c. c., —art. 1143 c. j.) y demás.

Muestran los principios cardinales de derecho que en manera alguna puede forzarse a un comunero a una división que en sí lleve elementos de inestabilidad (art. 2322 ss. c.c.), lo que es congruente con las normas básicas de los procedimientos civiles. Por tanto, resalta que la comparecencia de los derechos mayores no regulariza, por expresar así, el proceso. Estrictamente hablando, los menores que ya se mencionaron no han comparecido al juicio por la falta de verdadera legitimidad procesal, de donde fluye que la partición que se ordenara, hiciera y aprobara no vendría a ligar por completo a la sucesión de la señora García, a ellos en su interés propio, llegado el caso. Siendo ello así, es de claridad que es improcedente acceder a lo deprecado en la demanda. No se ve que exista una razón justificativa para compeler a la parte que figura como demandada a una división marcada en sí misma con verdadera deficiencia. Así como todos los comuneros han de intervenir en el negocio divisorio del bien en comunidad, igualmente han de hacerlo todos los interesados en la sucesión que venga a ser comunera. El heredero goza de potestad para actuar a nombre de la sucesión, pero no compromete los intereses

de los otros asignatarios, base para concluir que la actuación de los herederos mayores no autoriza para calificar de normal el negocio en referencia y en frente del demandado que ha hecho impugnación a lo pedido en la demanda.

Se quiso accionar en nombre de los menores, mas como no se satisfizo lo que en la ley era menester para legitimar la respectiva intervención, en buena lógica jurídica se infiere que se caería en error acogiendo tesis contraria a la de la providencia de primer grado. Menos cabría sostener que pudiera considerárseles como demandados, por lo que la actuación de las personas mayores es carente de eficacia para acoger lo que sostiene el señor apoderado.

Otros aspectos de estudio ofrece el negocio, pero es marcadamente inoficioso analizarlos en la presente oportunidad ya que lo anterior basta de suyo en respaldo de esta providencia.

(Auto del 18 de octubre de 1957 en el negocio divisorio de la sucesión de Raquel García de Mz. Recamán contra Alfredo García).

ENTREGA DE LO REMATADO

Establece la ley que en Relación con los remates que se cumplen en procesos sucesorios y divisorios (art. 962, 1.947 c. j.) han de aplicarse las disposiciones propias de los juicios ejecutivos sobre el particular, entre las cuales está la de que en el auto aprobatorio de la subasta se dispone la entrega del bien o los bienes rematados (art. 1.051). Infiérese entonces que no es completamente equivocado lo que dispuso el Juzgado del conocimiento en su providencia del once (11) de febrero del presente año (f. 80 c. 2º), la que no fue recurrida o impugnada por parte interesada, lo que talvez hace un tanto impropia la negativa que posteriormente hizo el Juzgado del conocimiento.

Es bien cierto que no existe, por algunos aspectos, completa identidad entre la subasta cumplida en negocios compulsorios y la que se realiza en procesos llamados de jurisdicción voluntaria, pero de ello

no se desprende con entero fundamento que adolezca de error disponer la entrega de lo subastado en un negocio de esta naturaleza, puesto que de lo contrario el rematador queda ubicado en posición de visible precariedad que no se justifica. El solucionar el precio que es entregado a los asignatarios y entonces se quebrantaría la norma de igualdad si no pudiera disponerse la entrega de lo rematado. En la compraventa el adquirente tiene derecho a la tradición y a la entrega material de lo comprado (art. 1.880 cdt. c. c.), y si directamente es indiscutible que el rematador tiene facultad de lograr la inscripción para que el dominio se radique en su favor, naturalmente también ha de tener facultad para lograr dicha entrega dentro del juicio en que se haya realizado el remate.

En los negocios judiciales importan sobremanera los principios de unidad y economía que vienen a ser expresión o corolario del interés social, y ellos están indicando claramente que está revestido de fundamento lo que en la presente providencia se sostiene. La mediación judicial en los remates, por lo que la autoridad implica, viene a dar más base a la tesis aquí expuesta. No es congruente con la lógica jurídica pensar que en un todo y por todo sea igual, para los efectos de la entrega, la posición de quien adquiere en remate judicial y la de quien compra en acto puramente particular.

Es incuestionable que la ordenación de entrega liga directamente a los asignatarios y en cuanto a su calidad de tales, de donde fluye que por sí sola no implica quebranto de normas de justicia y equidad. Es natural que si se enajena un bien herencial los interesados en la herencia, como tales, carezcan de justificación para conservarlo en su poder. Una situación de hecho y contraria a derechos particulares, hace necesario el ejercicio de acciones civiles, lo cual deja ver que carece de solidez pretender que el rematador tenga que proponer acciones especiales de entrega contra la sucesión cuyo bien haya adquirido en subasta. Por lo demás, bien se sabe que si terceros se encuentran en posesión gozan de la facultad de formular oposiciones a la entrega (art. 552 cdt. c. j.) y que el asignatario también puede oponerse, cuando su pretensión no se fundamenta en la calidad de heredero o legatario.

(Auto del 14 junio de 1957 en el juicio sucesorio del señor Jesús María Hurtado López).

APORTE DE ESCRITURAS AL JUICIO — FORMA

En atención a que el auto que se acaba de citar denegó la verificación o elaboración de unas copias en la diligencia de inspección, el señor mandatario del actor interpuso contra dicha negativa el recurso de súplica (art. 511 ss. c. j.) que la Sala decide en esta oportunidad.

La legislación procesal determina concretamente la forma de aportar los instrumentos públicos a los procesos, originales o en copia (arts. 632, 636 cdtos. c. j.), y en sus disposiciones se comprende que la diligencia de conocimiento judicial (art. 724 ss. c. j.) en manera alguna ha de suplir las ritualidades o formalidades pertinentes para la presentación de documentos públicos. Los llamados procedimientos probatorios no pueden desatenderse por voluntad particular o funcionaria, habida cuenta del interés social que media en ellos, de donde se desprende que adolecería de error acceder a lo pedido por el recurrente.

Es claro que un medio de prueba que posee características singulares no debe ser aprovechado para omitir las formalidades relativas a otro diferente, para sustituirlas, lo cual concurre en apoyo de lo resuelto por el señor Magistrado sustanciador. Incuestionable es que el interesado bien pudo solicitar y obtener que el Notario en cuya oficina se encuentra el expediente a que se refiere expidiera las copias que ahora quiere lograr, lo cual deja inferir lo impropio que sería disponer que en diligencia de reconocimiento judicial sean hechas. De ordinario, en las cuestiones probatorias se acoge la norma de amplitud, pero ella no llega hasta el extremo de respaldar la solicitud en estudio.

Finalmente, se anota que la solicitud en referencia tampoco encaja dentro de las disposiciones particulares que rigen la producción de pruebas en segunda instancia (D. L. 243 de 1951).

En consecuencia, la Sala Dual sostiene el auto suplicado.

(Auto del 13 de diciembre de 1957 en el ordinario de Jorge Vélez Muñoz contra Francisco Ospina C.).

ACCION DIVISORIA — ASPECTOS

La calidad de comunero, de titular de derechos sobre un bien común, de suyo autoriza a quien la tenga para promover acción en interés de la comunidad (art. 2322 ss. c. c.) y con el propósito de que se fije la línea divisoria con el predio vecino, de que se señalen los linderos entre los fundos respectivos (art. 900 cdtos. c. c.). Por consiguiente, no resulta del todo fundada la resolución que inicialmente profirió el Juzgado a quo y en cuanto consideró que era menester que todos los comuneros suscribieran la demanda. Claro está que no por ello cabe aseverar que sea indicado hacer admisión de la demanda que se presentó ya que en ella no se pidió que se citara a los demás comuneros, lo que sí es necesario, como lo enseñan las disposiciones legales (art. 863 cdtos. c. j.). Obvio es que para la regular integración del proceso ha de solicitar quien quiera promoverlo la citación de los otros comuneros, sin la cual es visiblemente impropio avanzarlo, solicitud que le corresponde hacer ya que los jueces no gozan de libre atribución para determinar las partes en el juicio, oficiosamente.

En la demanda presentada se hizo delimitación del bien raíz de la parte demandante, pero se omitió determinar el fundo de la parte demandada, lo cual concurre en respaldo de la inadmisión hecha en primera instancia. Comprensible es que en la demanda sobre deslinde importa sobremanera la individualización de los respectivos inmuebles porque ella da certeza acerca del objeto de la actividad jurisdiccional, sobre aquello que haya de integrar la materia del juicio. El actor señaló la parte de colindancia de los fundos, mas tal cosa no basta para dar por satisfecho el requisito de la determinación de los predios, como es obvio.

(Auto del 10 de diciembre de 1957 en el negocio de deslinde de Lázaro Gómez contra Vicente Antonio Roldán).

PERSONERIA DEL ALBACEA

El Juzgado Quinto Civil de este Circuito profirió el auto de fecha catorce (14) del mes pasado, por medio del cual se abstuvo de admitir la demanda que presentó el señor apoderado del albacea de la sucesión del finado señor Marco Antonio Pulgarín, en la que se pretende ejercitar acción hipotecaria contra el señor Joaquín Pablo Garcés Montoya, con base en la escritura número ochocientos cuarenta y uno (841) de diez de febrero de mil novecientos cincuenta y seis (1956), otorgada en la Notaría Cuarta, y en utilidad de dicha sucesión (f. 11 c.). El interesado interpuso contra esa providencia el recurso de reposición y de modo condicional el de alzada (f. 12 s.), lo que dio lugar a que el Juzgado del concimiento dictara el auto de veinticuatro (24) de agosto ya mencionado, en el que mantuvo su resolución anterior y concedió el recurso de apelación (f. 14).

En gracia de esto último, el Tribunal procede a resolver en segunda instancia sobre la cuestión planteada.

Establece el artículo 1352 del C. Civil que "el albacea no podrá parecer en juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento, o cuando fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban; y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacentes". El texto claro de esta disposición enseña que no adolece de error la tesis planteada o sostenida por el señor Juez a quo, puesto que están señalados concretamente los supuestos en los cuales el albacea goza de capacidad para representar o comparecer en juicio, y en ellos no está comprendido el proceso tendiente a efectivizar créditos del causante.

Según las ordenaciones legales, el heredero o los herederos suceden al causante en sus derechos (art. 1008 crts. c.c.) y ellos poseen un interés cierto y directo sobre la masa herencial, lo cual deja comprender que al albacea no le corresponde accionar judicialmente para la persecución de crédito de la herencia sino a los asignatarios (art. 1583 cdt. c. c.). De lo contrario se presentaría el fenómeno irregular de que el albacea adelantara acciones judiciales no obstante la voluntad de los herederos en el sentido opuesto.

Indiscutible es que los albaceas con tenencia de bienes (arts. 1353, 1637 c. c.) tienen la facultad de recibir el pago de prestaciones en favor de la sucesión, pero de esa ocurrencia no se desprende que gocen de personería para accionar judicialmente en interés de ella, como no la tienen cuando se proponen acciones judiciales contra la misma. Dentro de las reglamentaciones vigentes, es de lógica concluir que así como el ejecutor testamentario no representa a la sucesión cuando contra ella se inician acciones, tampoco tiene representación para promoverlas en beneficio de tal entidad.

La ley asimila las facultades del albacea con tenencia de bienes a las del curador de la herencia yacente (arts. 1353, 1297, 575 c. c., art. 910 ss. c.j.), pero esa asimilación no llega hasta el punto de hacer iguales las atribuciones de uno y de otro. No debe olvidarse que cuando existe la herencia yacente es consecuencia de la misma que el curador esté en aptitud de accionar en su provecho y que el albacea ocupa una posición diversa por varios aspectos, lo que repercute en que no sea igual la representación, en su alcance, que les es atribuida.

(Auto del 13 de septiembre de 1957 en el negocio sucesorio del señor Marco Antonio Pulgarín).

TEORIA COMUNISTA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

Hans Kelsen. - Emecé Editores S. A., Buenos Aires, 1957.

B. Mantilla Pineda

Como obsequio de la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica en Bogotá, ha recibido la Biblioteca General de la Universidad de Antioquia la obra de Hans Kelsen titulada: "Teoría comunista del Derecho y del Estado", que pasamos a comentar brevemente.

Para el lector culto en general y para los profesionales de las ciencias jurídicas y sociales en particular, el nombre de Hans Kelsen es conocido en grado sumo. Kelsen es ante todo conocido por su "teoría pura del derecho", que causara desde el momento de su publicación fuerte agitación en el campo de las disciplinas jurídicas y del pensamiento político. Al nombre de Kelsen se asocia también la creación de la lógica jurídica, que a diferencia de la lógica formal destaca como rasgo exclusivo la relación copulativa expresada por medio de la frase "debe ser" en vez del verbo "ser". Pero la fecunda creación científica de Kelsen no queda limitada al campo del derecho, sino que incluye como consecuencia lógica de sus premisas la teoría del Estado. Su principal contribución en el estudio del Estado es su distinción gnoseológica entre el Estado como es, cuyo esclarecimiento es de carácter sociológico y jurídico y el Estado como debe ser, cuyo tratamiento se liga indisolublemente con la filosofía jurídica. En otras palabras, al estudio de la ontología del Estado, sigue como continuación y complemento la deontología del Estado.

La "Teoría comunista del Derecho y del Estado", una de las últimas obras de Kelsen en su numerosa producción bibliográfica, que ya constituye por sí sola materia de análisis científico, es el resultado de la aplicación de su metodología al caso concreto de la exposición y crítica del Derecho y del Estado comunistas. La edición castellana de dicha obra recoge en un solo volumen dos obras publicadas originalmente en inglés bajo los títulos de: "The Communist Theory of Law" (New York, Frederick Praeger, 1955) y "The Political Theory of Bolchevism" (University of California Press, 1955).

Es propósito fundamental de Kelsen dejar en claro que en su obra "no se ocupa del derecho comunista sino de la teoría general del derecho planteada por tratadistas que aplican, o pretenden aplicar, los principios del comunismo; y que se ocupa de la política del gobierno comunista de la Unión Soviética sólo en la medida en que esa política influye sobre la teoría comunista del derecho".

En la primera parte o sea en la Teoría del derecho, Kelsen estudia sistemáticamente el derecho y el Estado tales como aparecen expuestos doctrinariamente en Marx y Engels, los creadores del socialismo científico, en Lenin, el autor de la revolución proletaria, y en P. L. Stuchka, A. M. Reisner, E. B. Pashukanis, A. J. Vyshinsky, S. A. Golunskii y M. S. Strogovich, los juristas soviéticos más representativos. El estudio de Kelsen no es una diatriba ni una polémica, sino una exposición crítica que señala objetivamente las contradicciones, las confusiones, las tautologías y las aberraciones comunistas sobre materia jurídica y política. La definición del derecho en función de las clases sociales interpretadas de acuerdo con su status económico, conduce lógicamente al absurdo de un derecho clasista en una sociedad sin clases como pretende ser la sociedad comunista, según palabras del mismo Stalin. Kelsen constata en los propios textos de los autores citados las profundas diferencias, contradictorias e insalvables en muchos casos, entre la concepción jurídica de Marx, Engels y Lenin de un lado, y de Stuchka, Reisner y Pashukanis de otro, y de Vyshinsky como tercero en discordia. La ortodoxia marxista de Pashukanis, por ejemplo, es rechazada violentamente por la teoría jurídica de Vyshinsky, servidor incondicional de Stalin. Vyshinsky tacha a Pashukanis de provocador y saboteador, y a su teoría jurídica de anti-marxista y seudocientífica. Cosa parecida hace con Stuchka y Reisner. Vyshinsky a su turno no cabe duda de que encontrará críticos acerbos que le pongan el sambenito de anti-marxista.

La segunda parte o sea la Teoría del Estado contiene dos divisiones con los subtítulos sugestivos de "Anarquismo o totalitarismo", y "democracia o dictadura de partido". En palabras del autor el propósito de este estudio es mostrar la paradójica contradicción que existe en el bolcheviquismo entre su teoría anarquista y su práctica totalitaria, y defender la verdadera idea de democracia contra el in-

tento de destruirla y adulterarla presentando una dictadura de partido como la autodeterminación política de un pueblo libre".

De las dos maneras de enfocar el Estado: el Estado como es, el Estado histórico, y el Estado como debería o no debería ser, el Estado justo e injusto, Kelsen escoge el primero. Define el Estado como un orden social o conjunto de normas que regulan la conducta mutua de los individuos. Sus notas esenciales son: la coerción, la legalidad y la centralización del poder. El orden social estatal coacciona según dos grados diferentes de restricción de la libertad. La coacción oscila entre la anarquía y la dictadura.

Pero como los problemas referentes al Estado se mezclan con juicios de valor, no hay acuerdo entre los pensadores políticos sobre la naturaleza del Estado. Para unos el Estado es el máximo bien y una necesidad absoluta de la civilización; para otros, es el mal social por excelencia, y por tanto debe ser abolido para sustituirlo con una sociedad libre, es decir, sin Estado. Hegel sostiene el Estado como un bien; Marx y Engels, en cambio, como un mal que debe ser abolido. El socialismo de Marx y Engels es, en último análisis, anarquismo, puesto que su meta final es la desaparición del Estado. Sin embargo, hay una profunda contradicción entre el sueño de Marx y la realidad del Estado comunista totalitario.

El Estado comunista actual no es una democracia en el verdadero sentido de este vocablo, sino una dictadura de partido. El esclarecimiento hecho por Kelsen sobre este punto es de incalculable importancia en el orden político, porque muchos ingenuos confunden fácilmente la esencia de la democracia con una burda falsificación.

CRONICA DE LA FACULTAD

MESA REDONDA SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL

Como una contribución al brillo cultural de las Jornadas Universitarias, el Centro de Estudios Jurídicos organizó, con la participación de notables juristas, una mesa redonda en el Paraninfo de la Universidad, para analizar —con criterio jurídico— los alcances constitucionales del pacto de Sitges, cuyas ideas directrices están consagradas hoy en la Carta Fundamental por la reforma plebiscitaria. Participaron los Dres. Gonzalo Restrepo Jaramillo, Alfonso Uribe Misas, Elías Abad Mesa, J. M. Mora Vásquez y Hernando Aguilar Zuluaga. Las intervenciones eruditadas de estos reconocidos juristas contribuyeron indudablemente a formar, tanto en el estudiantado como en el público inquieto por estos temas fundamentales, un criterio más claro y científico sobre el acto trascendental realizado por el pueblo colombiano el 1º de diciembre del pasado año.

DR. ALFREDO COCK ARANGO

Para integrar la nómina de la nueva Corte Suprema de Justicia fue nombrado, a fines del año pasado, el Dr. Alfredo Cock Arango, catedrático de larga y brillante trayec-

Por **Octavio Lopera Vargas**
Miembro del Consejo de Redacción.

toria en la Facultad. La designación del Dr. Cock, uno de los más notables internacionalistas del país, delegado de Colombia ante la ONU, autor de numerosas obras de Derecho Internacional y Romano y de variados ensayos jurídicos, es prenda de suficiencia moral y científica, y prueba irrecusable del empeño del actual gobierno en ser fiel a la tradición de magistrados probos y sabios que ha caracterizado a la justicia colombiana.

DR. EUDORO GONZALEZ

La revista "Estudios de Derecho", haciendo eco a la satisfacción del estudiantado de la Facultad, saluda con vivo júbilo el reintegro del Dr. Eudoro González a la cátedra de civil 4º. Por sus dotes pedagógicas, su larga vinculación con la Facultad, y especialmente por sus condiciones de jurista insigne —cuya autoridad en la rama civil alcanza a los círculos internacionales—, el regreso del Dr. González es noticia grata al estudiantado.

NUEVOS PROFESORES

En reemplazo del Dr. Cock Arango en la cátedra de Derecho Internacional público, fue nombrado el joven profesional Dr. Manuel José

Vallejo, distinguido egresado de la Facultad. Y para la cátedra de Derecho Internacional Privado, también en reemplazo del Dr. Cock Arango, fue designado el Dr. Enrique Jaramillo Melguizo, profesor, desde el año pasado, de Derecho Administrativo Colombiano.

Por retiro del Dr. Jorge Hernández, asumió la dirección de la cátedra de Derecho Romano 2º el Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, profesor interno de la Facultad, erudito romanista, cuyos méritos intelectuales nos eximen de toda presentación

CONFERENCIA DEL DOCTOR MANTILLA PINEDA

Invitado por la Biblioteca Dptal. del Valle, y en cumplimiento del interesante programa de intercambio cultural entre ese departamento y el nuestro, trazado y auspiciado por dicha entidad, dictó el pasado mes de enero, en la ciudad de Cali, una interesante conferencia el Dr. B. Mantilla Pineda intitulada: "Vocación de América para la democracia". Por el prestigio intelectual del notable sociólogo ecuatoriano, catedrático de la Facultad, el acto constituyó un verdadero suceso cultural.

RELEVO EN LA SECRETARIA

Llamado por el nuevo alcalde de la ciudad, ha entrado a desempeñar el cargo de Secretario de Gobierno Municipal el Dr. Javier Gómez, secretario de la Facultad y egresado de la misma. El nombramiento, además del reconocimiento que implica a las condiciones personales

del Dr. Gómez, representa la vinculación de miembros de las últimas promociones de la Universidad a las tareas del gobierno, a las cuales pueden aportar —si saben estar a la altura de las nuevas circunstancias del país— una nueva mentalidad, civilista y fecunda en ideas renovadoras.

Mientras dura la licencia del Dr. Gómez, lo reemplazará en la secretaría de la Facultad el Dr. Publio Trujillo Fernández. A uno y otro auguramos pleno éxito en sus labores.

NUEVA MESA DIRECTIVA DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS

En reciente sesión, y por haberse cumplido el período legal, el Centro de Estudios nombró nueva mesa directiva, integrada así: Presidente: Julio Aguirre; Vicepresidente: Javier Henao; Fiscal: Rómulo Serna; Secretario: Edgar Tobón.

En esta nueva etapa, con estatutos ya aprobados y condiciones de libertad propicias a su adecuado desenvolvimiento, es de esperarse que esta entidad —única de carácter cultural en la Facultad— llene ampliamente los fines de investigación jurídica, de permanente inquietud por las ciencias sociales y lucha constante por el imperio de las normas éticas en el ejercicio de la profesión, enunciados en el preámbulo de su Constitución. Merced al empeño plausible del presidente saliente, Guillermo Llano Duque, en la aprobación de los estatutos dispone hoy el Centro de ellos. Su tex-

to lo publicamos en esta misma edición.

SOLIDARIDAD DEL ESTUDIAN- TADO CON LA UNIVERSIDAD

En la reciente emergencia, en la que se hicieron presentes todas las fuerzas vivas del Alma Mater y del pueblo antioqueño en general, a fin de lograr de los poderes centrales

una distribución más equitativa del presupuesto educacional, se hizo patente el espíritu universitario que, pese a incomprensiones, anima a todos los hijos de la Universidad. La actuación entusiasta y decidida del Centro de Estudios Jurídicos es de destacarse, por cuanto ella implica una vinculación activa a los problemas vitales de la Universidad.

ESTATUTOS DEL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS

PREAMBULO

“El Centro de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, tendrá como objetivos esenciales en su labor: la elevación del nivel cultural de la Facultad y, por ende, de la Universidad; hacer propicia en el estudiantado una atmósfera de investigación jurídica y de permanente inquietud por las ciencias sociales; el enaltecimiento de la profesión de abogado, velando siempre por que en el ejercicio de ella tengan pleno imperio las normas éticas; y, como compendio de toda su actividad, procurará la constante vigencia de las instituciones jurídicas en todas las esferas de la vida nacional, a fin de que sus beneficios sociales constituyan para la república una plena realidad”.

TITULO 1 — DE LOS SOCIOS.

Capítulo 1 — De las clases de Socios.

- Art. 1 “El Centro tendrá tres clases de Socios: Honorarios, Correspondientes y de Número”.
- Art. 2 “Son Socios Honorarios los que designe como tales la Corporación”.
- Art. 3 “Son Socios Correspondientes:
Todas las personas que, siendo Socios de Número del Centro, al terminar sus estudios de Derecho, lo solicitaren. No obstante, la Corporación podrá otorgar dicha calidad, a los Socios de Número que al egresar de la Facultad, presentaren méritos para tal designación”.
- Art. 4 “Son Socios de Número: Los estudiantes de la Facultad, que fueren admitidos como Socios de la Corporación”.

Capítulo 2 — De la admisión de Socios.

- Art. 5 "Tienen derecho a presentar solicitud de ingreso al Centro de Estudios Jurídicos, todos los estudiantes de la Facultad".
- Art. 6 "Para ser nombrado Socio del Centro se requiere la mitad más uno de los votos de los Socios presentes en la reunión en que se designen".
- Art. 7 "Toda proposición relativa a la admisión de Socios será votada secretamente y su discusión, en la reunión siguiente a la en que hubiere sido presentada".

TITULO 2 — DE LAS OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS Y DE SU EXCLUSION.

Capítulo 1 — De las obligaciones de los Socios.

- Art. 8 "Son obligaciones de los Socios:
- a) Prestar al ingreso, formal promesa de cumplir los Estatutos y desempeñar con exactitud los cargos, trabajos y comisiones que se le confíen.
 - b) Presentar un trabajo Jurídico Semestral.
 - c) Pagar la cuota mensual que determine la Corporación.

Capítulo 2 — De la exclusión de Socios.

- Art. 9 "Los Socios de Número dejan de serlo:
- a) Por faltar gravemente contra los Estatutos o contra la disciplina de la Corporación, a juicio de las dos terceras partes de los votos de los Socios presentes en la reunión".
 - b) Por estar ausente, sin excusa, de dos reuniones en un mes.
 - c) Por dejar de pagar por tres veces consecutivas, la cuota de que habla el ordinal b) del art. 10".

Parágrafo. "La iniciativa para la expulsión corresponde a cualquier Socio".

- Art. 10 "Toda exclusión de Socios deberá resolverse en votación secreta y ser aprobada por las dos terceras partes de los votos de los Socios asistentes".

TITULO 3 — DE LOS DIGNATARIOS.

Capítulo 1 — De los Dignatarios en general.

- Art. 11 "El Centro tendrá los siguientes dignatarios: un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario, un Fical, un Consejo jurídico-Social. Además de los miembros del Consejo de redacción de la revista y del Consejo Radial".

Dichos dignatarios, tendrán un período de 5 meses, en el ejercicio de sus cargos, excepto los miembros de los Consejos Radial, de Redacción y Jurídico-Social que permanecerán en ellos por un período de un año".

Parágrafo. "Los Consejos antes enunciados quedarán sujetos al voto de confianza cada vez que se produzca relevo de la Junta Directiva".

- Art. 12 "Todo dignatario que, por razón de su cargo, deba manejar o custodiar objetos de propiedad del Centro, recibirá y entregará tales objetos por riguroso inventario verificado ante el fiscal de la Corporación".

Capítulo 2 — Del Presidente.

- Art. 13 "Son deberes y atribuciones del Presidente:
- a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente los estatutos.
 - b) Representar al Centro judicial y extrajudicialmente.
 - c) Nombrar las comisiones cuyo nombramiento no se reserve la Corporación.
 - d) Designar los individuos que deban llevar los trabajos reglamentarios. La designación de los conferencistas deberá hacerla por orden alfabético riguroso.
 - e) Convocar a reuniones extraordinarias".

Parágrafo. a) Dicho funcionario no será reelegible para el período inmediato.

b) Para ser Presidente de la Corporación es necesario ha-

ber pertenecido a ella, por lo menos durante seis meses.

Capítulo 3 — Del Vicepresidente.

Art. 14 "La principal función del Vicepresidente consiste en reemplazar al Presidente en todos sus deberes y atribuciones, cuando este funcionario faltare temporal o accidentalmente".

Capítulo 4 — Del Secretario.

Art. 15 "Son obligaciones del Secretario:

- a) Todas aquellas propias de su cargo en instituciones similares.
- b) Desempeñar las funciones de tesorero, no debiendo hacer erogación alguna sin autorización de la Junta Directiva".

Parágrafo. El Secretario podrá asesorarse de un secretario auxiliar nombrado por la Junta Directiva.

Capítulo 5 — Del Fiscal.

Art. 16 "El Fiscal tendrá a su cargo la supervigilancia de las labores de los Socios y del cumplimiento de los Estatutos. Denunciará ante la Corporación las irregularidades que notare y propondrá reformas a los Estatutos cuando lo juzgue conveniente".

Art. 17 "El Fiscal podrá revisar las actividades de los Consejos y Comisiones cuando a bien tenga hacerlo y cuidará de la justa inversión de los fondos".

Art. 18 "El Fiscal llevará cuidadosamente un libro de inventarios de los bienes del Centro, haciendo constar las recepciones y las entregas que hiciere a los miembros del Centro".

Capítulo 6 — Del Consejo de Redacción.

Art. 19 "El Consejo de Redacción de la Revista Estudios de Derecho y los Directores del programa Radial, serán designados

por la mayoría absoluta de los Socios presentes en la reunión en que se designen".

Art. 20 "El Consejo Jurídico-Social será designado por la mayoría absoluta de los Socios presentes en la reunión en que se designen".

Parágrafo. Dichos Consejos tendrán autonomía en su organización interna.

TITULO 4 —

Capítulo 1 — De las reuniones.

Art. 21 "Sólo durante las sesiones ordinarias, extraordinarias y solemnes, podrá el Centro tomar alguna decisión".

Art. 22 "Las reuniones ordinarias, extraordinarias y solemnes, tendrán lugar en el día y hora fijado por la Mesa Directiva".

Art. 23 "Formarán el quorum la asistencia de la mitad más uno de los Socios de Número. En la fijación del quorum debe tenerse en cuenta la ausencia justificada de dos Socios".

Art. 24 "El orden del día será confeccionado por la Junta Directiva.

Deberá ser colocado en lugar preferente de dicho orden del día, todo asunto que hubiere quedado pendiente en la sesión anterior".

Art. 25 "El orden del día sólo podrá variarse por voluntad de las dos terceras partes de los Socios asistentes".

Art. 26 "El Presidente podrá preguntar de oficio o a solicitud de alguno de los Socios, si el Centro está suficientemente ilustrado sobre el tema que se discute; y si la Corporación se pronunciare afirmativamente, se procederá sin demora a la respectiva votación".

Art. 27 "El uso de la palabra estará regulado por el Sr. Presidente".

Capítulo 2 — De las votaciones

Art. 28 "Para la aprobación de cualquier asunto sometido a votación basta la mayoría absoluta salvo las excepciones estatutarias".

Art. 29 "Empatadas dos veces consecutivas una votación, se tendrá por negada la proposición votada".

TITULO 5 — DE LAS COMISIONES.

Art. 30 "Para el estudio y aplicación de las diversas ramas jurídicas habrá Comisiones permanentes cuyos miembros serán designados por el Presidente, previa consulta de las inclinaciones de cada Socio. El número, denominación y objeto de estas Comisiones serán señalados por el Presidente".

TITULO 6 — DE LA REVISTA

Art. 31 "El órgano de difusión del Centro de Estudios es la revista Estudios de Derecho".

Art. 32 "En dicha publicación se editarán preferentemente artículos de los Socios del Centro y de los Estudiantes de la Facultad, debidamente seleccionados por el Consejo de Redacción".

TITULO 7 — DISOLUCION DEL CENTRO.

Art. 33 "El Centro se disolverá sólo por la decisión de las tres cuartas partes de los Socios presentes en la sesión ordinaria que necesariamente tratará lo pertinente".

Art. 34 "El activo líquido del Centro pasará al fondo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia".

TITULO 8 — DE LA REFORMA DE ESTA CONSTITUCION.

Art. 35 "Toda reforma Estatutaria tendrá que ser aprobada en dos sesiones ordinarias del Centro y en la forma siguiente:

- 1 Para ser aprobado en primer debate el proyecto reformatorio, deberá haber obtenido las dos terceras partes de los votos de los Socios presentes en dicha reunión.
- 2 Se entenderá incorporada a la Codificación Estatutaria, la reforma que aceptada en el primer debate, obtuviese en el segundo las dos terceras partes de los votos de los Socios presentes en dicha reunión".