

AUGUSTO GONZÁLEZ RAMÍREZ
Profesor de la Materia de la Universidad Central,
Universidad Libre y Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

NOVENA EDICIÓN
Corregida, Aumentada y Actualizada



LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

ESTUDIANTE DE DERECHO

No infrinja la ley de derechos de autor y editor, Ley 23 de 1982, sacando o comprando fotocopias. La ética finalmente le dará la plena satisfacción y así tendrá el libro completo para su biblioteca y no será sancionado.

EL EDITOR

© AUGUSTO GONZÁLEZ RAMÍREZ

© LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

Calle 12 N° 5-24. Tel. 2433482. Bogotá, D.C., Colombia.

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en EDITORIAL ABC

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

ISBN 978-958-707-111-5

Novena edición, 2007

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de:
LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	XXVII
PRIMERA PARTE	
CAPÍTULO I	
<i>FINES DEL DERECHO</i>	
RELACIONES SOCIALES	3
CAPÍTULO II	
<i>DEFINICIÓN DEL DERECHO</i>	
DEFINICIONES VARIAS	7
EL DERECHO COMO CIENCIA	10
CAPÍTULO III	
<i>EL DERECHO Y OTRAS CIENCIAS</i>	
RELACIONES DEL DERECHO CON OTRAS CIENCIAS	13
EL DERECHO Y LA MORAL	14
Formas de relación entre el derecho y la moral	16
1. La primera posición (tradicional)	16
2. La segunda posición (separatista)	17
3. La tercera posición (científica)	18
EL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA	18
EL DERECHO Y LA ECONOMÍA	19
EL DERECHO Y LA PSICOLOGÍA	22
EL DERECHO Y LA HISTORIA	22
EL DERECHO Y OTRAS CIENCIAS	23
IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE OTRAS CIENCIAS	23
CAPÍTULO IV	
<i>ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO</i>	
CLASES DE ELEMENTOS	25
SUJETO ACTIVO	25
SUJETO PASIVO	26

PRESTACIÓN	26
Clasificación de las prestaciones	26
1. De dar	26
2. De hacer	27
3. De no hacer	27
Requisitos de la prestación	25
a) Determinación	27
b) Posibilidad	27
c) Moralidad	27
d) Licitud	27
GARANTÍA	27
Formas de acción de la autoridad pública	28
1. En su función preventiva	28
2. En su función represiva	29
Sanciones	29
1. Represivas	29
2. Restitutivas	30

CAPÍTULO V

NATURALEZA DEL DERECHO

ESCUELAS VARIAS	33
JUSNATURALISMO	33
TEOLÓGICA	34
1. Ley eterna (<i>'lex aeterna'</i>)	35
2. Ley divina (<i>'lex divina'</i>)	35
3. Ley natural (<i>'lex naturalis'</i>)	35
4. Ley humana (<i>'lex humana'</i>)	35
RACIONALISTA	36
ANTIINTELECTUALISTA	40
CONTEMPORÁNEA	40
HISTORICISMO	41
POSITIVISMO	44
TEORÍA PURA DEL DERECHO	46
MARXISMO	48
1. TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO	50
2. TEORÍA DEL CARÁCTER DE CLASE DEL DERECHO	50
3. TEORÍA DE LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD COMUNISTA	51

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

UTILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN	55
DERECHO SUSTANTIVO	56
DERECHO PÚBLICO	56
1. Constitucional	58

ÍNDICE GENERAL	IX
2. Administrativo	61
3. Penal	62
4. Tributario	64
5. Aduanero	65
6. Internacional público	66
DERECHO SOCIAL	67
1. Laboral	67
2. Agrario	68
3. Locatario	68
DERECHO PRIVADO	68
1. Civil	69
2. Comercial	70
3. Minero	70
4. Internacional privado	71
DERECHO ADJETIVO	71
1. Procedimiento civil	73
2. Procedimiento penal	73
3. Procedimiento laboral	74
4. Otros procedimientos	74
DERECHO OBJETIVO	75
DERECHO SUBJETIVO	75
1. Teoría de la voluntad	75
2. Teoría del interés	76
3. Teoría mixta	77
4. Teorías negativas	77
CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS	77
1. Individuales	77
a) Materiales o corporales	78
b) Inmateriales	78
2. Familiares	78
3. Patrimoniales	79
a) Derechos reales	79
b) Derechos personales o derechos de crédito	79
4. Políticos	79
DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN LA NATURALEZA DEL SUJETO PASIVO	80
1. Derechos absolutos	80
2. Derechos relativos	80
DERECHO NO ESCRITO	81
DERECHO ESCRITO	82
NORMAS JURÍDICAS ESCRITAS	83
 CÁPITULO VII	
<i>FUENTES DEL DERECHO</i>	
CONCEPTO DE FUENTE	89
CLASES DE FUENTES	89

CÁPITULO VII

FUENTES DEL DERECHO

CONCEPTO DE FUENTE	89
CLASES DE FUENTES	89

FUENTES REALES	90
1. ELEMENTOS OBJETIVOS	90
2. ELEMENTOS INTERPRETATIVOS	91
MÉTODO HISTÓRICO	92
1. LA HEURÍSTICA	92
2. LA CRÍTICA DE LOS DOCUMENTOS	92
3. LA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA	92
4. LA EXPLICACIÓN HISTÓRICA	92
FUENTES FORMALES	92
CLASES DE FUENTES FORMALES	93

CAPÍTULO VIII

LA COSTUMBRE

CONCEPTOS DE COSTUMBRE	95
ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE	96
GENERALIDAD	96
ANTIGÜEDAD	97
UNIFORMIDAD	97
MORALIDAD	97
LEGALIDAD	97
PUBLICIDAD	97
OBLIGATORIEDAD	98
CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE	98
1. SUPLETORIA (' <i>PRAETER LEGEM</i> ')	98
2. INTERPRETATIVA (' <i>SECUNDUM LEGEM</i> ')	98
3. CONTRARIA A LA LEY (' <i>CONTRA LEGEM</i> ')	98
PRUEBA DE LA COSTUMBRE	99
IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE	99

CAPÍTULO IX

LA LEY

ACEPCIONES VARIAS	101
SENTIDOS DE LA LEY	103
LEY EN SENTIDO MATERIAL	103
LEY EN SENTIDO FORMAL	103
LENGUAJE DE LA LEY	104
IGNORANCIA DE LA LEY	105
FORMACIÓN DE LAS LEYES	106
CLASES DE SESIONES	106
1. ORDINARIAS	106
2. EXTRAORDINARIAS	107
3. ESPECIALES	107
CLASES DE LEYES	107
1. ORGÁNICAS	107
2. ESTATUTARIAS	107

ORIGEN DE LAS LEYES	107
PROCEDIMIENTO PARA LA CREACIÓN DE LA LEY	109
PUBLICACIÓN DEL PROYECTO	110
APROBACIÓN EN PRIMER DEBATE	110
APROBACIÓN EN SEGUNDO DEBATE	111
SANCIÓN PRESIDENCIAL	112
PROMULGACIÓN	112
APLICABILIDAD DE LA LEY	115
ESPACIO	116
a) El principio personal	117
b) El principio territorial	117
c) La teoría de los estatutos	117
d) La escuela holandesa	118
e) Las teorías alemanas	118
f) Teoría de la personalidad del derecho	118
g) En Colombia	119
TIEMPO	119
a) Teoría de los derechos adquiridos	119
b) Teoría de Bonnecase	119
c) Teoría de Paul Roubier	120
d) En Colombia	120
SUJETO	122
CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES	123
LEYES SEGÚN SU OBLIGATORIEDAD	123
LEYES DE ORDEN PÚBLICO	124
LEYES DE ORDEN PRIVADO	124
CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES SEGÚN SU CARÁCTER IMPERATIVO	126
a) Preceptivas	126
b) Prohibitivas	126
c) Permisivas	127
d) Explicativas	127
e) Abrogativas	127
LEYES SEGÚN SU ORIGEN	127
LEYES CONSTITUCIONALES	127
LEYES ORDINARIAS	129
DECRETOS	129
I) Decretos presidenciales	129
a) Decretos ordinarios	130
b) Decretos extraordinarios	130
c) Decretos legislativos	131
1. En estado de guerra exterior	131
2. En estado de conmoción interior	132
3. En estado de emergencia	134
d) Decretos ejecutivos	135
II) Decretos de gobernadores	136
III) Decretos de alcaldes	137

ORDENANZAS	137
ACUERDOS	137
RESOLUCIONES	138
CLASES DE RESOLUCIONES	138
a) Ejecutivas	138
b) Ministeriales	138
c) De asambleas	138
d) De gobernadores	138
e) De alcaldes	138
f) De funcionarios	139
JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL	139
CORTE CONSTITUCIONAL	140
CONSEJO DE ESTADO	142
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	144
CONTROL JURISDICCIONAL POR VÍA DE ACCIÓN	145
1. De nulidad	146
2. De restablecimiento del derecho	146
3. De reparación directa y cumplimiento	146
CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN	147
JURISDICCIÓN ORDINARIA	147
INTERPRETACIÓN DE LA LEY	148
INTERPRETACIÓN PÚBLICA	150
a) Interpretación legislativa	150
b) Interpretación judicial	150
INTERPRETACIÓN PRIVADA	151
MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN	152
1. Método tradicional	152
2. Método histórico	154
3. Método de la libre investigación científica	155
LA ANALOGÍA	155
Analogía legis	157
Analogía juris	157

CAPÍTULO X

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN	161
EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	162
EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE LOS DERECHOS	163
EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	164
EL PRINCIPIO DEL ERROR COMÚN HACE DERECHO	164
EL PRINCIPIO DEL FRAUDE A LA LEY	165
EL PRINCIPIO DE LA IMPREVISIÓN	166
LA EQUIDAD	167

CAPÍTULO XI
LA JURISPRUDENCIA

CONCEPTO	169
EL SILOGISMO JURÍDICO	171

CAPÍTULO XII
EL SUJETO DE DERECHO

CONCEPTO	175
CLASES DE PERSONAS	176
PERSONA NATURAL	176
COMIENZO DE LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO	177
TERMINACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO	179
PERSONA JURÍDICA	180
NATURALEZA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	180
1. TEORÍA DE LA FICCIÓN	180
2. TEORÍA DEL PATRIMONIO PARA UN FIN	181
3. TEORÍA DE LA REALIDAD JURÍDICA	182
DIVISIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	183
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO	183
CORPORACIONES PÚBLICAS ADMINISTRATIVAS	184
ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS	184
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS	185
1. Establecimientos públicos	185
2. Empresas industriales y comerciales del Estado	186
3. Sociedades de economía mixta	186
PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO	186
ASOCIACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO	187
Corporaciones	187
Fundaciones	187
Sindicatos	188
Cooperativas	189
SOCIEDADES CON ÁNIMO DE LUCRO	191
Sociedades civiles	191
a) Colectivas	191
b) En comandita	191
c) Anónimas	191
d) De responsabilidad limitada	191
Sociedades comerciales	192
a) Colectivas	192
b) En comandita	192
c) De responsabilidad limitada	193
d) Anónima	193
e) De economía mixta	194
f) Extranjeras	194

COMIENZO DE LA PERSONA JURÍDICA	195
EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	197

CAPÍTULO XIII

ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

CLASES DE ATRIBUTOS	199
DEL NOMBRE Y APELLIDO	199
DEL DOMICILIO	204
CLASES DE DOMICILIO	204
1. Legal	204
2. De origen	205
3. Voluntario	205
4. Contractual	206
DE LA NACIONALIDAD	207
SISTEMAS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD	208
1. Jus sanguinis	208
2. Jus soli	208
3. Jus domicilii	208
4. Privilegio legal	208
5. Anexión territorial	208
6. Adopción	209
CLASES DE EXTRANJEROS	211
1. Transcúntes	211
2. Domiciliados	211
3. Naturalizados	211
SISTEMAS RESPECTO DE DERECHOS DE EXTRANJEROS	211
1. De la limitación de derechos	211
2. De la igualdad de derechos	211
3. De la reciprocidad legislativa	211
4. De la reciprocidad diplomática	212
DE LA CAPACIDAD	212
CAPACIDAD JURÍDICA	212
CAPACIDAD DE OBRAR	212
INCAPACIDAD	213
1. Incapaces absolutos	214
2. Incapaces relativos	215
EDAD	215
1. Menores de edad	216
a) Infantes o niños	216
b) Impúberes	216
c) Menores adultos	216
2. Mayores de edad	216
REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES	219
1. La patria potestad	219

La emancipación	220
a) Legal	220
b) Voluntaria	220
c) Judicial	220
2. La tutoría	221
3. La curaduría	221
LA REPRESENTACIÓN	222
1. Legal	222
2. Voluntaria	222
3. Judicial	222
DEL ESTADO CIVIL	223
DEL PATRIMONIO	225

SEGUNDA PARTE

SUPLEMENTO

CAPÍTULO XIV

LOS DERECHOS REALES

DEFINICIÓN Y CLASES	229
DERECHOS REALES PRINCIPALES	229
LA PROPIEDAD	229
1. Privada	230
2. Pública	230
MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD	230
La ocupación	231
La accesión	231
La tradición	231
La sucesión por causa de muerte (' <i>mortis causa</i> ')	231
1. A título universal	231
2. A título singular	231
La prescripción	232
EL USUFRUCTO	232
EL USO	233
LA HABITACIÓN	233
LAS SERVIDUMBRES	233
1. Continuas	233
2. Discontinuas	234
3. Positivas	234
4. Negativas	234
5. Aparentes	234
6. Inaparentes	234
7. Naturales	234
8. Legales	234
9. Voluntarias	234

DERECHOS REALES ACCESORIOS	234
LA PREnda	235
LA HIPOTeca	235
EL CENso	235
LA RETENCIÓN	235
DE LOS BIENES	236
BIENES CORPORALES	237
BIENES INCORPORALES	237
BIENES MUEBLES	237
BIENES INMUEBLES	237
BIENES CONSUMIBLES	237
BIENES NO CONSUMIBLES	238
BIENES FUNGIBLES	238
BIENES NO FUNGIBLES	238
BIENES DIVISIBLES	238
BIENES INDIVISIBLES	238
BIENES SINGULARES	238
BIENES UNIVERSALES	238
BIENES PRESENTES	239
BIENES FUTUROS	239
BIENES PRINCIPALES	239
BIENES ACCESORIOS	239
BIENES MOSTRENCOS	239
BIENES VACANTES	239
BIENES BALDÍOS	239

CAPÍTULO XV LOS DERECHOS PERSONALES

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN	241
ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN	242
EL ACREDOR	242
EL DEUDOR	242
LA PRESTACIÓN	242
EL VÍNCULO JURÍDICO	242
LAS FORMALIDADES	242
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES	243
EL CONTRATO	243
EL CUASICONTRATO	244
EL DELITO	244
EL CUASIDELITO	244
LA LEY	244
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	244
EL ACTO JURÍDICO	245
EL ACTO ILÍCITO	245
EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	245

LA LEY	245
EL HECHO JURÍDICO	245
EL NEGOCIO JURÍDICO	246
HECHOS JURÍDICOS VOLUNTARIOS	247
HECHOS JURÍDICOS NO VOLUNTARIOS	247
ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO JURÍDICO	248
CAPACIDAD LEGAL	248
CONSENTIMIENTO	248
Vicios del consentimiento	248
Error	248
1. De derecho	249
2. De hecho	249
a) In negotio	249
b) In substantia	249
c) In personae	249
d) In corpore	249
e) Sobre la causa	250
Fuerza	251
1. Física	251
2. Moral	251
Dolo	251
1. Principal	252
2. Incidental	252
La lesión	252
Objeto lícito	253
Causa lícita	253
CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES	254
OBLIGACIÓN CIVIL	254
OBLIGACIÓN NATURAL	254
OBLIGACIÓN PURA Y SIMPLE	255
OBLIGACIÓN CONDICIONAL	255
1. Positiva	255
2. Negativa	255
3. Potestativa	255
4. Casual	255
5. Mixta	255
6. Suspensiva	255
7. Resolutoria o extintiva	255
OBLIGACIÓN A PLAZO	255
1. Expreso	256
2. Tácito	256
3. Legal	256
4. Judicial	256
5. Convencional	256

OBLIGACIÓN ALTERNATIVA	256
OBLIGACIÓN FACULTATIVA	256
OBLIGACIÓN DE GÉNERO	256
OBLIGACIÓN ESPECÍFICA	257
OBLIGACIÓN SOLIDARIA	257
OBLIGACIÓN DIVISIBLE	258
OBLIGACIÓN INDIVISIBLE	258
OBLIGACIÓN CON CLÁUSULA PENAL	258
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES	259
SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO	260
Pago por consignación	261
Subrogación	261
Beneficio de competencia	262
NOVACIÓN	262
TRANSACCIÓN	263
REMISIÓN	263
COMPENSACIÓN	263
CONFUSIÓN	264
PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE	264
NULIDAD Y RESCISIÓN	265
1. Nulidad absoluta	265
2. Nulidad relativa	265
EVENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA	267
PRESCRIPCIÓN	267
1. Extintiva	267
2. Adquisitiva	268
PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES	268
CLASES DE PRUEBAS	269
Prueba plena	269
Prueba incompleta	270
Prueba sumaria	270
Prueba conducente	270
Prueba inconducente	270
Prueba eficaz	270
Prueba ineficaz	270
Prueba principal	270
Prueba supletoria	271
Pruebas a petición de parte	271
Pruebas de oficio	271
Prueba preconstituida	271
Prueba literal	271
Prueba documental	271
Prueba monumental	271
Prueba trasladada	271
Prueba diabólica	271

MEDIOS DE PRUEBA	272
DECLARACIÓN DE PARTE	272
Clasificación de la confesión	273
1. Confesión pura y simple	273
2. Confesión cualificada	273
3. Confesión compuesta	273
4. Confesión judicial	273
5. Confesión extrajudicial	273
6. Confesión ficta o presunta	273
JURAMENTO	274
TESTIMONIO	274
CLASIFICACIÓN DE LOS TESTIGOS	275
1. Testigos directos	275
2. Testigos indirectos	275
3. Testigos oculares	275
4. Testigos auriculares	275
5. Testigos de oídas	275
6. Testigos instrumentales	275
7. Testigos de mayor excepción	275
8. Testigos de cargo	275
9. Testigos de descargo	275
DICTAMEN PERICIAL	276
INSPECCIÓN JUDICIAL	276
DOCUMENTOS	276
Clasificación de los documentos	277
1. Documentos públicos	277
2. Documentos privados	277
Valor probatorio de los documentos	278
INDICIOS	279
Presunciones	280
1. Presunción judicial	280
2. Presunción legal	280
3. Presunción de derecho	280
MEDIOS DE PRUEBA PENALES	280
Prueba testimonial (testimonio)	281
Prueba pericial (peritación)	282
Prueba documental (documentos)	282
Prueba de Inspección (inspección judicial)	283
EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES	283
LA CULPA	284
División de la culpa	284
1. Culpa grave	284
2. Culpa leve	284
3. Culpa levísima	285

LA MORA	285
Clasificación de la mora	286
1. Mora del deudor.....	286
Requerimiento.....	286
2. Mora del acreedor	287
3. Mora simultánea	287
PROMESA DE CONTRATO	287
INDEMNIZACIÓN	288
1. El daño emergente	288
2. El lucro cesante	288
EL DAÑO	288
a) Moratorio	288
b) Compensatorio	288
c) Previsto	288
d) Imprevisto	288
AVALÚO.....	289
1. Avalúo legal	289
2. Avalúo judicial	289
3. Avalúo convencional	289

CAPÍTULO XVI

LOS CONTRATOS

CONCEPTO DE CONTRATO	291
CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	293
CONTRATO BILATERAL	293
CONTRATO UNILATERAL	293
CONTRATO GRATUITO	294
CONTRATO ONEROSO	294
a) Comutativos	295
b) Aleatorios	295
CONTRATO PRINCIPAL	295
CONTRATO ACCESORIO	296
CONTRATO REAL	296
CONTRATO CONSENSUAL	296
CONTRATO SOLEMNE	296
CONTRATO NOMINADO	297
CONTRATO INNOMINADO	297
CONTRATO DE DELIBERACIÓN	297
CONTRATO DE ADHESIÓN	297
CONTRATO DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA	298
CONTRATO DE EJECUCIÓN SUCESIVA	298
CONTRATO INDIVIDUAL	298
CONTRATO COLECTIVO.....	298

CONTENIDO DE LOS CONTRATOS	299
1. ESENCIALES	299
2. NATURALES	299
3. ACCIDENTALES	299
REQUISITOS DE FONDO DE LOS CONTRATOS	299
CONTRATOS CIVILES NOMINADOS	299
CONTRATO DE COMPRAVENTA	300
Caracteres	300
Capacidad	301
Forma y requisitos	301
Arras	302
1. Penitenciales	302
2. Confirmatorias	302
El precio	302
La cosa vendida	303
Obligaciones del vendedor	303
1. La entrega de la cosa vendida	303
2. Saneamiento de la cosa vendida	304
Obligaciones del comprador	305
Cláusula de no transferencia de dominio	305
Pactos accesorios	306
1. Pacto comisorio	306
2. Pacto de retroventa	306
3. Pacto de adición en día	307
CONTRATO DE PERMUTACIÓN	307
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	308
Caracteres	308
Objeto	308
Precio	308
Obligaciones del arrendador	308
Obligaciones del arrendatario	309
Reparaciones	310
1. Necesarias	310
2. Locativas	310
Especies de arrendamiento	310
1. Contrato de obra	310
2. Contrato de construcción de edificio	311
3. El leasing	311
CONTRATO DE SOCIEDAD	311
Caracteres	311
CONTRATO DE MANDATO	312
Caracteres	312
División	312
1. Individual	312
2. Colectivo	312

3. Especial	312
4. General	312
5. Legal	312
6. Contractual	312
Administración del mandato	312
Obligaciones del mandatario	313
Obligaciones del mandante	313
Terminación del mandato	313
CONTRATO DE COMODATO	314
Caracteres	314
Obligaciones del comodatario	314
Obligaciones del comodante	314
CONTRATO DE MUTUO	314
Caracteres	315
Intereses	315
1. Convencionales o contractuales	315
2. Legales	315
3. Corrientes	315
Obligaciones de las partes	315
CONTRATO DE DEPÓSITO	316
Caracteres	316
Clasificación	316
Depósito propiamente dicho	316
Secuestro	317
a) Convencional	317
b) Judicial	317
CONTRATOS ALEATORIOS	317
Clasificación	317
El juego	317
La apuesta	317
La constitución de renta vitalicia	318
CONTRATOS ACCESORIOS	318
Clasificación	318
La fianza	318
La prenda	319
La hipoteca	320
La anticresis	321
CONTRATO DE TRANSACCIÓN	322
CONTRATOS MERCANTILES NOMINADOS	322
CONTRATO DE COMPROVENTA	323
Caracteres	323
Capacidad	323
Arras	323
Obligaciones del vendedor	324
Venta a plazo con garantía prendaria	325

Venta con reserva de dominio	325
Obligaciones del comprador.....	325
CONTRATO DE PERMUTACIÓN.....	325
CONTRATO DE SUMINISTRO	326
Caracteres	326
CONTRATO DE TRANSPORTE	326
Obligaciones del transportador	327
Obligaciones del usuario, remitente o pasajero	328
Derechos de retención	329
Prescripción	329
CONTRATO DE SEGURO	329
Partes	329
1. El asegurador	329
2. El tomador	329
Elementos esenciales	329
1. El interés asegurable	329
2. El riesgo asegurable	330
3. La prima	330
4. La obligación condicional del asegurador	330
Póliza	331
a) Nominativa	331
b) A la orden	331
c) Flotante o automática	331
Siniestro	331
Clases de seguros	331
a) De daños	331
b) De personas	331
c) Terrestres, marítimos, aéreos, etc.	331
d) Públicos y privados.....	331
Obligaciones del tomador	331
Obligaciones del asegurado	332
Obligaciones del asegurador	332
Prescripción	333
Reaseguro	333
CONTRATO DE MUTUO	334
Obligaciones del mutuario	334
Obligaciones del mutuante	334
CONTRATO DE DEPÓSITO.....	335
Obligaciones del depositario	335
Obligaciones del depositante	335
Depósito en almacenes generales	335
CONTRATO DE HOSPEDAJE	336
Obligaciones del empresario hotelero	336
Obligaciones del huésped	337
Terminación	337

CONTRATO DE PREnda	337
Clases	337
1. Con tenencia de la cosa	337
2. Sin tenencia del acreedor	337
Obligaciones del deudor prendario	338
Obligaciones del acreedor prendario	338
Prescripción	339
CONTRATO DE ANTICRESIS	339
Obligaciones del acreedor	339
Obligaciones del deudor	339
LA FIDUCIA	339
Prohibiciones	340
Obligaciones del fiduciario	340
Derechos del beneficiario	341
Derechos del fiduciante	341
Extinción de la fiducia	342
CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE	343
Terminación	343
CONTRATO DE MANDATO	344
Clases	344
Obligaciones del mandante	344
Obligaciones del mandatario	344
Terminación del mandato	345
Especies de mandato	345
La comisión	345
Obligaciones del comisionista	346
Comisión de transporte	346
Agencia comercial	347
Obligaciones del agente	347
Derechos del agente	347
Terminación por justa causa	348
Prescripción	348
Preposición	348
CONTRATO DE CORRETAJE	349
Obligaciones del corredor	349
Corredores de seguros	349
CONTRATO DE EDICIÓN	350
Regalía	350
Contenido del contrato	350
Derechos del autor	350
Obligaciones del autor	351
Derechos del editor	351
Obligaciones del editor	351
CONTRATO DE CONSIGNACIÓN	352

CONTRATOS BANCARIOS	353
Cuenta corriente bancaria	353
Depósito a término	354
Depósito de ahorro	354
Apertura de crédito y descuento	355
Carta de crédito	355
Cajillas de seguridad	356
CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	357
NOTAS	359
BIBLIOGRAFÍA	371
ÍNDICE DE MATERIAS	375

PRÓLOGO

El conocimiento y respeto que los individuos tienen de las normas que los rigen, constituyen uno de los factores determinantes del progreso cultural de los pueblos. No existe, además, un marco cultural formativo del hombre del Siglo XX, sin un mínimo de saber jurídico, especialmente referido al contenido de una “Introducción” al Derecho, que lo capacite para integrarse conscientemente al orden social del cual hace parte.

El presente libro no tiene otra pretensión que poner al alcance de toda persona que se inicie en el estudio de la ciencia del Derecho, un conjunto de conocimientos jurídicos básicos que le permitirá una visión general de esa disciplina imprescindible y que, a más de vincularla mejor a la colectividad le facilitará la comprensión de sus diferentes ramas que con posterioridad desee conocer más a fondo.

Este texto, que es en gran parte un compendio de las conferencias de clase, ha salido a la luz pública, no solamente por la sugerencia de los amigos y discípulos que leyeron los originales, sino porque el autor ha percatado en el actual medio bibliográfico nacional, la carencia de una obra de este género que, como la presente “Introducción al Derecho”, sea práctica, didáctica, un poco elemental si se quiere, sin demasiado rigorismo técnico y ajena a complejidades filosóficas y extenuante erudición, que satisfaga una necesidad urgente en el ámbito universitario, no solamente en las Facultades o Escuelas de Derecho propiamente, sino, en especial, en otras de índole distinta tales como las de Contaduría Pública, Economía, Administración de Empresas, Comercio Internacional, etc., en cuyos programas se contemplan con gran acierto aunque con deficiente amplitud e intensidad, asignaturas de naturaleza jurídica.

Es difícil señalar, como ya se anotó en el prólogo de la primera edición, cuál es el objeto exacto, cuáles las nociones que deben considerarse en una “Introducción al Derecho”; de ahí que los tratadistas en este campo se exponen a incurrir en yerro, ya sea por defecto, al no tratar, o apenas mencionar o contemplar superficialmente algunas materias que seguramente son

fundamentales; o por exceso, por ser el cúmulo de nociones desarrolladas, con mayor o menor extensión, que fácilmente invaden los terrenos del enciclopedismo. Para superar esta dificultad, el autor de este trabajo ha procurado, con base en su experiencia docente, ubicarse en un punto equidistante. Para lo cual ha dividido el texto en dos partes independientes entre sí. La una, la primera, que corresponde precisamente a la "Introducción", en la que se estudian materias estimadas como sustanciales en el conocimiento del Derecho cuales son sus elementos esenciales, su naturaleza, sus fuentes, el sujeto, los atributos de la personalidad, etc., que configuran, como se expresó al comienzo, instrumentos conceptuales básicos para una posterior incursión en áreas jurídicas más densas, como el Derecho Comercial, por ejemplo. Y la otra, la segunda parte, que se ha denominado "Suplemento" referida sucintamente a tres asuntos particulares del Derecho como son los "Derechos Reales", los "Derechos Personales" u "Obligaciones" y los "Contratos", indudablemente de mucha trascendencia y que componen asignaturas específicas en cursos más avanzados de la Carrera de Derecho y que debido a su misma especialidad, no aparecen contempladas en los programas de estudio de las otras carreras profesionales.

La buena acogida que tuvo la publicación inicial de este texto, ha servido de estímulo para efectuar esta novena edición, en la cual no se ha modificado en modo alguno el plan de desarrollo en la primera, pues solamente se amplían algunos conceptos, se agregan los contratos mercantiles, normas y se actualizan nociones de acuerdo con las nuevas disposiciones de derecho positivo principalmente la Constitución Nacional de 1991.

No sobra advertir, para terminar y como se expresó también en la edición anterior, que los temas tratados en este texto, lo han sido de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano actualmente en vigencia, cuyo contenido manifiesta en parte, particularmente en el campo del derecho privado, un espíritu sensiblemente tradicional.

EL AUTOR

PRIMERA PARTE

Capítulo I

FINES DEL DERECHO

RELACIONES SOCIALES

El hombre es un ser naturalmente social, un animal político ('*Zoon politikon*') como tan certeramente expresara el maestro Aristóteles (Estagira, 384-322 a. C.), entendiendo por '*político*' la esencial relación del ser humano con sus semejantes de la ciudad ('*polis*'), Estado o Sociedad. Esta sociabilidad connatural al hombre ('*appetitus societatis*') determina que necesariamente éste tenga que convivir con sus congéneres, de lo contrario perecería irremediablemente¹. Esta vida en comunidad hace que entre sus miembros componentes se engendren relaciones sociales de diversa índole (económicas, sexuales, psicológicas, afectivas, morales, religiosas, intelectuales, etc.), cuya complejidad y variedad están en razón directa con el grado de desarrollo y refinamiento del medio social.

Dichas relaciones sociales, debido a la tendencia egocéntrica del ser humano y a su natural desigualdad psicofísica individual, no pueden dejarse que actúen libre e ilimitadamente porque, en esas circunstancias de desorden y de ausencia de reglas coercitivas que todos los individuos asociados estén obligados a reconocer y obedecer, los conflictos que se deriven del imperativo de satisfacer las necesidades que inevitablemente se presentan entre los hombres (comida, etc.), serían dirimidos, haciendo estos justicia por sí mismos, en forma antojadiza, irracional, parcializada y violenta y asaz lesiva para las partes más débiles e ingenuas, lo que inexorablemente conduciría al grupo a una situación de caos ausente de toda autoridad y su consiguiente destrucción (anarquía) o a la implantación de un régimen político arbitrario, injusto, caprichoso, absoluto y omnímodo por parte del individuo más fuerte y dominante (despotismo). De ahí que sea imprescindible reglamentar esas relaciones, encauzarlas científicamente hacia una meta de equidad y equilibrio sociales. Por ello, la actividad humana debe someterse a normas de conducta externa de obligatorio cumplimiento que conforman, precisamente, el llamado

DERECHO (Objetivo); reglas estas que, según su contenido de justicia (Commutativa, Distributiva y Social), acercan más o menos al ideal de armonía y perfeccionamiento que insistentemente busca la comunidad. No se puede concebir una colectividad humana sin una organización jurídica, lo mismo que una '*polis*' o un Estado que no se apoyen sobre un principio de ordenamiento de derecho. Una agrupación de hombres que no esté sometida a normas de conducta de obligatorio cumplimiento, es decir, a reglas jurídicas, no pasa de ser un montón de individuos que, por no estar unidos espiritual y materialmente por los mismos anhelos, esperanzas y necesidades y, sobre todo, por no estar obligados a seguir una línea de conducta común, pronto se anarquizaría determinando, por consiguiente, que los intereses divergentes y contrarios de los individuos choquen obligatoriamente por falta de racional encauzamiento, dando como único producto el aniquilamiento del grupo. El Derecho es, por tanto, el exclusivo e insustituible instrumento conocido hasta el presente de que se vale el grupo social para conseguir sus fines y mantenerse a la justa distancia entre esos dos extremos negativos (anarquía y despotismo). Esta aspiración, junto con la implantación de la Justicia y la consiguiente armonía social, constituye la principal finalidad del Derecho. "Por su propia naturaleza, expresa al respecto Bodenheimer, el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno"²².

Pero si la Sociedad y el Estado se apoyan esencialmente en un cimiento estrictamente normativo de naturaleza jurídica, no quiere decir ello que primero haya existido la '*norma*' como base y sobre ella se hubieren levantado las estructuras colectivas y estaduales. No, puesto que la Sociedad, el Estado (familia, ciudad, nación) y el Derecho, como otros fenómenos sociales (economía, moral, etc.) son coetáneos y correlativos. Nacieron a un mismo tiempo y se desarrollaron conjuntamente, conservando siempre la relación, la concomitancia y el paralelismo, en términos generales, correspondientes a su propia función determinada en el medio social. Estos elementos que dimanan directamente de la '*sociabilidad*' humana son consustanciales, tienen conjuntamente la misma finalidad y desempeña cada uno su propia actividad sustantiva recíprocamente condicionada.

Se puede afirmar, para terminar este capítulo, que la Historia Humana, subjetivamente considerada, a todo lo largo del tiempo y del espacio, no es más que una serie de juicios esencialmente referidos a la constante

lucha, en todas sus formas, de todos los hombres para implantar el Derecho, por hacer mediante él, más armónica y equitativa la existencia colectiva procurando que los bienes del mundo cósmico y de la cultura beneficien indiscriminadamente a todos los individuos, en fin, para hacer menos difícil, más agradable y más segura la vida de los seres humanos. Esta lucha ha sido ardua y cruenta y sus progresos muy lentos, pero cada día las gentes van teniendo una mejor y más clara conciencia de la Justicia y convivencia sociales.

Capítulo II

DEFINICIÓN DEL DERECHO

DEFINICIONES VARIAS

La palabra DERECHO (Lat. '*Directus*', p. p., de '*dirigere*', enderezar, conducir, alinear) etimológicamente significa, indicando su carácter normativo, '*lo que conduce rectamente*'.

El nombre ('derecho') con que se designa esta imprescindible disciplina social lleva en muchas lenguas la idea de rectitud, corrección, orden, etc. Por ejemplo, '*diritto*', en italiano; '*right*', en inglés; '*droit*', en francés; '*recht*', en alemán; '*direito*', en portugués, etc.

En su acepción más general, objetivamente considerado el Derecho es un '*conjunto de normas obligatorias que determinan las relaciones de los hombres con sus semejantes*'. Con más simplicidad el Derecho puede definirse como '*la regla de conducta social obligatoria*', siendo su objeto esencial la reglamentación obligatoria de las relaciones sociales, o sea la disciplina colectiva.

Los múltiples aspectos (origen, contenido, forma, finalidad, naturaleza, utilidad, etc.) que ofrece la estructura compleja del Derecho, han impedido que se pueda dar, expresándola en la forma breve de una definición, una noción precisa, clara e integral de él, haciendo pensar ello a algunos expositores que el Derecho '*pertenece a ese orden de cosas que se comprenden mejor cuando no se definen*'.

Como no siempre los tratadistas han tomado como fundamento unos mismos factores, aspectos o características del Derecho, se han formulado muchas y muy variadas definiciones de esa noble y apasionante ciencia, más o menos aceptables, pero ninguna de ellas lo suficientemente completa que agote su contenido y que convenga en su totalidad a todos y cada uno de los sistemas, doctrinas, escuelas, tendencias y puntos de vista que se exponen y desenvuelven en el amplio y complejo campo del Derecho.

Por la finalidad y sencillez de este texto, nos limitaremos únicamente a transcribir unas cuantas definiciones de las muchas que, hasta el presente, los

autores y estudiosos de la ciencia jurídica han expresado, algunas considerando el Derecho subjetivamente, es decir, como una facultad o poder de obrar de acuerdo con una atribución conferida por el ordenamiento jurídico, otras, las más, viéndolo desde el punto de vista objetivo, o sea como un mero conjunto de normas o reglas obligatorias de conducta externa. Veamos:

Celso decía que el Derecho “es el arte de lo bueno y de lo equitativo” (*jus est ars boni et aequi*');

Burlamaqui afirmaba que el Derecho “no es otra cosa que todo lo que la razón aprueba...”;

Hobbes expresa que el Derecho es “una facultad de resistir, subyugar, dañar, matar, etc...”;

Kant entendió el Derecho como “el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad”;

Rosmini consideró que el Derecho “es una facultad de hacer lo que nos plazca bajo el amparo de la ley moral”;

Surville afirma que el Derecho “es el conjunto de reglas a las cuales, bajo la sanción del poder social, está sometido el uso que el hombre hace de su libertad en sus relaciones con sus semejantes”;

Duguit manifiesta que “la regla de derecho es una línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto es considerado en un momento dado, por un grupo social, como la garantía del interés común y cuya violación trae la reacción colectiva contra el autor de la violación”;

M. A. Boistel comenta que el Derecho “es una actividad personal, protegida por la moral, que impone a los hombres el deber de respetarla y autoriza el empleo de la fuerza para constreñirlos en su cumplimiento”;

Massé y Vergé intenta la siguiente definición de Derecho: “Es un conjunto de leyes, a cuya observancia puede el hombre ser constreñido, por una fuerza exterior o física...”;

Bufnoir sostiene que “el Derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la sanción del poder social, la libertad del hombre en conflicto con la libertad de los demás”;

Ihering dice que “el Derecho es la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por el poder del Estado, mediante la coacción externa”;

Round define el Derecho como “el control social ejercido por la aplicación sistemática de la fuerza de que dispone una sociedad políticamente organizada...”;

Marcadé considera que el Derecho “es el conjunto, o más bien el resultado general de las disposiciones de las leyes, a las cuales el hombre está sometido, con la facultad de observarlas o violarlas...”;

F. Geny, por su parte, expresa: “El Derecho se presenta a nosotros como el conjunto de las reglas, a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una sanción social, en caso de necesidad coercitiva, son o tienden a ser provistas de semejante sanción y de ahora en adelante se ponen bajo la forma de mandatos categóricos dominando las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad”;

Stammler definió el Derecho como “la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable”;

Baudry-Lacantinerie manifiesta que el Derecho “es el conjunto de preceptos que rigen la conducta de los hombres en relación con sus semejantes, por cuyo medio, es posible, al mismo tiempo que justo y útil, asegurar su cumplimiento por medio de la coacción exterior”;

Radbruch, por su parte, expresa que el Derecho puede definirse “como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social”;

Bonnecase, manifiesta que en la acepción integral del término, el Derecho puede definirse como “el conjunto de reglas de conducta exterior que, consagradas o no expresamente por la ley en el sentido genérico del término, aseguran de manera efectiva en un medio dado y en una época dada la realización de la armonía social sobre el fundamento de las aspiraciones colectivas e individuales, de una parte, y, de otra, sobre una concepción, por poco precisa que sea, de la noción de derecho”;

Valencia Zea sostiene que “el Derecho es el conjunto de normas que someten a regulación las relaciones que nacen entre las personas que viven en sociedad en la satisfacción de sus necesidades a fin de asegurar el orden social”;

Pineda, siguiendo a Hubert, expresa que “en una concepción más amplia, la ciencia del Derecho es la ciencia de los hechos jurídicos. Los hechos jurídicos son, en el conjunto de las relaciones sociales, los que contienen en su envoltura la representación de una norma obligatoria, es decir, de una norma cuya violación da nacimiento a una sanción predeterminada en su naturaleza y en sus condiciones de aplicación...”;

La Enciclopedia Monitor define el Derecho como “normas o conjunto de normas que tienen por objeto conservar la necesaria proporción en las relaciones esenciales a la vida social humana, mediante la previa atribución a cada uno de ‘*lo suyo*’ y la garantía de serle dado o respetado por los demás...”; etc.

En consideración a lo anteriormente transscrito, para los fines limitados de este texto y haciendo abstracción de las ‘fuentes reales’ del Derecho, se puede intentar una definición formal del mismo, es decir, desde el punto de vista objetivo, que se formularía así: *Ciencia que trata del conjunto de normas obligatorias que regulan las relaciones interhumanas a fin de suplir satisfactoria y equitativamente las necesidades de los individuos y asegurar la justicia y armonía sociales.*

EL DERECHO COMO CIENCIA

Para muchos tratadistas no hay duda alguna acerca del carácter científico del Derecho, pues, arguyen, éste tiene su objeto propio y específico, cual es, además de la regulación de las relaciones sociales mediante las normas obligatorias vigentes (‘Fuentes Formales del Derecho’), el conjunto de elementos objetivos, especialmente, que conforman las denominadas ‘Fuentes Reales del Derecho’ y cuyo basamento científico es suministrado por las ciencias positivas que estudian fundamentalmente al hombre y al grupo social (Sociología, Economía, Psicología, Moral, etc.). “Sabemos —comenta el profesor Bonnecase— que la ciencia del Derecho ‘strictu sensu’ tiene por objeto el estudio de las fuentes reales tomadas en sí mismas y en sus datos...”³. A más de esto, agregamos, el Derecho como ciencia constituye un conjunto de conocimientos críticos y teóricos sistemáticamente organizados de acuerdo con pautas objetivas, que hacen parte del saber humano; así como también, en procura de medir, registrar y analizar los fenómenos jurídicos, tiene un método determinado: el método mixto (filosófico-científico). En efecto, si se trata de los fenómenos singulares de la realidad jurídica a fin de averiguar las leyes generales que los rigen, se utiliza el método científico (observación, experimentación, verificación, inducción, etc.); pero cuando el acopio de datos es insuficiente que impide una adecuada generalización, se hace indispensable una seria reflexión sobre ellos, a fin de ubicarlos dentro de un posible marco hipotético, recurriendo para ello al método filosófico (deducción principalmente). Al respecto Caamaño expresa: “Es fuerza recurrir en las ciencias normativas como el Derecho a combinaciones y cambios de métodos, o, más propiamente, a un sincretismo en los métodos de investigación. Ocurre dejar el científico para recurrir al filosófico, de acuerdo con la naturaleza de

los objetos y la profundidad del estudio: así, cuando postulando un determinismo social, tratamos de averiguar la existencia de leyes constantes y universales que rigen los hechos y los fenómenos de la realidad jurídica, se tratará del método científico, propio de las ciencias sociales, que no es otro que el método comparativo de la Sociología; en tanto que, cuando ante la insuficiencia de los datos reales nos es preciso reflexionar sobre lo que sabemos para formular una teoría, o sobre los resultados obtenidos por el espíritu al aplicar a aquellos datos o hechos la observación y la experimentación, procediendo entonces al análisis y a la crítica racional, para deducir consecuencias hipotéticas, será el caso de apelar al método filosófico. Se acuerda así al Derecho, en la adopción del método, la parte que corresponde a la inducción sociológica y la que pertenece a la deducción filosófica, como exigencia de su naturaleza compleja y del estado embrionario, al menos, de las ciencias sociales. En este sentido se dice que el método empleado en la teórica del Derecho es un método mixto”⁴.

Para otros pensadores (Kirchmann, etc.), sin embargo, el Derecho no alcanza a tener realmente la categoría de una verdadera ciencia, al menos en el exacto sentido del término, pues, argumentan, su objeto (se refieren al Derecho Positivo concretamente) es efímero y cambiante según tiempo y lugar, cuando el objeto de una auténtica ciencia se caracteriza por su inmutabilidad, por su permanencia e inmovilidad temporal y espacial; que el Derecho no está regido, agregan, como las ciencias verdaderas, por leyes determinadas de carácter general; que mientras que el objeto de las ciencias es ajeno a cualquier estado de ánimo, el Derecho está impregnado de emotividad y sentimentalismo; que mientras el objeto de las ciencias es completamente ajeno a la voluntad del hombre, el del Derecho es obra del querer, generalmente caprichoso, arbitrario o parcializado, del legislador.

Por vía de información no sobra transcribir lo que al respecto expuso en su oportunidad (1848) H. J. von Kirchmann: “Los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura...”. Y más adelante agrega: “Todas las ciencias tienen leyes y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias en todos los

tiempos tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La Tierra sigue girando alrededor del Sol, aunque Tolomeo convirtiera en ley lo contrario... Otra cosa ocurre con las leyes positivas del Derecho. Respaldadas por la fuerza, se imponen verdaderas o falsas al objeto... Si en todos los demás campos, el saber deja incólume el ser, retrocediendo con veneración ante él, la ley positiva en el derecho consigue todo lo contrario. El saber, aun el falso y deficiente, se sobrepone al ser..."⁵.

Capítulo III

EL DERECHO Y OTRAS CIENCIAS

RELACIONES DEL DERECHO CON OTRAS CIENCIAS

Entre los hechos o fenómenos sociales se encuentran los '*hechos jurídicos*', o sean aquellos que, "en el conjunto de las relaciones sociales contienen en su envoltura la representación de una norma obligatoria". Los hechos jurídicos sólo se producen en los grupos sociales, de ahí que el Derecho, que es un fenómeno típicamente cultural, sea una rama de las Ciencias Sociales.

El Derecho está íntimamente relacionado con otras ciencias, las cuales, como él mismo, son también de naturaleza social.

El estudio del Derecho no puede hacerse independientemente del de otras ciencias que, como la Moral, la Sociología, la Economía, la Psicología, la Historia, etc. (Fig. 1), tienen íntima relación con él, de tal suerte que cuando una norma de Derecho positivo se dicta haciendo caso omiso de una o varias de esas ciencias según la naturaleza del objeto a regular, se expone a ser inoperante o desobedecida por los miembros del grupo social.

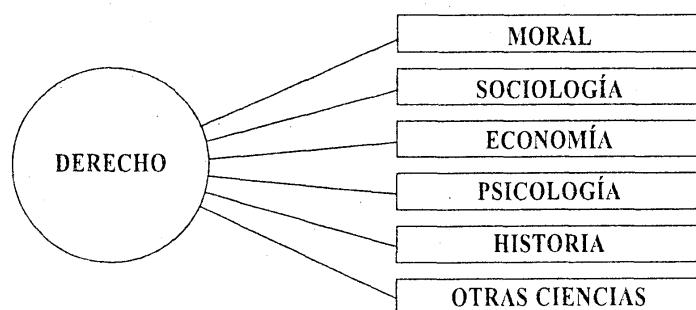


Figura No. 1

EL DERECHO Y LA MORAL. La Moral (lat. ‘*Moralis*’, ‘*mos*’, costumbre) “es la ciencia que define las leyes de la actividad libre del hombre”, es decir, que trata del empleo que el ser humano debe hacer de su libertad para conseguir su “*fin último*”. La Moral ha sido definida también como la “ciencia del bien y del mal”⁶ o con mayor simplicidad y menos metafísicamente al decir de Durkheim: “La moral es la ciencia de las costumbres”. Algunos pensadores contemporáneos, por su parte, afirman que la Moral ‘*está determinada en su esencia misma por las condiciones histórico-sociales concretas*’.

Entre el Derecho y la Moral existen muchas similitudes, pues además de ser las dos productos sociales, ambas son disciplinas normativas (Ciencias del ‘*deber ser*’ que señalan reglas de conducta a los individuos que viven en sociedad), que persiguen el mismo fin de imprimir al hombre una orientación, de suministrarle una dirección, una línea de comportamiento. Empero el Derecho y la Moral constituyen ciencias autónomas, distintas, independientes, de contenidos propios y específicos.

En efecto, mientras el derecho, cuyo objeto son las relaciones interpersonales, rige en el campo externo de la conducta (fuero externo) y va en pos de la justicia, la Moral, que tiene por objeto al hombre en cuanto individuo, actúa sobre una área vastísima que se extiende hasta los más recónditos y reservados pensamientos sin trascender del terreno de las intenciones (fuero interno) y se dirige hacia el ideal del perfeccionamiento humano; es decir, que en tanto que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres (heteronomía), la Moral rige la intimidad de sus vidas (autonomía). “El Derecho, expresa al respecto Radbruch, no toma nunca en cuenta la conducta interior del hombre en gracia a ella misma, sino solamente por las consecuencias externas que puede acarrear. A la inversa de lo que ocurre con la moral, que sólo valora la conducta externa del hombre como expresión de sus intenciones, de su vida interior”⁷.

En tanto que la violación del Derecho implica una sanción positiva (garantía), íntegramente realizada en este mundo, la pena por la norma moral infringida consiste o en el remordimiento por el mal realizado, o la exposición al ridículo, o la reprobación por parte del grupo social a que se pertenece, o, para los creyentes, no pocas veces un castigo en la ‘*otra vida*’, en ‘*ultratumba*’, en el ‘*más allá*’...

Acerca de lo anterior señala Dorantes: “Según parece, fue Christian Thomasius (o Cristian Tomasio) el primero que abordó sistemáticamente la cuestión de distinguir el Derecho de la Moral. Decía este autor que en tanto

que los deberes morales se refieren al fuero interno del individuo, los jurídicos se relacionan con la conducta exterior del mismo. De aquí la primera diferencia: la interioridad de la moral y la exterioridad del Derecho. La segunda gran diferencia consiste en que la moral es incoercible; es decir, no puede ser aplicada por la fuerza, ya que nadie puede hacerse violencia a sí mismo, y el Derecho, por el contrario, es esencialmente coercible, es decir, puede ser impuesto por la fuerza...”⁸.

Por otro aspecto, el Derecho es menos exigente que la Moral, como que ciertas obligaciones morales quedan casi totalmente fuera del campo jurídico, así tenemos los deberes de gratitud, caridad, etc. Además, mientras existe una moral ‘individual’, que se aplica al hombre que vive aislado de sus semejantes, el Derecho únicamente puede imponerse al ser humano en cuanto es miembro del grupo social.

“El Derecho, comenta Latorre, es ante todo un mecanismo para imponer y garantizar un orden social, y lo que interesa son las conductas en la medida que afectan ese orden. De aquí que los móviles de nuestra conducta, la intención que perseguimos, datos todos ellos básicos para formular una calificación moral, sean indiferentes para el Derecho en cuanto no se manifiestan en una acción antijurídica. Por mucho que codiciemos los bienes ajenos, si nos abstengamos de robar sólo por miedo a ser descubiertos, cumplimos con la ley, aunque moralmente nuestra actitud no sea laudable. El Derecho se limita a exigir la observancia externa de esas reglas en cuanto son necesarias para la convivencia humana y la paz de la comunidad. Impone un ‘minimun’ ético sin el cual la vida social sería imposible”⁹.

Algunos autores (Ahrens, etc.) consideran que la diferencia esencial entre el Derecho y la Moral consiste en que los preceptos de ésta son invariables, absolutos, independientes de tiempo y lugar, mientras que las normas jurídicas son relativas y pueden variar según el grado de desarrollo cultural de los grupos sociales.

“La Moral, dice el profesor Marc Réglade, en el sentido tradicional de la palabra y el Derecho, son ambos ciencias normativas, pues se ocupan de las reglas que rigen el acto humano, que es un acto consciente. Sólo que, en tanto que la norma jurídica (como la norma económica o la regla costumbrista) no contiene sino un imperativo hipotético, la norma moral propiamente dicha contiene un imperativo categórico”¹⁰.

No obstante que los valores éticos no pueden confundirse en forma alguna con los valores jurídicos, ellos están íntimamente ligados entre sí,

ya que en toda norma de Derecho hay que considerar siempre en cierto modo su aspecto moral, es decir, los móviles y tendencias del elemento humano. Al respecto el mencionado Ahrens expresa: “No olviden los legisladores, los publicistas y los políticos, que no hay ley ni institución alguna que pueda mantenerse ni producir un bien social, si es contraria a las leyes de la moral y la conciencia; recuerden que los medios que pueden emplearse para obrar sobre los hombres, a más de legales y jurídicos, deben también ser morales”¹¹.

Refiriéndose a estas dos ciencias (el Derecho y la Moral), el profesor Bodenheimer comenta: “... que la difundida doctrina que ve el Derecho como la regulación externa de la vida social humana y la Moral como la regulación interna, no representa una verdad universal, sino que es meramente expresión de un cierto estadio del desarrollo del Derecho. Sin embargo, desde el punto de vista del jurista moderno, esta doctrina es superior a todos los otros intentos que explican la relación entre el Derecho y la Moral. Es la única doctrina que está adaptada a un orden social en el que el Derecho reina como instrumento supremo de control social. Es la doctrina que expresa la idea del ‘Estado de Derecho’, exigida por el Derecho en su forma más pura e ideal. En su forma pura el Derecho solo puede prevalecer en una sociedad donde sea el único instrumento de control coactivo externo del Estado”¹².

Formas de relación entre el derecho y la moral. En lo concerniente a la forma de relación entre el Derecho y la Moral, se han formulado varias posiciones o criterios que se pueden resumir en los tres siguientes:

1) La primera posición (Tradicional) afirma que el Derecho es simplemente una parte de la Moral provista de sanción positiva, es decir, que él “no es sino la moral en el sentido que ella es obligatoria”, o como decía Josserand: “El Derecho no es otra cosa que la Moral en la medida que éste reviste un carácter obligatorio”. Toda norma jurídica, desde este punto de vista, es simplemente una norma moral, pero no toda regla moral es un precepto de Derecho, pues dentro del orden moral está el orden jurídico y no al contrario. Es suficiente proveer de sanción positiva (garantía) a un precepto moral para trocarlo en regla de Derecho.

Este criterio se puede representar esquemáticamente (Fig. 2) mediante dos círculos concéntricos significando el mayor a la Moral y el menor al Derecho.

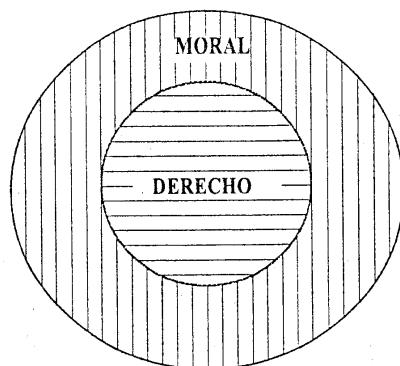


Figura No. 2

Esta posición, como es fácil apreciarlo, es falsa, pues obviamente hay actos que sanciona el Derecho y no castiga la Moral. Actos de operancia únicamente en la esfera jurídica y que no tienen nada que ver con el campo de la Moral. Por ejemplo, gran parte del Derecho Adjetivo o Procedimental, la mayoría de las Contravenciones, la casi totalidad de las disposiciones de carácter administrativo, etc.

2) La segunda posición (Separatista), como reacción al punto de vista anterior, sostiene que entre el Derecho y la Moral no existe ninguna relación, ya que tanto el uno como la otra tienen sus propias órbitas autónomas en las cuales se desenvuelven independientemente. Los sustentadores de este criterio '*separatista*' consideran que la Moral es independiente del Derecho y que están de hecho separados el uno de la otra. Que el Derecho se contempla y aplica en la manifestación de los actos humanos (regulación externa), y que la Moral se circunscribe al fuero interno del individuo sin más juez que la conciencia (regulación interna).

Este punto de vista se puede representar esquemáticamente (Fig. 3) mediante dos círculos separados, significando el uno el Derecho y el otro la Moral.

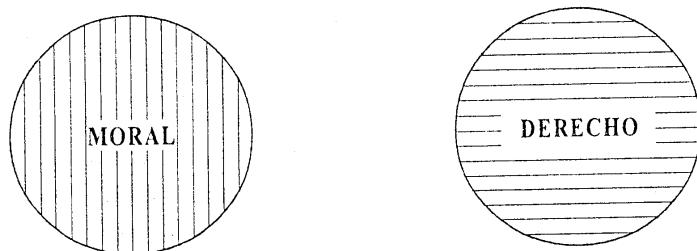


Figura No. 3

Esta posición, como la anterior (Tradicional) de la cual es su antítesis, es también falsa, pues hay actos que son sancionados por la Moral y también por el Derecho, que tienen ocurrencia en campos comunes a ambas ciencias. Por ejemplo, el homicidio voluntario (art. 323 C.P.), el acceso carnal violento (art. 298 C.P.), el falso testimonio (art. 172 C.P.), etc., que son actuaciones humanas que infringen a la vez la ordenación jurídica y el basamento moral.

3) La tercera posición (Científica), considerada como la más lógica y acertada y por tanto la de mayor validez, afirma que, no obstante que el Derecho y la Moral tengan sus propios e independientes dominios, hay una zona que es común a ambas ciencias; es decir, que hay no solamente normas morales de las cuales hace caso omiso el Derecho, sino también una parte más o menos extensa del Derecho que no tiene su fundamento en la Moral, y, además, un área común a ambas disciplinas, en la cual los actos humanos que la integran son sancionados a la vez tanto por el Derecho como por la Moral.

Este punto de vista que constituye la síntesis de los dos criterios anteriores, se esquematiza (Fig. 4) mediante dos círculos que se cortan (secantes), representando el uno la Moral y el otro el Derecho e indicando las zonas libres los dominios independientes de cada una de esas ciencias, y el área común (cuadriculada) aquella parte donde la Moral y el Derecho se confunden. Los actos humanos que corresponden a esa zona común infringen a la vez normas jurídicas y preceptos morales. Por ejemplo, el homicidio intencional, el cual como ya se dijo, es sancionado tanto por el Derecho (art. 323 C.P.), como por la Moral (Quinto Mandamiento del Decálogo), etc.

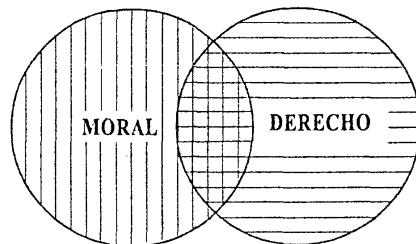


Figura No. 4

EL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA. La Sociología (Lat. *'socius'*, socio y Gr. *'logos'*, tratado, discurso) constituye una de las ciencias sociales más importantes y cuyo estudio ha despertado muchísimo interés en los últimos años. La Sociología tiene por objeto de estudio al hombre en sus relaciones con los demás hombres. Es decir, trata esta disciplina de los *'hechos sociales'* para descubrir sus leyes fundamentales. Estudia al hombre, o mejor, la

conducta humana como producto de la vida de la agrupación social a que pertenece. Con mayor simplicidad, se puede decir, que la Sociología es la ciencia que tiene por objeto las condiciones de existencia y desenvolvimiento de la sociedad, o “la ciencia positiva de los hechos sociales”¹³ o como diría Tönnies con más sencillez: “La ciencia de la convivencia humana”¹⁴. También se define la Sociología como “la ciencia de la sociedad, de la asociación, de las leyes de los fenómenos sociales” (Ward), o como lo expresa el maestro fundador de esta ciencia Augusto Comte: “Ciencia positiva de las leyes fundamentales de los fenómenos sociales”.

Tanto el Derecho como la Sociología ejercen su actividad sobre la ‘realidad social’ y estudian ambas los fenómenos sociales como si fueran “cosas”, es decir, susceptibles de ser aprehendidas por los sentidos. Empero, difieren estas dos disciplinas en que el Sociólogo limita su actividad a estudiar y analizar (utilizando los métodos científicos de investigación), los varios hechos sociales (hábitos, usos, modas, lenguaje, religión, mitos, etc.) con la única finalidad de agruparlos, clasificarlos y enunciar las leyes generales que los rigen. En tanto que el Jurista por su parte, va en pos de un ideal (ciencias del ‘deber ser’), es un orientador que trata de construir el orden social con los diferentes elementos que le suministra la realidad social.

Mientras que el dominio del Derecho es más profundo que el de la Sociología, el imperio de ésta es más amplio que el de aquél.

No sobra hacer mención de la llamada Sociología del Derecho que es la ciencia que estudia el proceso del desarrollo jurídico del grupo social y trata de descubrir las leyes generales que lo gobiernan.

EL DERECHO Y LA ECONOMÍA. El problema fundamental de la existencia del hombre es satisfacer sus necesidades, para lo cual debe utilizar los medios que para el efecto, no siempre con generosidad, le ofrece la naturaleza, procurando obtener de ellos el mejor provecho con el menor esfuerzo posible, lo que constituye precisamente la cuestión económica. De ahí que pueda definirse la Economía como la ciencia ‘que estudia el esfuerzo del hombre para la mejor satisfacción de sus necesidades’; concretamente trata esta disciplina de las leyes de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza.

La Enciclopedia Monitor expresa que la Economía “es la ciencia que estudia el trabajo humano, empleado directa o indirectamente, para la satisfacción de necesidades, es decir, para la creación de bienes”. Por su parte P. Nikitin, siguiendo la pauta trazada por Marx, define la Economía, más

concretamente la Economía Política, como “la ciencia del desarrollo de las relaciones sociales de producción, es decir, de las relaciones económicas entre los hombres. Estudia las leyes que gobiernan la producción y la distribución de los bienes materiales en la sociedad humana a lo largo de las diversas fases de su desarrollo”¹⁵.

Entre el Derecho y la Economía existen también variadas y muy íntimas relaciones, en tal forma, que ha llevado a eminentes pensadores a afirmar la existencia de una pretendida subordinación del primero a la segunda. Para el efecto, se recuerda que la Dialéctica marxista, al tenor de su teoría de la Determinación Económica del Derecho, considera que éste no es sino una ‘superestructura’ construida sobre una base económica; es decir, que el contenido y la forma del Derecho son modelados por los factores económicos, produciéndose así una dependencia del andamiaje jurídico a las relaciones económicas. En otras palabras, el marxismo juzga que el Derecho, igual que el Estado, es un fenómeno de la superestructura, siendo sus últimas raíces de naturaleza meramente económica y ajenas, por consiguiente, a cualquier otra razón. Pero de ello no debe inferirse que toda institución de Derecho tenga su causa inmediata en un hecho económico como si no fuera de él más que su simple reflejo pasivo, pues el Derecho, como superestructura que es, adquiere a su vez existencia propia, reaccionando por su parte sobre el acaecer económico que le ha servido de fundamento, cuando éste ya ha sido superado, produciéndose así un conjunto de influencias recíprocas entre la estructura y la superestructura. Por tanto, cuando se trate de un fenómeno jurídico concreto, debe el investigador, evitando dar una precipitada explicación económica simplista, estudiarlo con sumo cuidado, examinarlo detenidamente en todo su recorrido remontándose a sus orígenes hasta hallar su prístina fuente económica.

A propósito de la posición del marxismo respecto del Derecho, el tratadista Radbruch comenta: “Engels hubo de reconocer más tarde que tanto Marx como él, habían ‘desdeñado el aspecto formal del problema, en gracia al contenido’. Reconoce que el Derecho, aún dependiendo de la economía, se rige hasta cierto punto por leyes propias y admite, asimismo, que ‘los factores históricos, una vez creados por otros hechos, que son siempre, en última instancia, hechos económicos, reaccionan por su parte y pueden repercutir sobre su medio y sobre sus mismas causas’. La autonomía del Derecho entraña también, por tanto, la posibilidad de una interacción entre los hechos jurídicos y los económicos. Según Engels, las ideas, por ejemplo las formas del pensamiento jurídico, sólo ‘en última instancia’ pueden ser reducidas a causas

económicas. Si a esto añadimos que la concepción materialista de la historia no tiene la 'pretensión de sentar un dogma '*a priori*', sino que constituye simplemente un método o hipótesis especialmente fecunda, habremos reducido esta teoría a su verdadera significación"¹⁶.

Si bien es cierto, se arguye, que muchas normas e instituciones jurídicas son determinadas en forma notabilísima por las múltiples necesidades de orden económico, es evidente también la existencia de reglas de Derecho que no tienen nada que ver, por lo menos en forma directa, con el mundo de la Economía. En efecto, si algunos regímenes legales tales como los referentes a las sucesiones por causa de muerte, a la propiedad mueble e inmueble, a muchas operaciones contractuales, (compraventa, mutuo, arrendamiento, hipoteca, prenda, transporte, edición, etc.), los controles de precios, las tarifas de servicios, los aranceles, las actividades bancarias y bursátiles, etc., han de fundamentarse necesariamente con base del ordenamiento económico cuya incidencia en el orden jurídico es ostensible e inevitable, otros grupos de preceptos de derecho y ello es manifiesto también, tienen cimientos distintos al meramente pecuniario, así se tiene, valga el ejemplo, a los relativos a gran parte del Derecho Procedimental o Procesal (Adjetivo), a los referentes a no pocos fenómenos de naturaleza delictual, a otras muchas reglamentaciones de la actividad estatal puramente administrativa, a la mayoría de las ordenaciones contravencionales, a ciertas regulaciones con fundamento en el sexo, a otras de carácter familiar, a algunas derivadas de limitaciones, perturbaciones y deficiencias psíquicas, a las determinadas por la edad, etc.

Sea que exista una real subordinación del Derecho a los factores de índole pecuniaria o tal dependencia no pase de ser una simple apariencia o una exageración, lo cierto es que las reglas jurídicas que se dicten haciendo caso omiso de la palpable realidad de los fenómenos económicos, que contrarién la esencia misma de esos fenómenos, están de antemano condenadas al fracaso. Pero es inobjetable también que las actividades económicas requieren de un campo jurídico apropiado para que se desenvuelvan racional y sistemáticamente y puedan cumplir así su finalidad social debidamente.

Por otro aspecto, cuántas instituciones y reglas jurídicas no son comprendidas adecuadamente por desconocerse los principios económicos que les sirven de base, o cuando estos se conocen en forma insuficiente, defectuosa, fragmentaria o parcial. De ahí la necesidad de que el legislador se informe lo más exacta y profundamente que pueda de la realidad económica del medio social cuando haya la necesidad de dictar normas legales.

EL DERECHO Y LA PSICOLOGÍA. La Psicología es la ciencia que trata de los cambios o fenómenos que ocurren exclusivamente en el sujeto (subjetividad) y de cuya ocurrencia sólo éste tiene en parte conocimiento directo, es decir, los hechos psíquicos, a fin de que, mediante su observación y experimentación, se determinen sus causas y las leyes que los rigen. Estudia esta importante disciplina la '*vida psíquica*' no solamente en lo que concierne al individuo considerado aisladamente sino también en cuanto éste está en relación con sus congéneres. Por lo anterior se puede definir la Psicología, siguiendo a G. Fingermann, como la ciencia que estudia "los fenómenos o contenidos de conciencia, de sus condiciones y leyes de formación, producción y desarrollo".

El Derecho tiene también numerosas e importantes relaciones con la Psicología, concretamente con la Psicología Humana, como que muchas disposiciones jurídicas han de fundamentarse necesariamente en la estructura psicológica de los hombres, en su idiosincrasia, etc.

Buen número de reglas de Derecho positivo son determinadas en forma notable por las necesidades de orden psíquico de los miembros del grupo social. Así tenemos, por ejemplo, los fenómenos de la ira, el amor, las pasiones, las enfermedades mentales, los factores que inciden en los actos de legítima defensa, en el estado de necesidad, el miedo, el odio, etc.

Entre el Derecho y la Psicología existe una íntima relación, pero no subordinación del primero a la segunda. A veces es tan profunda esta relación que hace suponer al Derecho en función de la Psicología, pero ello no es así. Lo que sucede es que no se puede legislar contra la naturaleza de las cosas en cuanto ésta no sea susceptible de regulación, pues si se dicta una norma jurídica haciendo caso omiso de la estructura psicológica de los seres humanos, que contrarie la índole de ciertos fenómenos psíquicos, será inevitablemente desconocida y violada por los sujetos afectados.

EL DERECHO Y LA HISTORIA. Otra ciencia que es conveniente señalar y que contribuye a un mejor conocimiento de las fases jurídicas en el tiempo y el espacio, es la Historia del Derecho, cuyo objeto, a decir de Radbruch, es "el estudio del ser, el desarrollo y la acción del Derecho"¹⁷, es decir, hace referencia a cómo ha nacido, evolucionado en el transcurso del tiempo, el progreso obtenido, etc., el Derecho, a fin de aprovechar las experiencias que en este campo han obtenido otros pueblos, y el mismo grupo social naturalmente, en épocas anteriores.

Como se puede apreciar, las relaciones del derecho con la Historia son protuberantes, como que muchos fenómenos jurídicos del presente no pueden

entenderse e interpretarse debidamente si se desconocen su génesis y evolución en las distintas etapas del pretérito.

No sobra hacer mención también del denominado '*Derecho Comparado*' o mejor '*Ciencia del Derecho Comparado*'. Disciplina esta que, como su nombre lo indica y expresa Dorantes, "tiene por objeto cotejar comparativamente los distintos derechos positivos, nacionales y extranjeros, vigentes o abrogados, modernos o antiguos, para dilucidar qué instituciones jurídicas prevalecen a través del tiempo, qué problemas presentan, cómo han sido resueltos, y tomar las soluciones más adecuadas y mejor adaptables al medio jurídico en que se vive actualmente"¹⁸.

El Derecho Comparado, llamado por algunos '*Jurisprudencia Etnológica*', trata de hallar la relación que pueda existir entre los fenómenos jurídicos que en diversa forma se presentan en los diferentes grupos sociales y a través del tiempo, procurando descubrir sus posibles características variables o permanentes y sus formas evolutivas o constantes. El italiano Giuseppe Mazzarella, que prefería llamar a esta disciplina '*Etnología Jurídica*', la define diciendo que "es la ciencia que, por el estudio comparativo de las costumbres y de las leyes de todos los pueblos, arriba a la investigación del proceso general de desarrollo de las ideas y las instituciones jurídicas, a la de las causas que lo determinan, y a las leyes según las cuales ellas actúan". Y agrega que esta ciencia debe estudiar los fenómenos de su incumbencia desde los puntos de vista morfológico, estratigráfico, genealógico, psicológico y filosófico.

EL DERECHO Y OTRAS CIENCIAS. No está de más manifestar que no solamente las ciencias sociales anteriormente vistas están relacionadas con el Derecho, pues además de otras disciplinas de naturaleza social, también las llamadas '*Ciencias Naturales*' colaboran con él, en mayor o menor grado. Por ejemplo la Biología, la Fisiología, la Química, la Balística (parte de la Física), la Toxicología, etc., que son auxiliares muy importantes en el campo del Derecho Penal o Criminal, sin olvidar, claro está, ciencias abstractas tan imprescindibles como la Lógica y las Matemáticas.

IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE OTRAS CIENCIAS. Tan importante es para el desarrollo del Derecho (Positivo) el conocimiento de las ciencias sociales que, como ya se dijo, su ignorancia por parte de quien ha de dictar la regla jurídica (Legislador, etc.), (como también por parte de Jueces, Catedráticos, Abogados, etc.) significa la elaboración de normas de Derecho contraproducentes, ineficaces y no pocas veces absurdas e inoperantes. Se puede afirmar que todo precepto de Derecho que se dicte contrariando la naturaleza de las cosas está condenado al fracaso, a su inobservancia por

parte del grupo social. De ahí que en los últimos tiempos el estudio de la Psiquiatría Forense, la Sociología, la Economía, la Epistemología, la Historia, etc., se ha incrementado en forma notable en las Facultades o Escuelas de Derecho, en cuyos programas académicos dichas asignaturas ocupan un puesto de suma importancia. Asimismo, el estudio del Derecho, especialmente en las ramas Laboral, Comercial y Tributaria, se ha impuesto como una necesidad en las diferentes carreras de nivel medio y superior no estrictamente jurídicas, por ejemplo en las Escuelas de Publicidad, Mercadotecnia, Periodismo, etc., y en las Facultades de Contaduría Pública, Economía, Administración de Empresas, Comercio Exterior, Diplomacia, etc. Y esto, en razón de que se ha llegado a la conclusión que no se puede estudiar ninguna ciencia de orden cultural haciendo caso omiso de las demás disciplinas sociales.

Capítulo IV

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO

CLASES DE ELEMENTOS

En el Derecho, o más concretamente en la Regla Jurídica, se distinguen cuatro elementos esenciales inseparables e íntimamente relacionados entre sí. Estos elementos pueden representarse gráficamente mediante un tetraedro regular (Fig. 5), en que cada uno de sus vértices corresponde a cada uno de dichos elementos.

Estos elementos esenciales son los siguientes:

1. Un sujeto activo,
2. Un sujeto pasivo,
3. Una prestación, y
4. La garantía.

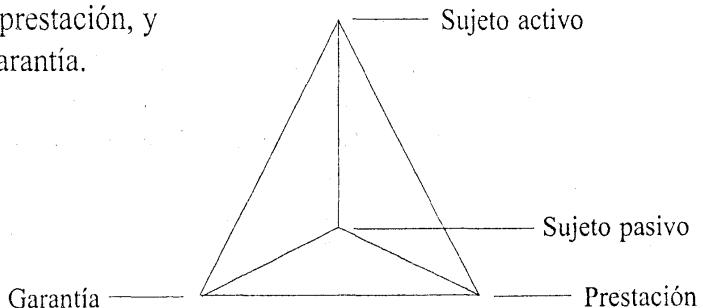


Figura No. 5

SUJETO ACTIVO. El Sujeto Activo, que necesariamente tiene que ser una persona, ya sea natural o jurídica, es el titular del Derecho, el beneficiario de la norma jurídica, es decir, aquel en cuyo beneficio o ventaja puede exigirse el cumplimiento de la regla de derecho, es, en términos de derecho privado simplemente el '*acreedor*'. Por ejemplo, respecto de la norma constitucional que '*garantiza el derecho de huelga*'¹⁹, todo trabajador es '*sujeto activo*'; en el contrato de Mutuo o Préstamo de Consumo, el sujeto activo o acreedor es el prestamista²⁰, etc.

SUJETO PASIVO. El Sujeto Pasivo, que también tiene que ser necesariamente una persona natural o jurídica, es aquel sobre quien recae la obligación de cumplir la norma en favor del titular del derecho, es decir, es el que sufre el imperio de la regla jurídica y es obligado a cumplirla en beneficio del sujeto activo, es, en el campo del derecho privado, simplemente el '*deudor*'. Por ejemplo, en el caso propuesto de la garantía del derecho de huelga, son sujetos pasivos todas las personas que habitan el territorio nacional; en el referido contrato de Mutuo el sujeto pasivo o deudor es el prestatario, etc.

Hay casos, como en los contratos bilaterales, en que las partes son recíprocamente sujetos activos y pasivos. Por ejemplo, en el Contrato de Compraventa tanto el vendedor como el comprador son mutuamente deudores y acreedores.

En el campo del Derecho Penal o Criminal hay una inversión en la denominación de los sujetos actuantes en el hecho delictuoso. En efecto, el Sujeto Activo es el individuo que ejecuta el acto criminoso, es decir, el que infringe el Derecho (delincuente). Y la persona que sufre la lesión del bien jurídico o del propio derecho, es decir, la que es perjudicada con la violación de la ley penal, constituye el Sujeto Pasivo. Por ejemplo, en el delito de Lesiones Personales²¹, el sujeto activo es el autor de las lesiones, el heridor, y el sujeto pasivo, la víctima, el herido.

Al respecto el profesor Gutiérrez Gómez expresa: "El sujeto activo del delito es la persona que ejecuta el acto delictuoso, la que viola el derecho. Sujeto pasivo del mismo, genéricamente es el Estado, ya que el delito viola una norma que aquél dictó; pero en realidad, es el hombre el sujeto pasivo, porque es él el que sufre la lesión del propio derecho o de bien jurídico (vida, integridad personal, honor, propiedad, etc.)"²².

PRESTACIÓN. La Prestación u Objeto de la regla jurídica, es la abstención o la actividad a que es obligado el Sujeto Pasivo en beneficio del titular del Derecho o Sujeto Activo.

Es conveniente no confundir el '*objeto*' de la norma de derecho o sea la Prestación (el '*hacer*' o el '*abstenerse*') con el '*objeto de la prestación*', o sea la cosa a que se refiere ese '*hacer*' o esa '*abstención*'.

Clasificación de las prestaciones. Las Prestaciones pueden ser de las siguientes clases:

1. De *dar*; o sean aquellas en que el deudor se obliga a transferir a su acreedor un derecho real sobre una cosa. Por ejemplo, en el contrato de Compraventa, constituye prestación de Dar por parte del vendedor '*hacer*

tradición de la propiedad o dominio' de la cosa vendida, y por parte del comprador '*pagar el precio*'; la prestación del donante es también de dar, etc.

2. De *hacer*, cuando el sujeto pasivo se obliga para con su acreedor a efectuar una determinada acción permitida por la ley. Por ejemplo, la obligación de '*conservar la cosa vendida*' por parte del vendedor mientras ésta es recibida por el comprador, es una prestación de Hacer; los servicios que debe prestar el trabajador a su patrono según lo acordado son también prestaciones de Hacer; de esta clase es también la prestación del arrendador, etc.

3. De *no hacer*, que son aquellas prestaciones en que el sujeto pasivo está obligado para con el sujeto activo a abstenerse de ejecutar determinados hechos, los cuales, de no existir convención o disposición normativa jurídica, le serían permitidos. Por ejemplo, es prestación de No Hacer, aquella que contrae el arrendatario de '*no usar la cosa arrendada para fines distintos a los estipulados*' en el contrato; cuando un colindante se compromete para con su vecino '*a no edificar sino hasta cierta altura*' para que éste no se prive de luz, es también prestación de No Hacer, etc.

Requisitos de la prestación. Las prestaciones, además de ser Positivas (Dar o Hacer una cosa) o Negativas (No Hacer o abstenerse de realizar determinado acto o una cosa), deben satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Determinación, es decir, que sean '*determinadas*', que se puedan precisar;
- b) Posibilidad, o sea que sean físicamente posibles;
- c) Moralidad, es decir, que sean permitidas por la moral vigente, y
- d) Licitud, o sea que no estén prohibidas por la ley.

GARANTÍA. Es necesario garantizar la observancia de la norma jurídica, de lo contrario se convertiría ella en un simple precepto ético (carente de sanción positiva) o en vana palabrería que provocaría su fácil e impune irrespeto y el consiguiente desequilibrio social. La Garantía (algunos tratadistas prefieren denominarla '*coerción*' o '*sanción*') es, por tanto, la fuerza externa que obliga al respeto de la regla jurídica y constituye el elemento esencial que permite diferenciar la norma de derecho propiamente dicha de cualquier otra clase de precepto.

La Garantía implica la existencia de una Autoridad Social que sancione coercitivamente al responsable de la violación de la regla jurídica. La efectividad del precepto de derecho se garantiza mediante el empleo de la coerción o sea la posibilidad de constreñir a su cumplimiento por intermedio de la fuerza pública. Lo anterior no significa de ninguna manera que el Derecho

se identifique con la fuerza, sino que muchas veces se necesita materialmente de ella para su defensa (coacción jurídica), de lo contrario el Derecho sería meramente un nombre vacío de fácil desobedecimiento. La fuerza debe subordinarse al Derecho; estar a su servicio, y no al contrario, pues como ya lo expresó León Duguit: “El derecho sin la fuerza es la impotencia; la fuerza sin el derecho es la barbarie”. El empleo de la fuerza no envuelve en modo alguno su abuso, pues ella debe utilizarse dentro de los precisos linderos que la misma regla jurídica señale.

Sobre el particular el profesor Pineda dice lo siguiente: “Dabin y Carré de Malborg coinciden en afirmar que la fuerza es lo que especifica al Derecho”. “Lo que especifica la regla de Derecho –dice el último– es que ella lleva en sí una fuerza de un género particular, una fuerza que le viene de que la nación, después de haber hecho un acto de potencia al dictarla, pone también su fuerza al servicio de esta regla, asegurando su ejecución por medio de la coerción de que dispone”. “Lo que caracteriza la regla de derecho positivo –dice Dabin– es que, dictada por la autoridad pública, es no solamente obligatoria sino que está revestida de un aparato de coerción exterior organizado por el Estado y destinado a procurar la observancia de la regla, aún por la fuerza en caso necesario; no hay derecho sin coerción y sin coerción pública”. “La coerción pública es de la esencia del derecho –continúa–, y es por ella que la regla jurídica se diferencia de todas las demás, de la regla moral, como de los usos y convencionalismos sociales”. Y más adelante agrega este autor: “En la concepción clásica, el derecho necesita la sanción exterior de sus reglas, sanción que para ser efectivamente segura no es otra que la sanción de la fuerza. El Derecho se realiza plenamente por la fuerza. Y será tanto más perfecto cuanto esta fuerza asegure mejor su imperio. La fuerza, no solamente eventual sino actual, debe intervenir para dar a la noción de derecho todo su valor. Cualquiera que sea la noción que del derecho humano se tenga, en su base encuentra siempre la fuerza como elemento indispensable de su acción...”²³.

Formas de acción de la autoridad pública. Desde el punto de vista de la observancia de la norma jurídica, es decir, de la garantía de su efectividad, la acción de la Autoridad Pública se manifiesta de dos maneras, así:

1. En su función '*preventiva*', que es la forma directa para asegurar el respeto del Derecho, impidiendo con los medios pertinentes la ejecución por parte de los individuos de actos que puedan violarlo. Por ejemplo, cuando la fuerza pública (policía, etc.) evita los desafueros que pueda cometer una turbamultá; las medidas cautelares (cauciones, embargos preventivos, etc.), etc.

2. En su función '*represiva*', o forma indirecta de protección del derecho, interviniendo después de la ocurrencia de los hechos violatorios del precepto jurídico, a fin de restablecer el equilibrio (*post facto*), alterado y sancionar al infractor. Por ejemplo, privando de la libertad al autor del delito de lesiones personales, cuando el Juez condena al responsable de un daño a indemnizar el perjuicio causado, etc.

Sanciones. Si se viola la norma de Derecho se ponen en actividad los medios que posee la Autoridad Social destinados a reparar o reprimir la falta, o sea las '*sanciones*'. Las sanciones constituyen, por consiguiente, las consecuencias desfavorables (penas) para el autor de la transgresión de la regla jurídica.

Las sanciones pueden ser de dos clases, así:

1. *Represivas.* Las Sanciones Represivas son las penas propiamente dichas y que implican variedad de afecciones al sujeto transgresor del mandato jurídico según la calidad y gravedad de la infracción. Estas penas pueden ser:

- a) Las que afectan la libertad del individuo infractor. Por ejemplo: Arresto, cárcel, prisión, presidio, destierro, restricción domiciliaria, expulsión del territorio nacional para los extranjeros, extradición, etc.
- b) Las que afectan la libertad laboral del individuo irrespetuoso del Derecho. V.gr., la prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; la pérdida del empleo público u oficial, etc.;
- c) Las que afectan ciertos derechos privados del sujeto transgresor de la norma de derecho, como sería, por ejemplo, la prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, etc.;
- d) Las que afectan los derechos políticos o sociales del infractor del precepto de derecho. Por ejemplo: la interdicción de derechos y funciones públicas priva de la facultad de elegir y ser elegido, etc.;
- e) Las que afectan la honra de las personas que han violado los mandatos legales. Por ejemplo, la degradación en el campo castrense, etc.;
- f) Las que afectan el patrimonio del individuo autor del hecho punible. V. gr.: Las multas, las confiscaciones, etc.;
- g) Las que afectan la integridad física y psíquica del sujeto transgresor del mandato jurídico. Por ejemplo: Los azotes, las mutilaciones, la tortura, etc., y
- h) La pena capital o máxima sanción que afecta la vida de la persona que ha quebrantado la disposición legal, es decir, la pena de muerte

Esta categoría de sanciones (represivas) pertenecen por lo general a la Rama del Derecho Público que se denomina Derecho Penal o Criminal. No sobra advertir que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla ningún tipo de sanción o pena que implique afección de la integridad psicofísica (torturas, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, etc.) de los individuos, mucho menos la pena capital, así como tampoco la esclavitud, el destierro, la prisión perpetua y confiscación.

Al respecto la Constitución Política de Colombia actualmente en vigencia (1991), dice:

“Artículo 11.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

“Artículo 12.- Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

“Artículo 17.- Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

“Artículo 34.- Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

“No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

En lo concerniente a la controvertida figura de la ‘extradicción’ (Lat. ‘ex’, fuera de y ‘*traditio*’, ‘*onis*’, entregar), que consiste en la ‘acción de entregar a un individuo a un Estado extranjero que lo reclama por un crimen cometido en su territorio’, la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 35, la prohibió expresamente respecto de los ‘colombianos por nacimiento’, situación ésta que posteriormente cambió sustancialmente al modificarse la mencionada norma en la Reforma Constitucional de 1997, la cual hechó marcha atrás, estableciendo (en verdad ‘revivió’) dicha medida, pero sin aplicación retroactiva, tal como se transcribe a continuación:

“Artículo 35.- La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer, de acuerdo con los Tratados Públicos y, en su defecto, con la Ley.”

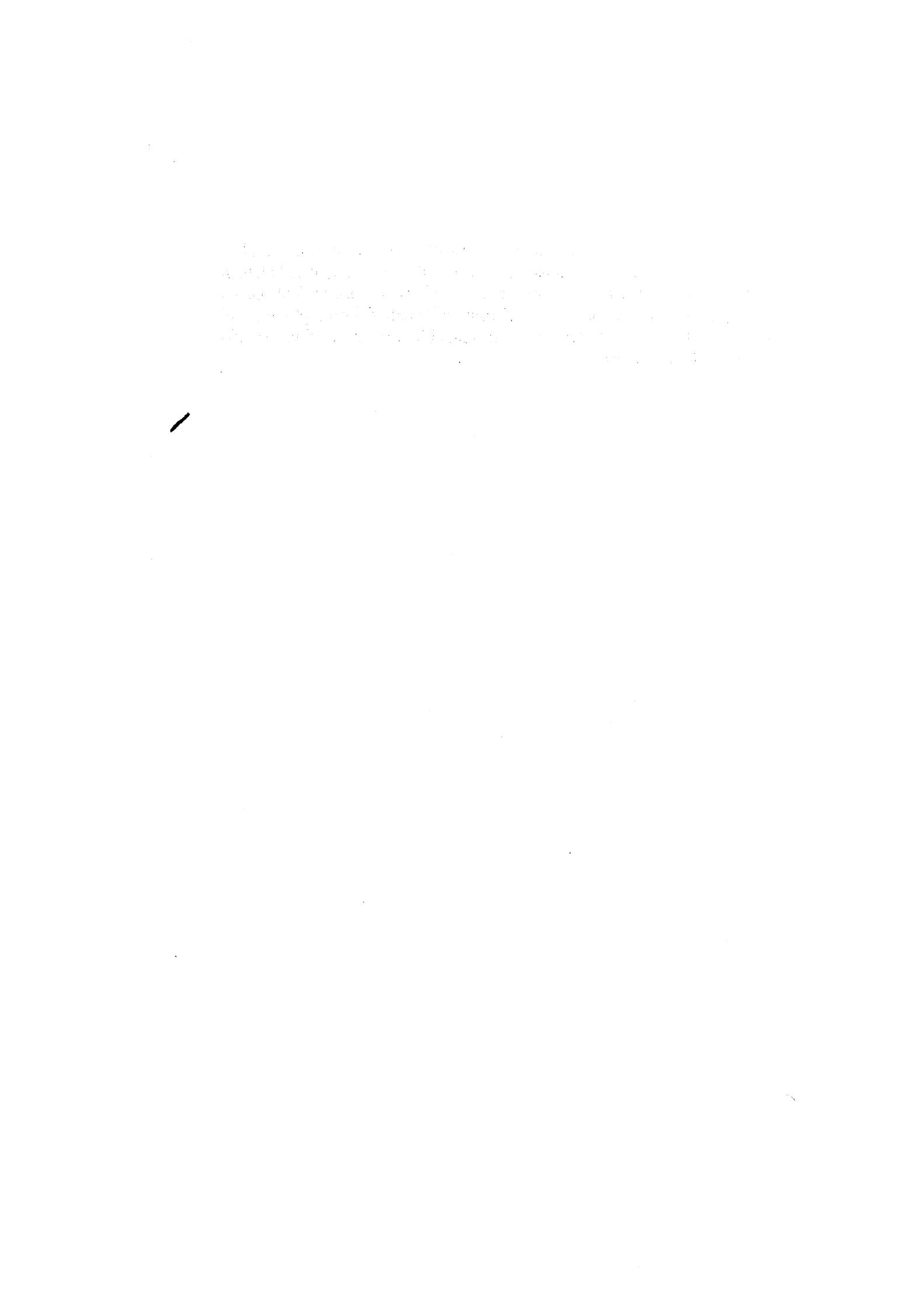
“Además, la extradición de colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.”

“La extradición no procederá por delitos políticos.”

“No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma” (artículo 1º del Acto Legislativo Número Uno de 1997).

2. *Restitutivas*. Las Penas Restitutivas miran a reparar la afección que en su patrimonio moral o material ha sufrido el individuo perjudicado con la

violación de la norma de derecho, ya sea restableciendo la situación jurídica alterada con la infracción o tornando las cosas al estado en que se hallaban antes de la ocurrencia de ésta. Por ejemplo, la nulidad, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del precepto legal, el restablecimiento en la posesión de un inmueble a quien ha sido privado injustamente de ella, etc.



romanos, en tanto, tomando su raíz filosófica del Estoicismo helénico, consideraron el Derecho Natural como constituido por principios fundamentados en la naturaleza de las cosas, comunes al género humano y que en la práctica supieron verter en un sistema de derecho positivo bastante elástico: el '*ius gentium*'. Por su parte el pensamiento teológico de la Edad Media lo entendió como una ley surgida de la Razón misma de la Divinidad. En la Edad Moderna se consideró que la esencia y fundamento del Derecho Natural se hallaba en la '*naturaleza humana*' ajena a toda injerencia religiosa. Posteriormente las corrientes historicistas hicieron esfuerzos para fundamentar el Derecho en una pretendida '*expresión espontánea del espíritu del pueblo*'. En los tiempos que corren, es decir, en la Edad Contemporánea, los defensores del Derecho Natural insisten en considerar sus principios como normas eternas de validez absoluta en todo tiempo y lugar (Neotomismo), pero sin tener a éste como un simple instrumento para proteger los intereses y apetitos individuales, sino, además, con un alto contenido social y como medio de fomentar el bien común.

Como puede inferirse de lo anteriormente anotado, no siempre el Derecho Natural ha sido concebido en la misma y exacta forma, así tenemos a través del tiempo distintas concepciones del mismo, las cuales, para fácil entendimiento, las reducimos a las cuatro siguientes:

1. Teológica,
2. Racionalista,
3. Antiintelectualista, y
4. Contemporánea.

TEOLÓGICA. Según esta concepción, llamada también del '*bien racional*', el Derecho Natural es inmutable, absoluto, eterno y superior al Derecho Positivo, y consiste en el conjunto de principios sobre el bien y el mal, que se hallan grabados en la conciencia de los individuos y que dimanan primeramente de la misma naturaleza humana y, en último análisis, del orden preconizado por la Ley Eterna; es decir, el origen del Derecho para esta posición teológico-tradicional debe remontarse hasta el autor de la naturaleza (Dios), a la cual gobierna (Divina Providencia) y ha impuesto su voluntad un orden general, que puede ser conocido en parte por el hombre, ya sea por intermedio de la Revelación y la Tradición, o mediante el intelecto humano, lo que constituye precisamente el Derecho Natural, que debe ser totalmente conforme, como es obvio, con lo que el Ser Supremo ha revelado y cuyo único intérprete es la Iglesia, pues no puede existir ninguna oposición entre

Capítulo V

NATURALEZA DEL DERECHO

ESCUELAS VARIAS

Mucho se ha discutido sobre cuál es la naturaleza del Derecho, sin que, hasta el presente, se hayan desatado satisfactoriamente las controversias que este importante tema ha suscitado. Al respecto se han expuesto variedad de puntos de vista, que para los fines restringidos de estas lecciones, pueden limitarse a las siguientes escuelas:

1. Jusnaturalismo,
2. Historicismo,
3. Positivismo, y
4. Marxismo.

JUSNATURALISMO

El Jusnaturalismo o Escuela del Derecho Natural es un movimiento ideológico que se origina con la teoría aristotélica al respecto y que, como sistema, llegó a su máxima expresión a comienzos del siglo XVIII.

El Derecho Natural suele definirse como un *conjunto de normas de conducta exterior impuesto por la naturaleza humana, que el hombre descubre mediante la razón y la conciencia, superior a la voluntad del legislador y común a todos los pueblos y en todos los tiempos*.

La noción del Derecho Natural es de antigua data, como que ya Sócrates (Atenas 469-399 a. C.) y Aristóteles (Estagira de Tracia 384-322) habían creído en la existencia de un orden natural que se manifestaba en la naturaleza de las cosas, susceptible de ser conocido por la razón humana y diferente de las volubles leyes humanas. El Estoicismo griego (Escuela fundada por Zenón citiense. 342-270 a. C.) refirió el Derecho Natural residiendo en la naturaleza cósmica. Para el estoicismo la ‘razón’, como fuerza universal que penetra todo el Cosmos, constituía el fundamento del Derecho y la Justicia. Los

lo que la recta razón encuentra y la fe revela. Este punto de vista, como puede apreciarse sin mayor esfuerzo, está impregnado del carácter ético-religioso (teocentrismo) que tan profusa y profundamente dominó en la Edad Media en gran parte de Europa.

Para San Agustín (Tagaste, 354-430), el orden social puede mantenerse mediante la Ley Terrena ('*lex temporalis*'), la cual debe conformarse en lo posible a la Ley Eterna ('*lex aeterna*'), en tal forma, que aquellas disposiciones contrarias a la Ley de Dios no deben ser acatadas ni respetadas por los individuos por no tener vigencia.

Santo Tomás de Aquino (Italia, 1226-1274), considerado como el máximo exponente de la Escolástica (Lat. '*schola*', escuela y '*scholasticus*' el que enseña filosofía y teología), distingue, al decir de Bodenheimer²⁴, las siguientes clases de ley:

1. Ley Eterna ('*lex aeterna*'), que consiste en el orden que reside en la razón misma de Dios que gobierna el Universo; es decir, 'es la razón del gobierno del universo existente en el gobernante supremo'. O como expresa Jolivet: "La Ley Eterna no es otra cosa que el orden mismo del universo, en cuanto se impone a cada criatura en vista de la consecución de su fin último"²⁵. La Ley Eterna en su integridad únicamente la conoce el Creador. A los seres humanos les está vedado conocerla, con excepción de ciertos privilegiados: '*Los bienaventurados que ven la esencia misma de Dios*'.

2. Ley Divina ('*lex divina*') (algunos la confunden con la Ley Eterna), que procede inmediatamente de Dios y suele definirse como "la manera como la mente Divina ordena los actos de las criaturas a su fin, de acuerdo con la naturaleza de éstas". Esta clase de ley puede ser conocida por el hombre mediante la Revelación (V.gr., las Sagradas Escrituras).

3. Ley Natural ('*lex naturalis*'), que "es una participación de la Ley Eterna en la criatura racional, una impresión en nosotros de la luz divina, por lo que nos es dado distinguir el bien del mal"²⁶. Tiene su fundamento en la naturaleza y puede ser conocida mediante la razón, y constituye, por así decirlo, como una copia imprecisa de la Ley Eterna ya que ningún ser humano puede conocer ésta en toda su plenitud. El principio fundamental del Derecho Natural es que el hombre debe hacer el '*bien*' y evitar el '*mal*'. La inteligencia humana toma como buenas todas las cosas a que el hombre está naturalmente inclinado. Por ejemplo, el instinto de conservación, etc.

4. Ley Humana ('*lex humana*'), que es la misma Ley Positiva, producida por el hombre y de acuerdo con la razón, la cual define el santo aquinense

como “una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad” (*Rationis ordinatio, ad bonum comune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*). En un sentido muy amplio la Ley Humana debe ser la aplicación positiva de la Ley Natural y comprende el conjunto de normas de derecho vigente en un país en un momento dado. Santo Tomás considera que las reglas jurídicas que contrarían los principios fundamentales de la Justicia y que no conducen al bien común, no son propiamente leyes sino ‘*aberraciones*’ de la Ley y no deben, por consiguiente, ser obedecidas por los súbditos.

RACIONALISTA. Este punto de vista, que constituye la verdadera escuela clásica del Derecho Natural, afirma la existencia de una serie de derechos inherentes a la naturaleza humana. Derechos innatos que no pueden ser conculcados ni desconocidos por poder alguno. Constituyen derechos subjetivos que el hombre ‘*ab initio*’ naturalmente posee y que la razón humana descubre y establece. Algunos pensadores exageraron a tal punto el poder de la razón del hombre que no dudaron en sostener que el derecho “se creaba y formaba mediante procedimientos puramente racionales, fruto de las meditaciones del legislador”.

“La filosofía del Derecho Natural, anota al respecto Radbruch, se cifra en la hipótesis de que existe un Derecho fundado en la naturaleza racional del hombre o, como a la postre se enseña, en la naturaleza del Derecho mismo, Derecho que rige, con arreglo a la fuente de que mana, de un modo incondicional, eterno y ubicuo”²⁷.

La doctrina clásica del Derecho Natural (Jusnaturalismo) gira en derredor de las siguientes proposiciones fundamentales:

1. El fundamento del Derecho se adscribe por entero a la naturaleza humana, en lo que esta tiene de absoluta, permanente y universal;

2. El Estado de naturaleza o sea la imagen de una maravillosa época en que los hombres vivieron y nacieron libres e independientes, en la que no existía el Estado y los deberes inherentes a la calidad humana se podían gozar con toda plenitud;

3. El ‘*Contrato Social*’ que no fue en modo alguno un hecho histórico, sino un modelo ideal para explicar el fenómeno de la convivencia social y el origen del poder del gobernante (Locke, Rousseau, etc.). Según esta concepción ‘*contractualista*’ el hombre originariamente no vivió en sociedad, pero para poder defenderse de otros individuos y del medio físico y garantizar su vida y propiedad efectuó un ‘*contrato*’, mediante el cual la sociedad le protegía pero le limitaba su libertad y algunos derechos no inalienables²⁸;

4. El Derecho Natural podía ser descubierto claramente por medio de la sola razón humana, y

5. Los derechos naturales innatos e inalienables, que no podían ser desconocidos por la sociedad ni disminuidos por poder alguno, habían sido conferidos por Dios al hombre y eran anteriores a toda forma de agrupación social y su calidad principal era el ser fundamentalmente justos, es decir, que estos derechos por el simple hecho de ser naturales tenían la calidad de ser conformes a la Justicia.

La dificultad de esta concepción racionalista sobre el origen y naturaleza del Derecho, estriba en establecer cuál es la '*naturaleza*' del hombre. En esto no se han puesto de acuerdo los muchos tratadistas jusnaturalistas, y así tenemos, por ejemplo, que mientras Thomas Hobbes arguye que el carácter distintivo del ser humano es su '*egoísmo absoluto*' ('*homo homini lupus*')²⁹, para Hugo Grotio, la característica de la naturaleza del ser racional es la propensión a '*vivir en sociedad*', es decir, el impulso social del hombre ('*apetitus societatis*') o el mismo '*apetito de asociación*', como afirmaba Pufendorf, pero reconociéndole un origen utilitario fundamentado en el temor del ser humano producido por la falta de seguridad por ausencia del Estado. Juan Jacobo Rousseau, por su parte reacciona un poco sentimentalmente contra el racionalismo que había impregnado a la Enciclopedia y sostiene que el hombre es '*naturalmente bueno*' y que ha sido precisamente la civilización la que lo ha '*corrompido*' y como medio de salvación este debe '*volver*' a su estado de naturaleza.

Grotio o Grocio (Holanda, 1583-1645), iniciador y uno de los principales sostenedores de la tendencia del Derecho Natural, afirmaba que éste tenía su fuente en la naturaleza del hombre y que consistía en "un dictado de la recta razón que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza"³⁰. Que ese '*ius naturae*', agregaba el mencionado filósofo que como buen cristiano no dudaba de la existencia de la Divinidad, existiría "aunque no existiese Dios o aunque Este no cuidase de las cosas humanas"; que las cualidades racionales del hombre se reflejaban en el impulso social, y que todo lo que fuere armónico con esa sociabilidad y con la naturaleza del hombre como ente racional, debía tenerse como justo y bueno. Aquí, como se puede apreciar, discrepa Grotio en forma tajante de la concepción teológica del Derecho Natural, ya que ésta, como se expresó anteriormente, considera la Ley Natural como emanación de la Ley Divina, en tanto que el holandés

afirma que el único fundamento del Derecho es la recta razón independiente de cualquier influencia religiosa. Este Derecho Natural, continúa comentando Grotio, es inmutable y vale independientemente de cualquier condición de lugar o tiempo, mientras que el Derecho Positivo varía según las necesidades, épocas y países.

Hobbes (Inglaterra, 1588-1679), al contrario de Grotio, consideraba que el hombre no era un ser social, sino esencialmente egoísta (un lobo para él mismo), lo que determinó que inicialmente existiera una situación de permanente lucha entre los individuos, de guerra de todos contra todos ('*bellum omnium contra omnes*') alimentada por la constante competencia, vanagloria y desconfianza de los hombres, pero que gracias a la razón el ser humano llegó a la conclusión de que para alcanzar una vida segura y pacífica en la que imperara el Derecho Natural, los hombres deberían convenir (contrato mutuo) en transferir sus derechos y poderes a un hombre o asamblea de hombres que tendría la facultad de aplicar los principios del Derecho Natural y con la obligación de mantener la seguridad, el orden y el bienestar del grupo social. Se conformaría entonces el Estado, con todo el poder que antes gozaban sin restricción los individuos, convirtiéndose en un ente omnímodo superior a todo que, como el monstruo bíblico '*Leviatán*', devora las gentes. Los individuos ansiosos de seguridad transfieren a dicho Estado sus poderes trocándose en sus súbditos, sustituyendo así el '*status naturae*' por '*status civilis*'. El Derecho Natural, comentaba Hobbes, "es el dictado de la recta razón que hay en nosotros, acerca de aquellas cosas que han de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida". Y agregaba: "Es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin"³¹.

Samuel Pufendorf (Alemania, 1632-1694), se sitúa en una posición intermedia entre Grotio y Hobbes, pues considera que el Derecho Natural es la expresión de un doble carácter de la naturaleza humana: El uno, que sobre el hombre gravitan por naturaleza motivaciones egocéntricas y no exentas de agresividad y maldad (Hobbes), y el otro, que esa inclinación al exagerado amor a sí mismo, se halla disminuido por el impulso comunitario, social, también inherente a la naturaleza racional (Grotio). Que en razón de esos dos caracteres, hay dos principios fundamentales de Derecho Natural: El primero, que ordena al hombre proteger su vida y sus propiedades y, el segundo, que manda se abstenga de todo acto que perturbe la tranquilidad y convivencia sociales.

Juan Burlamaqui (Ginebra, 1694-1748), otro exponente del Jusnaturalismo, considera como fundamento del Derecho Natural el principio de la ‘*sociabilidad*’ y lo concibe como un derecho impuesto por Dios a los hombres y que éstos pueden descubrir y conocer “por la sola luz de la razón y por una consideración atenta de su estado y naturaleza”.

Juan Jacobo Rousseau (Ginebra, 1712-1778), pensaba que el individuo es anterior a la sociedad, que cuando él vivía en estado de naturaleza era bueno y feliz, pero que había dejado de serlo cuando apareció la civilización, echándose a perder. Explica el ginebrino el origen de la Sociedad y el Estado en virtud de un acuerdo ideal (contrato social tácito) de voluntades de los hombres. El hombre asociado se encuentra sometido únicamente a la voluntad de la mayoría de los integrantes de la comunidad de la que forma parte, es decir de la ‘*voluntad general*’ (*‘volonté générale’*), que es la voluntad del Estado, que es indivisible, imprescriptible, inalienable y encaminada únicamente al interés de los miembros del grupo social. Este sometimiento del individuo a la ‘*voluntad general*’ no afecta sus derechos naturales ni su libertad, pues quien se une a todos “no obedece sino a sí mismo y queda tan libre como antes”. Rousseau, además de la ‘*voluntad general*’, distingue la ‘*voluntad de todos*’ (*‘volonté de tous’*) que es la suma de todas las voluntades individuales cuya unanimidad, como es obvio, nunca se presenta.

Muchos de estos principios jusnaturalistas racionalistas fueron recogidos por los prohombres de la Revolución Francesa (realizada bajo los gritos de libertad, igualdad y fraternidad) y de las colonias americanas, plasmados en declaraciones, proclamas, escritos y aún en Constituciones Políticas. Tenemos, por ejemplo, la célebre “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, votada por la Asamblea Constituyente Francesa en 1789 y que fue traducida en la Nueva Granada por el Precursor Antonio Nariño en 1794, en cuyo texto se encuentra que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, las distinciones sociales no pueden fundarse más que sobre la utilidad común” (art. 1º), “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2º), “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tenga más límites que los que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos; estos límites no pueden determinarse más que por la ley” (art. 4º), “Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso, más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella.

Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados: pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia" (art. 7º), "La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración" (art. 15º), etc.

ANTIHINTELECTUALISTA. En el siglo XVII se levantaron varias voces eminentes contra la concepción jusnaturalista racional, que conformaron la posición denominada '*antiintelectualista*' (antiintelectualismo), que se caracterizó por negarle a la razón ser la fuente y fundamento de la ley natural. Su principal intérprete fue Godofredo Guillermo Leibniz (Alemania, 1646-1716), quien afirmó que el Derecho como la justicia humana, emanan de la esencia de Dios, que el "fundamento del derecho natural es metafísico, está fuera del hombre, es Dios mismo".

Los antiintelectualistas Enrique Coccejo (Alemania, 1644-1719) y Samuel Coccejo (Alemania, 1679-1755), padre e hijo respectivamente, afirmaron que la razón humana sólo puede descubrir o reconocer los derechos naturales, pero no constituir sus fundamentos, pues únicamente Dios puede ser la causa y fuente primera del Derecho Natural.

CONTEMPORÁNEA. El Jusnaturalismo, luego de llegar a su culminación con el triunfo de la Revolución Francesa, entra en franca decadencia a fines del siglo XIX, para resurgir, a raíz de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), vigoroso y bastante variado, ya no encaminado a la defensa de los intereses particulares únicamente, sino con un contenido social, en pro del bien común.

Para muchos tratadistas contemporáneos (Saleilles, Stammbler, etc.), el Derecho Natural ya no es ese ideal absoluto, único y eterno que impregnó las concepciones jusnaturalistas precedentes, sino un derecho ideal de contenido variable, progresivo, un derecho natural inmutable en su forma, pero de fondo variable.

Francisco Geny, comentando sobre el Derecho Natural al cual en cierta forma reivindica su existencia, expresa que "en el más estricto sentido de la palabra, el Derecho Natural es el conjunto de las reglas jurídicas que la razón deriva de la naturaleza misma de las cosas, de la que el hombre es una parte y que corresponden a lo que hemos llamado los datos naturales y racionales del derecho positivo"³².

Para terminar esta parte, transcribimos lo que sobre el particular manifiesta Latorre: "Lo significativo de las modernas doctrinas iusnaturalistas, es el

retorno a una indagación de la justicia '*material*', es decir, con contenidos concretos. Sólo que, a diferencia de las viejas teorías iusnaturalistas, los modernos defensores de estas tendencias (muy diversas, por otra parte) no piensan en un sistema detallado de normas, sino más bien en un conjunto de principios generales y flexibles. Tampoco la mayoría de los iusnaturalistas modernos establecen la clara prioridad de este Derecho Natural sobre el Positivo y se limitan a señalar aquellos principios como puntos de referencia que ha de tener en cuenta el legislador y a los que ha de ajustar sus normas"³³.

HISTORICISMO

En oposición al postulado tradicional de que la razón por sí misma, en un autoesfuerzo creador podía descubrir y elaborar el derecho más adecuado y perfecto para regir la conducta de los asociados, apareció, en los albores del siglo XIX, un movimiento de suma importancia en el campo jurídico que fue denominado '*Historicismo*', el cual afirmaba que no era posible prescindir del pasado ni de la realidad actual surgida de ese pretérito, pues ellos constituyán la legítima fuente de todas las reglas de Derecho.

El Historicismo puede remontarse a la época helénica en la que aparecen muestras muy débiles, por ejemplo en '*Las Leyes*' de Platón (Atenas, 427-347 a. C.). Pero es en la Edad Moderna cuando comienza a presentarse como auténtica escuela, gracias a los aportes de Vico, Montesquieu, Hume, Burke, Herder, etc., hasta llegar a su culminación merced a los distinguidos juristas alemanes Hugo, Savigny y Puchta.

Juan Bautista Vico (Italia, 1668-1744), pensaba que las leyes evolucionaban a través del tiempo, progresando incesantemente y acercándose cada vez más al Derecho Natural, común a toda la humanidad, siguiendo las pautas trazadas por los cambios históricos que se sucedían a un ritmo alterno de '*curso*' y '*recurso*', de tal manera que una vez recorrido el '*corsi*', que constaba de tres edades o períodos (divino, heroico y humano), empezaba para el pueblo el ciclo otra vez, o sea el '*ricorso*'.

Por su parte, Carlos Luis de Secondart, barón de Montesquieu (Francia, 1689-1755), autor de la célebre obra titulada '*El Espíritu de las Leyes*' ('*L'esprit des lois*'), había expresado ya la gran importancia que sobre el Derecho tenían los factores geográficos, demográficos, económicos y la tradición, "demostrando que las leyes surgen y emanan como resultante natural de las circunstancias en que se desarrolla la vida de un pueblo". Las instituciones y las leyes de una nación, opinaba Montesquieu, son un reflejo

del mismo pueblo que las tiene, pues ellas están condicionadas, no solamente a la naturaleza, religión, usos, costumbres, etc., del grupo social, sino también a la índole y características del medio físico (geografía, clima, etc.) del país. Al respecto Radbruch comenta: “Montesquieu, en 1748, había descubierto el ‘espíritu de las leyes’ en la idea de que éstas no debían ser consideradas como ordenaciones arbitrarias salidas de cabezas más o menos ingeniosas, sino –tales son, en efecto, las palabras con que comienza la obra inmortal de Montesquieu– como *les rapports nécessaires, qui dérivent de la nature de choses*. ‘Naturaleza’ que, según este pensador, debía buscarse en las condiciones físicas de toda vida, y en sus manifestaciones humanas, en el régimen económico, densidad de población, bienestar, régimen de gobierno, organización militar, religión, costumbres y espíritu del pueblo; no pudiendo tampoco perderse de vista, según el propio Montesquieu, la repercusión del Derecho sobre todos estos factores”³⁴.

La Escuela Histórica realmente nació de la obra de los célebres pensadores germanos atrás mencionados: Hugo, Savigny y Puchta.

Según Gustavo Hugo (1768-1834), cada pueblo crea su Derecho como su lenguaje; habiéndose formado el Derecho, como el habla, de una manera natural y espontánea y sin que fuera creado artificialmente por el hombre. Al comparar el Derecho con el lenguaje, Hugo afirmó que el nacimiento de ambos son semejantes y pueden explicarse por el mismo proceso.

Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), considerado como el mayor exponente de la Escuela Histórica, estimó que el Derecho no puede ser creado arbitrariamente por el Legislador, pues él, el Derecho, es producido por “fuerzas internas que operan silenciosamente” y cuyas fuentes eran la fe popular (universal creencia del pueblo) y la costumbre, en su carácter más genuino del espíritu del pueblo (*‘volksgeist’*), reforzadas por la doctrina y la jurisprudencia en el curso de su desarrollo; es decir, como expresa Luis Recasens Siches, que el origen del Derecho para el Historicismo “Radica en la convicción jurídica del pueblo, que es una emanación del espíritu nacional: y se manifiesta de un modo inmediato o tiene su fuente capital en la costumbre jurídica, testimonio de dicha convicción. La misión del jurisconsulto, por tanto, debe consistir exclusivamente en recoger, exponer y sistematizar los datos de la convicción jurídica popular, expresados en la costumbre y en indagar la evolución y proceso histórico del Derecho para su mejor interpretación. Y el papel del soberano no debe tener más alcance que hacer valer las normas jurídicas consuetudinarias y a lo más traducirlas fielmente en leyes, cosa que sin embargo muchas veces no es conveniente, porque la

legislación es algo rígido, que a menudo fosiliza la regla viva, y entorpece su desarrollo. Estos inconvenientes, que en muchos casos ofrece la labor legislativa, los posee en grado superlativo la codificación, que, por su aspiración a constituir una totalidad armónica, fabrica frecuentemente normas artificiales y en general rompe el contacto de la regla jurídica con su fuente creadora vital, esto es con el espíritu popular, y malbarata la influencia y flexibilidad que deben ser propios de todo Derecho”³⁵.

La misión del Legislador, para este adalid de la Escuela Histórica, por tanto, consiste en hacer valer las normas consuetudinarias y a lo más traducirlas lo más fielmente posible en reglas escritas. De ahí que lo más importante es hacer un estudio profundo y lo más cuidadoso posible de las costumbres y tradiciones imperantes en un medio social dado, para poder encontrar su verdadero y auténtico contenido jurídico.

En conclusión: Para Savigny, negando implícitamente la existencia de un Derecho Natural, radica la fuente y origen del Derecho en el ‘espíritu del pueblo’ expresado espontáneamente, pues, como sobre el particular manifiesta Radbruch, “todo derecho nace como emanación de ese espíritu, a la manera del Derecho consuetudinario”.

George Friedrich Puchta (1798-1846), aventajado discípulo de Savigny, consideraba, como su maestro, a la costumbre como primera fuente del Derecho positivo. En efecto, para este pensador alemán, el Derecho consuetudinario era la expresión más genuina de la ‘creencia universal del pueblo’. La costumbre jurídica es la que traduce con más propiedad las reglas legales generales en el seno del pueblo, y las que las mantiene dotadas de fuerza y vida. El Legislador, concluye Puchta, no es sino un simple intérprete y traductor oficial de las normas consuetudinarias.

De acuerdo con lo anterior, las tesis de la Escuela Histórica pueden resumirse así:

1. Comparación del Derecho con el lenguaje (Hugo). Tanto el idioma como el Derecho son producto de un proceso gradual, orgánico y lento, y no obra más o menos acertada de una voluntad arbitraria.
2. Adscripción de la fuente u origen del Derecho al ‘espíritu o conciencia del pueblo’ (*volksgeist*) (Savigny). “Como el lenguaje, la constitución y las costumbres del pueblo, el Derecho estaba determinado, ante todo, por el carácter peculiar de una nación, por el ‘espíritu del pueblo’”³⁶.
3. Concepción de la costumbre jurídica como fuente más importante del Derecho (Puchta).

POSITIVISMO

El Positivismo Jurídico está íntimamente relacionado con el Positivismo Filosófico de Augusto Comte (Francia, 1798-1857). Según este filósofo la “realidad solo es cognoscible mediante la investigación de las leyes y relaciones constantes de coexistencia y de sucesión entre los fenómenos. Queda excluido todo estudio que pretenda ir más allá de los hechos, el que será en tal caso tachado de metafísico”. Es decir, el Positivismo rechaza toda metafísica, pues la razón debe abstenerse de la investigación de las causas primeras y finales, limitándose toda noción de certeza, todo conocimiento a lo experimentalmente obtenido por las ciencias positivas. Fuera de los objetos o fenómenos de la experiencia que son efecto de las leyes inmutables de la naturaleza, nada puede conocer el hombre; la razón humana no puede conocer más, pues “únicamente los hechos de la experiencia interna y externa constituyen el fundamento y objeto del conocimiento científico”. La ciencia, comenta Comte, descubre las leyes naturales a fin de reducirlas a una suprema unidad. La teoría comtiana, huera de metafísica, se apoya en un doble cimiento: El nuevo sistema de las ciencias positivas (Matemáticas, Astronomía, Física, Química, Biología y Sociología) y de la Ley de los Tres Estados (Teológico, Metafísico y Positivo).

“El positivismo, como actitud científica comenta Bodenheimer rechaza las especulaciones apriorísticas y metafísicas y se confina en los datos de la experiencia. Se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos de la realidad. Se niega a ir más allá de los fenómenos, de la apariencia de las cosas”³⁷.

El Positivismo invadió todas las ramas del saber humano (especialmente las de naturaleza social), incluyendo, claro está, el campo del Derecho.

El Positivismo Jurídico, al decir de Julius Moór según cita de Bodenheimer, “es una concepción con arreglo a la cual el Derecho es producido, en un proceso histórico, por el poder del gobernante en la sociedad. En esta concepción es Derecho sólo aquello que ha manado del poder del gobernante y todo lo que éste mande es Derecho por virtud del hecho mismo que lo manda”³⁸. Es decir, que desde este punto de vista, el Derecho no sería más que el Derecho Positivo y no habría otra justicia que la que estuviere contenida en las normas constitucionales, las leyes y los decretos.

El Positivismo Jurídico reduce el Derecho a una cierta categoría de hechos, a los cuales considera como única fuente, rechazando toda explicación metafísica o teológica. Toma la regla de Derecho como un hecho,

prescindiendo de toda fundamentación racional, de todo juicio de valor y de toda consideración deontológica. Ve la norma jurídica como un ser real al cual se requiere estudiar y describir, desconociendo enfáticamente el Derecho Natural, en fin, considera el Derecho como una pura '*ciencia experimental*'. "El Positivismo Jurídico, expresa Pineda, se caracteriza por el empleo de un criterio único de valoración: la conformidad de los actos con la ley, y por la tendencia a ver en el derecho escrito el solo derecho perfecto. La costumbre tiene también para el positivista el valor de derecho positivo, particularmente si la ley escrita le atribuye este valor. El Positivismo Jurídico excluye, pues, todo derecho no positivo"³⁹.

Según Francisco Gény, el Positivismo Jurídico, "esencialmente consiste en descartar del dominio de la formación, de la interpretación y de la aplicación del derecho, toda investigación racional sobre los fundamentos y el valor de las reglas, como impotente para sugerirlas o precisarlas, las que se pretende hallar enteramente desarrolladas en la misma vida social, bajo las diversas formas en que se manifiesta su necesidad de disciplina y de orden"⁴⁰.

León Duguit (Francia, 1859-1929), considera el Derecho como una ciencia experimental, haciendo categóricamente caso omiso de todo problema de causas y fines, todo juicio de valor, todo problema de conocimiento, excluyendo toda actividad metafísica, únicamente considerando objetivamente el Derecho como un simple dato empírico real. Afirma este expositor, además, que la fuente del Derecho es la '*solidaridad social*', siendo la regla de derecho la síntesis y la fórmula legal de esa solidaridad. Formulada la norma jurídica es de obligatorio cumplimiento por parte de todos los miembros del grupo social, tanto gobernantes como gobernados. El Derecho objetivamente considerado como dato real, empírico, posee un substrato social sobre el cual reposa, o sea la '*solidaridad social*', la cual consiste "en la coincidencia permanente de los fines individuales y sociales". El Derecho Objetivo está compuesto por el conjunto de normas de conducta nacidas de la '*solidaridad*' o '*interdependencia social*', a las cuales se les denomina reglas de derecho. Dicho Derecho Objetivo es el único realmente existente y merecedor de denominarlo '*derecho*', es decir, que fuera del Derecho Objetivo no hay otra clase de derecho. Los actos de voluntad que las personas ejecutan de conformidad con las normas jurídicas vigentes, deben llamarse '*situaciones jurídicas*', y corresponde a lo que suele denominarse '*derechos subjetivos*'. Los individuos "extraen de una norma objetiva determinada, una facultad que ella les acuerda y que la autoridad del Estado, por medio de sus órganos adecuados, asegura en su sanción y su eficacia". A la noción tradicional e

individualista de derecho subjetivo se opone y debe ser reemplazada por una nueva concepción de contenido socialista; la noción realista de '*función social*'.

Algunos representantes contemporáneos del Positivismo Jurídico (Gastón Jéze, G. May, etc.), al rechazar en forma rotunda la existencia de principios de Derecho Natural, asumen una posición positivista radical, que los lleva a aceptar que la experiencia social es la única fuente del derecho positivo; experiencia social ésta condicionada por diversidad de factores reales, tales como los intereses de clase, los económicos, la imitación, la utilidad, etc.

TEORÍA PURA DEL DERECHO

No está demás hacer mención de la '*Teoría Pura del Derecho*' o '*Ciencia del Derecho Despreocupada*' como la llamó su autor el jurista vienes Hans Kelsen (1881-1973), quien fundamentalmente buscó hacer ciencia del derecho en forma pura, es decir, libre de todo factor extrajurídico no importa de la clase que fuera (sociológico, histórico, ético, económico, psicológico, etc.), que se aleje de lo esencialmente jurídico o se interponga con ella.

Kelsen denomina a su teoría '*pura del derecho*', pues solo contempla a la norma en cuanto a su existencia en sí, simplemente como regla jurídica positiva, sin valorarla por su posible contenido de justicia o injusticia. Lo único que fundamentalmente interesa a la ciencia del derecho es el estudio de la regla positiva '*en sí*', sin ninguna calificación, pues ella es la '*fórmula específica de eso que se denomina derecho*'. Según este pensador, existen dos categorías primarias básicas, la una la constituye la '*Naturaleza*', es decir, el mundo de los fenómenos que suceden en la realidad cósmica, regidos por la ley de la causalidad (Leyes Naturales) y que son objeto de las llamadas '*Ciencias Naturales*', que conforma el orden del '*ser*', y la otra, compuesta por las '*Normas*', que no enuncian lo que ha sucedido sino lo que debe ocurrir, independientemente de lo que suceda o no suceda en la realidad y que son objeto de las denominadas '*Ciencias Normativas*', las cuales exponen preceptos de conducta humana, que expresan un '*deber ser*', es decir, "que prescriben un '*ser*' o un '*no ser*' determinados". El objeto del Derecho, constituido por '*normas*', es independiente, por consiguiente la ciencia jurídica debe ser autónoma, lo que exige que debe apartársele de toda amalgama con otras ciencias, separarla de todo aquello que se refiera a elementos que hagan parte del mundo de la Naturaleza, o sea del '*ser*'.

"Kelsen, comenta Latorre, parte del mismo punto de arranque de los positivistas tradicionales. El análisis del Derecho debe hacerse con

independencia de todo juicio de valor ético-político y de toda referencia a la realidad social en la que actúa. El Derecho es un fenómeno autónomo cuyo conocimiento es el objeto de la ciencia jurídica como quehacer intelectual distinto de la ética y de las ciencias sociales. La autonomía de la ciencia jurídica requiere liberarla de las contaminaciones ideológicas que en forma más o menos consciente han enturbiado el estudio del Derecho. Kelsen quiere '*purificar*' la ciencia jurídica de todos esos elementos extraños para fijar como único objeto el conocimiento de lo que es el Derecho sin intentar justificarlo ni atacarlo desde puntos de vista ajenos a él. Todo Derecho es para Kelsen un sistema de normas, es decir, de enunciados de forma muy variada en los que se manifiesta ese Derecho a través de las leyes, las sentencias de los tribunales, los actos de los particulares o de otras maneras que varían según los distintos sistemas. La primera tarea de la ciencia jurídica es reducir ese conjunto de normas a 'reglas', entendiendo por tales los enunciados ajustados al esquema general que para Kelsen representa la forma lógica de lo jurídico. En su forma más simple ese esquema es el siguiente: Si ocurre un hecho determinado X, una persona también determinada A debe ser objeto de una sanción. Este '*debe ser*', no se confunde con lo que '*es*' o '*será*' en la práctica. A puede no ser sancionado en un caso concreto porque no se descubra el hecho o no se averigüe la persona a quien debe imponerse la sanción o por cualquier otra causa. Tampoco se identifica con '*deber ser*' ético-político. No se trata de que A deba ser sancionado por razones morales o porque así convenga a los fines del Estado. El '*deber ser*' de la regla jurídica es una categoría lógica independiente y en ella reside la nota peculiar de lo jurídico"⁴¹.

Al respecto, Bodenheimer manifiesta, que la "Teoría Pura del Derecho es un intento de eliminar de la jurisprudencia todos los elementos no jurídicos. Derecho y Estado han de ser entendidos en su pura realidad jurídica, y las disciplinas extrañas, como psicología, sociología y ética han de ser desterradas de la ciencia jurídica". Y agrega el mismo autor: "Kelsen define la ciencia del Derecho como el '*conocimiento de las normas*'. Entiende por '*norma*' un juicio hipotético que declara que el hacer o no hacer un determinado acto debe ir seguido de una medida coactiva por parte del Estado. En otros términos, una norma significa que, en determinadas circunstancias, el Estado ejercerá una acción coactiva para obligar a una conducta determinada. El Derecho es un sistema gradual de tales normas coactivas; es, en esencia, '*un orden coactivo exterior*'. Este orden recibe su unidad del hecho de que todas las múltiples normas de qué se compone el sistema jurídico pueden ser referidas a una fuente última. Esta fuente es la norma '*básica*' o '*fundamental*', idéntica a la

constitución política del país. La coacción se ejerce de acuerdo con los métodos y condiciones prescritas en la '*norma fundamental*'. Esa norma es la cúspide de la pirámide de la estructura jerárquica denominada sistema jurídico. Su función esencial es la determinación de los órganos y procedimientos para el establecimiento del Derecho en general, por el legislativo"⁴².

MARXISMO

El Materialismo, como doctrina general, en el campo de la Filosofía, afirma que la materia, de la cual se deriva toda forma de energía, ya sea física o espiritual, es el primero y único principio de toda la realidad. Es decir, reduce '*a la materia todo cuanto existe, incluso el alma humana*'. En otras palabras, el Materialismo considera que la materia es la única sustancia del universo, negando la existencia del espíritu como entidad distinta de la materia. Sus principales exponentes han sido: Demócrito, Epicuro, Lucrecio, etc., en la antigüedad (Materialismo Antiguo); Gassendi, Diderot, D'Alembert, etc., en la Época Moderna (Materialismo Mecanicista) y en la Época Contemporánea (Materialismo Dialéctico) a Marx, Engels, etc.

El Materialismo llamado '*Dialéctico*' es la filosofía del marxismo. Se denomina dialéctico porque considera el mundo cósmico en permanente movimiento, desarrollo y renovación. "El Materialismo Dialéctico, dice al respecto el ruso Afanasiev, es una ciencia que descubre, a base de resolver acertadamente el problema fundamental de la Filosofía, las leyes dialécticas más generales del desarrollo del mundo material, las vías de cognición y de la transformación revolucionaria del mismo"⁴³. No sobra mencionar que las leyes fundamentales de la Dialéctica Materialista son las siguientes: 1) Ley de la Unidad y lucha de contrarios, 2) Ley del tránsito de los cambios cuantitativos a cualitativos, y 3) Ley de la negación de la negación.

El Materialismo Histórico o Concepción Materialista de la historia es la teoría científica de las leyes generales del desarrollo social formulada por Carlos Marx (Alemania, 1818-1883) y Federico Engels (Alemania, 1820-1895), al aplicar el Materialismo Dialéctico al estudio de la sociedad y de su historia.

Marx, siguiendo a Hegel, creía que la Historia era una lucha de fuerzas contrarias que se manifestaba en la forma lógica de '*tesis*', '*antítesis*' y '*síntesis*'. Pero si para Hegel (Alemania, 1770-1831) los factores que dirigían la Historia eran las ideas y las fuerzas espirituales, para Marx lo que determinaba la Historia eran las fuerzas materiales.

Para el Materialismo Histórico, el estado de las fuerzas de producción (instrumentos de producción, medios de trabajo y elemento humano) determina el carácter de las relaciones de producción (relaciones económicas o de propiedad), o sea el régimen económico de propiedad.

El régimen económico constituye la '*base*' sobre la cual emerge variedad de relaciones sociales, instituciones e ideas; es decir, que según Marx y Engels, la estructura económica de la sociedad forma "la base real, sobre la cual se levanta una superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas sociales de conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida jurídica-política y el de la vida del espíritu, en general". Al cambiar la base económica, "se desplaza, más o menos lentamente, toda la inmensa superestructura erigida sobre ella".

"Las ideas sociales (políticas, jurídicas, religiosas, morales, filosóficas, etc.), expresa al respecto Kuusinen, y las instituciones y organizaciones (el Estado, la Iglesia, los partidos políticos, etc.), surgidas sobre una base concreta forman la '*superestructura*' de la sociedad". "De la forma de propiedad imperante, agrega el autor citado, depende la división social de la sociedad, las clases que la integran y esto, a su vez, determina el carácter de las instituciones políticas y de las normas jurídicas"⁴⁴. Es decir, que de las relaciones económicas, se deriva y determina el carácter de las relaciones políticas y jurídicas. El orden político, social, religioso y cultural está determinado por el sistema material de producción existente en la sociedad.

"La circunstancia de que la base –continúa exponiendo el citado escritor Kuusinen– predetermina el carácter de la superestructura nos lleva a la conclusión de que cada cambio de la base –relación de producción– trae consigo la sustitución de la superestructura o sea modificaciones radicales en cuanto a la organización del Estado, al Derecho, a las relaciones políticas, a la moral y a la ideología"⁴⁵.

La fuente del Derecho, afirman Marx y Engels, no debe buscarse en otra parte sino en la economía, determinada, a su vez, por el tipo de producción existente en cada etapa de la historia social. Los ideales, la razón, la conciencia, sostiene el Materialismo Histórico, no condicionan el nacimiento y formación del sistema legal, sino que él depende por entero de la existencia material del medio en que aparezcan y al cual están destinados; por eso dice el fundador del marxismo en el Prefacio de su "Crítica de la economía política": "No es la conciencia del hombre lo que determina su existencia, sino su existencia social lo que determina su conciencia".

La posición marxista respecto del Derecho, se puede resumir, siguiendo a Bodenheimer, en las siguientes teorías:

1. TEORÍA DE LA DETERMINACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO.

Según esta teoría, el Derecho (también la religión, el arte, la literatura, etc.) es una mera ideología, una pura superestructura levantada sobre una base económica determinada. Tratando este tema Bodenheimer expresa lo siguiente: “Así, la forma y contenido del Derecho son modelados por el factor económico, y los conceptos y principios *‘a priori’* empleados por los juristas no son sino reflejo de las condiciones económicas. Según esta opinión, el Derecho parece no ser una función de los procesos económicos, que no posee existencia independiente. Sin embargo, en cartas escritas en sus años posteriores, Engels admitió que, tanto él como Marx, habían sobreestimado la importancia de los factores económicos. “La situación económica es la base, pero los varios elementos de la superestructura... influyen en muchos casos en el curso de la lucha histórica”. Engels cuenta el Derecho entre los elementos que pueden ejercer influencia recíproca sobre la base económica”⁴⁶.

2. TEORÍA DEL CARÁCTER DE CLASE DEL DERECHO. Todo sistema jurídico, afirma el marxismo, es creado por la clase económica que detenta el poder. El Derecho, por consiguiente, no tiene otra significación que la de justificar la posición de la clase gobernante, pues, ésta lo utiliza como un mero instrumento de dominio y sojuzgamiento de las clases proletarias. Asimismo, el Estado es considerado por el Materialismo Histórico, como el ‘comité ejecutivo’ de la clase gobernante.

Sobre el particular comenta el profesor Afanasiev lo siguiente: “Además de las relaciones políticas, en la sociedad existen también relaciones jurídicas reguladas por el derecho. ‘Derecho’ es el conjunto de normas y reglas de conducta *‘obligatorias’* de los hombres de la sociedad. Estas normas están expresadas en las respectivas leyes jurídicas que el Estado salvaguarda con todos sus numerosos instrumentos de coacción y educación”.

“Igual que la política, el derecho surgió con la aparición de las clases y el Estado. Es la voluntad de la clase dominante erigida en ley y defiende sus intereses políticos y económicos”.

“La historia de la sociedad de clases antagónicas ha conocido el derecho esclavista, el feudal y el capitalista, cada uno de los cuales sirvió a los explotadores en su lucha contra los explotados. Sólo el derecho socialista expresa los intereses de las masas trabajadoras y es un derecho auténticamente popular”.

“De las relaciones jurídicas de los hombres se deben distinguir sus ideas y opiniones jurídicas, que caracterizan su actitud para con el derecho de la sociedad

dada, así como sus conceptos de lo legítimo e ilegítimo, de lo obligatorio y no obligatorio, aplicado a los hombres, los Estados y las naciones”.

“Las ideas y opiniones jurídicas tienen carácter de clase y expresan los intereses de una u otra clase. En la sociedad de clases antagónicas dominan las ideas jurídicas de la clase explotadora. Para imponer su voluntad a otras clases de la sociedad, la clase dominante no sólo utiliza el aparato del Estado, sino también las ideas jurídicas. Por medio de esas ideas aspira a fundamentar el derecho que ha establecido, ocultar su carácter de clase y hacer pasar este derecho por derecho de todo el pueblo, por la revelación de la justicia y el bien”⁴⁷.

3. TEORÍA DE LA DESAPARICIÓN DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD COMUNISTA. Según Marx, el orden socialista de la sociedad podrá prescindir del Estado y el Derecho como instrumentos coactivos. En efecto, una vez triunfante la revolución y apoderada del poder, se impondrá la dictadura del proletariado y la consiguiente eliminación de la burguesía, lo que determinará el ‘*marchitamiento*’ del Estado y la extinción del derecho, pues estos instrumentos de opresión no serán necesarios en una sociedad sin clases.

“A medida que se avanza hacia el comunismo, escribe Afanasiev, el oficio del Estado como fuerza coercitiva del cumplimiento de las leyes irá disminuyendo más y más, y sus funciones de salvaguardia del orden jurídico socialista irán pasando paulatinamente a las organizaciones sociales. Con la particularidad de que la tarea de las organizaciones sociales no estriba tanto en descubrir la infracción y castigar el delito como en evitar la infracción y enseñar a los soviéticos a respetar las leyes y cumplir conscientemente sus preceptos”.

“En lo sucesivo, como consecuencia del aumento del bienestar y del nivel cultural de los trabajadores, su conciencia y organización, se crearán todas las condiciones necesarias para acabar definitivamente con la transgresión de las leyes y sustituir enteramente las medidas de castigo penal por medidas de influencia y educación social. Cuando el comunismo venza por completo, desaparecerá la necesidad del derecho. Se producirá una unión orgánica de los derechos con las obligaciones en normas únicas de convivencia comunista”⁴⁸.

El Materialismo Histórico, concretamente su Teoría de la Determinación Económica del Derecho, ha sido fuertemente criticada por muchos pensadores, quienes argumentan que el Derecho regula una gama muy variada de relaciones humanas, siendo las de carácter económico la categoría más importante pero no la única; que la posición de Marx al respecto peca, por lo menos, de exagerada al ‘*sobreestimar*’ la importancia de los fenómenos económicos, ya que en el medio social, además de éstos, ocurren hechos de

naturaleza muy ajena a los simplemente pecuniarios que también es necesario regular jurídicamente; así se tiene, por ejemplo, arguyen, las normas referentes al matrimonio, a cierta clase de delitos (sexuales, algunos tipos de homicidio y lesiones personales, etc.), a las personas afectadas mentalmente, a los menores de edad, etc., que se fundamentan más en la naturaleza psíquica, fisiológica y emotiva de los seres humanos, que en factores de otra índole.

Tratando de este importante tema, Bodenheimer expresa que muchos ejemplos “demuestran que el Derecho está determinado a menudo, e incluso dominado, por las fuerzas económicas, y que la relación entre el orden económico y el jurídico es muy íntima. No es seguro, sin embargo, afirmar que todos los fenómenos jurídicos son exclusiva o primordialmente resultado o ‘superestructura’ del sistema de producción que prevalece en una sociedad. Ciertas ramas del Derecho tienen muy poco que ver con la economía. Muchas normas jurídicas relativas al matrimonio y las relaciones familiares tienen sus raíces en consideraciones de naturaleza no económica. El Derecho Administrativo moderno tiene muchas normas técnicas que se refieren a detalles de administración o dirección inconexos con problemas económicos. Los principios del Derecho Constitucional y Público que se ocupan de las relaciones mutuas entre las varias ramas e instituciones gubernamentales se basan con frecuencia totalmente en consideraciones de conveniencia política. Factores políticos como la conquista, pueden ser causa decisiva de cambios en el terreno jurídico”⁴⁹.

Otro de los críticos de la Teoría de la Determinación Económica del Derecho propugnada por el marxismo, es el jurista alemán Rudolf Stammler (1856-1938), “cuya tesis sustancia –al decir de Radbruch– podría resumirse así: “Ningún orden económico es concebible sin una forma jurídica; por tanto, no es posible que el Derecho sea un producto exclusivo de la economía”⁵⁰. En efecto, Stammler considera que el Derecho no es una mera superestructura del orden económico, “sino como una ‘conditio sine qua non’, un supuesto lógico previo a toda actividad económica. De ahí que este pensador germano repugnara con la idea de que la vida social fuera un mero efecto de los factores de producción, pues “no podía haber orden económico sin derecho; la vida económica sólo podía ser objeto de adecuada consideración científica como proceso determinado y modelado por normas jurídicas”⁵¹. “Un orden capitalista, comenta Bodenheimer al respecto de las objeciones de Stammler al marxismo, era para él inconcebible sin las instituciones jurídicas de la propiedad y el contrato. El concepto económico de ‘mercancía’ era ininteligible sin referencia al principio jurídico de la libre disposición. A su

modo de ver, no podía ser fructífero ningún estudio en términos económicos tales como crédito, renta, interés o beneficio, sin suponer la existencia de un orden jurídico que sancionase y protegiese las instituciones económicas. Marx estaba equivocado –según Stammller– al considerar la relación existente entre economía y Derecho como una relación entre amo y siervo. En la teoría de Stammller, economía y Derecho son un todo compacto. El Derecho es la forma, la economía, la sustancia de la vida social. Sin la forma jurídica que la protege, la sustancia económica sería totalmente ilusoria y carente de significado; se disolvería y disiparía en la nada”⁵². Algunos tratadistas consideran que la crítica de Stammller a la interpretación marxista del Derecho no es acertada, ya que el derecho no siempre es una relación lógica indispensable en gran parte de la vida económica.

Capítulo VI

CLASIFICACIÓN DEL DERECHO

UTILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN

Clasificar (Lat. ‘*clasis*’, clase, ‘*facere*’, hacer) es ordenar una multitud variada de objetos en grupos homogéneos, de cuya conjunción resulte un todo armónico. La Clasificación, o sea la ‘*distribución de las cosas en grupos según sus semejanzas y sus diferencias*’, no es sino una simple variante de la División, que se emplea en todas las ramas del saber humano. Por ejemplo, la clasificación zoológica, la clasificación botánica, la clasificación de los minerales, la clasificación del Derecho, etc.

La División (Lat. ‘*divisio*’, doble visión), o sea la ‘*distribución de un todo en sus partes*’, es de notable utilidad en la adquisición y ordenación del conocimiento, por ejemplo, del conocimiento jurídico, pues el intelecto del hombre, por lo menos en el estado de desarrollo actual, no puede simultáneamente dominar muchos objetos y requiere examinar uno a uno los varios aspectos de la verdad. Asimismo, en las demostraciones, sin limitación alguna, es indispensable la División, pues en ellas hay que proceder por partes. También es útil la División, como auxiliar importante de la memoria, pues, clasificados debidamente los conocimientos, los unos suscitan el recuerdo de los otros (asociación), además, permite la fácil ‘*retención*’ de aquellos. De ahí que si queremos tener un conocimiento ordenado, sistemático y lo más exacto posible del Derecho, debemos clasificarlos, ordenarlo por grupos, estudiarlo por partes. Siendo la clasificación que se haga de más validez, cuanto mayor rigor científico y lógico se emplee en la escogencia de los factores y criterios que le sirvan de fundamento.

De acuerdo con lo anterior, se intenta la siguiente clasificación del Derecho, con la aclaración de que no comprende el llamado Derecho Eclesiástico, concretamente el ‘*Canónico*’, por ser éste un cuerpo de normas ‘*sui generis*’ de carácter no estatal⁵³. Veamos:

I. Desde el punto de vista de las *Relaciones* que regula, el Derecho puede dividirse en las dos grandes clases siguientes:

1. Derecho sustantivo, y
2. Derecho adjetivo.

DERECHO SUSTANTIVO

El Derecho Sustantivo se refiere de un modo directo a las personas (naturales y jurídicas) fundamentalmente, en cuanto éstas son sujetos de derechos y obligaciones. Específicamente se refiere al Estado (condiciones de existencia, relaciones con otros Estados y relaciones con los miembros que lo componen), a la Sociedad (relaciones de los individuos con los diferentes grupos sociales, organización del trabajo humano, seguridad social, etc.) y a las Personas Particulares (relaciones de los individuos privados entre sí, de la familia, relaciones con las cosas, etc.).

Esta rama del Derecho comprende los tres grupos siguientes:

1. Derecho público,
2. Derecho social, y
3. Derecho Privado.

Indudablemente en todo Derecho se encuentran elementos de interés público, que se infiere del fin específico del Derecho. No obstante, puede dividirse el Derecho en '*público*', '*social*' y '*privado*', como se anotó, según se procure directamente el bien común o tengan primacía los intereses de algunas clases o agrupaciones sociales o simplemente tengan prioridad las conveniencias meramente individuales, estando estos dos últimos grupos en todo caso ordenados al bien colectivo.

DERECHO PÚBLICO. El Derecho Público comprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización y actividad del Estado, las relaciones entre los diferentes Estados y las existentes entre el Estado con los miembros que la componen (Gobernantes y Súbditos).

Por Derecho Público se designa, dice Bonnecase, “el conjunto de reglas e instituciones que, por una parte, traducen tanto la estructura jurídica del Estado como la de las personas morales públicas en general, y, por otra parte, gobiernan en primer lugar las relaciones de estos organismos entre sí, y también las relaciones de éstos con los particulares”⁵⁴.

En lo que respecta al concepto de '*Estado*' existen diversas teorías que coinciden en sus elementos fundamentales sin los cuales es imposible

concebirllo (un territorio, una sociedad y un gobierno) y que en esencia lo consideran como el máximo instrumento jurídicamente organizado por el grupo social para procurar satisfacer debidamente sus necesidades de todo orden. Así, tenemos que para Latorre “El Estado Moderno se presenta como una comunidad asentada en un territorio y dotada de una organización política independiente, entendiendo por tal una organización de poder dirigida al gobierno de la comunidad, y de un poder que es originario, es decir, no derivado de otro poder superior”⁵⁵. Por su parte Dorantes, concluye que los elementos del Estado son: El territorio, la población (gobernantes y gobernados) y el poder autárquico (soberano y originario) y lo define “como un conjunto de seres humanos que viven sobre un territorio, regidos por un poder autárquico”⁵⁶. Según parecer de Duguit, la finalidad del Estado es la de realizar, satisfacer los servicios públicos, las necesidades colectivas, de ahí que lo definiera como “un organismo para prestar servicios públicos”, es decir, una empresa de servicios públicos. Al respecto Castro M. expresa que “Por eso se admite que la característica de un Estado es su capacidad para satisfacer las necesidades generales por medio de los servicios públicos y que la administración pública es la manifestación de la autoridad”⁵⁷. Para otros autores, el Estado ‘*es la nación jurídicamente organizada*’, o más simplemente, como dice Barthélemy: “El Estado es la nación organizada”.

No sobra hacer mención del llamado ‘*Estado de Derecho*’ que no es otro que aquél en que, tanto su organización y funcionamiento como el ejercicio del poder, en sus diferentes grados, deben estar sujetos a un preciso ordenamiento jurídico, que asegure su propia actividad y la debida práctica de los deberes y derechos de los particulares. Es decir, que impere la ‘seguridad jurídica’, o sea que la actividad del Estado, el uso de las libertades individuales y el ejercicio de los derechos de las personas entre sí y frente al Poder Público, estén resguardados por una real regulación de Derecho, a la cual deben someterse tanto el Estado mismo como los miembros que lo componen (Gobernantes y Gobernados). Una concepción más actual del Estado de Derecho, lo considera no solamente garante de las libertades civiles y políticas inherentes a la persona humana, sino que el ordenamiento jurídico abarca también y en forma sustancial, las llamadas libertades económicas, pues, se considera, que no puede tener vigencia una verdadera libertad política si no se fundamenta en una real seguridad económica y social de todos los miembros del grupo. Por otro aspecto, no sobra anotarlo, puede inferirse de lo anterior que, en un Estado de Derecho, el Poder Público no debe emplearse indebidamente en su propio beneficio, mucho menos en favor exclusivo de

sus Autoridades o de alguna o algunas personas, grupos u organizaciones de cualquier tipo (abuso del poder) con detrimento de los derechos individuales y colectivos (civiles, económicos y políticos).

Sobre el particular comenta la Corte Suprema: “Los derechos que hacen referencia a la vida, a la libertad personal y a la propiedad, son derechos que merecen protección y garantía de exigibilidad. Esencialmente constituyen el núcleo intangible del sistema político de la democracia constitucional; rigen como principios superiores al orden jurídico positivo, y aun cuando no estén consignados expresamente en un texto legal. Encarnan ellos, en su conjunto, la dignidad del hombre. Estas libertades inherentes a la persona, que por lo común se denominan libertades Civiles, se distinguen de las libertades económicas y políticas. Dentro de la primera categoría está la defensa contra la detención arbitraria o ‘*habeas corpus*’; la segunda categoría, o sea la de las libertades ‘económicas’, abarca todo aquello que cobija el concepto de autodeterminación económica; y en cuanto a la categoría de las libertades ‘políticas’, se relaciona directamente con la participación del individuo en el proceso político: Libertad de opinión pública, de reunión, derecho al sufragio libre y secreto, y posibilidad de acceso, en igualdad de condiciones, al servicio público. Se ha operado de este modo, en el ámbito de los distintos Estados, en mayor o menor grado, la estructuración de un régimen democrático funcional o social, y no meramente político. Por ello se afirma que el Estado de Derecho Moderno no puede ser otro que el que garantiza, mediante su organización jurídica, la libertad humana cimentada en la seguridad económica, social y cultural, tal como lo establece la Constitución colombiana, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948”⁵⁸.

El Derecho Público comprende las siguientes clases principales:

1. Constitucional. El Derecho Constitucional (algunos lo denominan ‘*Político*’) se refiere a las normas jurídicas que reglamentan la organización y funcionamiento del Estado, es decir, los elementos fundamentales de la vida política; su objeto de estudio son las reglas básicas del Estado, o sea, en un régimen presidencial como el colombiano, su sistema de gobierno, la división del Poder Público, el régimen de las personas nacionales y extranjeras, los Derechos Civiles y Garantías Sociales, de la Religión y de las relaciones del Estado con los grupos religiosos, del Congreso, del Presidente de la República, del Ministerio Público, de la Administración de Justicia, de la Fuerza Pública, etc. La Constitución Nacional (C.N.) es la principal fuente positiva de esta clase de derecho.

Toda agrupación social políticamente organizada en forma permanente requiere de una ordenación jurídica, mediante la cual se desarrolla el grupo y a la cual deben someterse todos sus miembros componentes. Dicha reglamentación de derecho fundamental o estatuto primario es a lo que suele denominarse '*Constitución Política*' o '*Carta Constitucional*'.

La Constitución Nacional o Constitución Política es la norma, o más exactamente, el conjunto de normas fundamentales de un Estado que da forma a su sistema jurídico y régimen político, ya sea este de tipo liberal, socialista, etc. Una Constitución Política "No es otra cosa –expresa Vattel– que la ordenación fundamental que determina el modo o manera como debe ser ejercida la autoridad pública". La Constitución Política, en fin, regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, señala los derechos y obligaciones de los habitantes y reglamenta el ejercicio del poder y la conducta de las personas que desempeñan el gobierno.

Como ejemplos de Estatutos o Leyes Fundamentales de esta clase, se pueden mencionar los siguientes: Leyes de Licurgo (Esparta, siglo IX a. C.), Leyes de Dracón (Atenas, siglo VII a. C.), Constitución de Solón (Atenas, siglo VI a. C.), Ley de las XII Tablas (Roma, siglo IV a. C.), la Carta Magna (Inglaterra, 1215) complementada con los Estatutos o Provisiones de Oxford (1258), Petición de Derechos (Inglaterra, 1628), Bill of Rights (Declaración de Derechos, Inglaterra, 1689), Constitución de los Estados Unidos de Norte América (1787), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia 1789), etc.

En cuanto a nuestra patria, Colombia, tenemos las siguientes normas fundamentales. Constitución de Cundinamarca (1811), Constitución de la República de Tunja (1811), Constitución del Estado de Antioquia (1812), Constitución de la República de Cundinamarca (1812), Constitución del Estado de Cartagena de Indias (1812), Constitución Provincial de la Provincia de Antioquia (1815), Constitución de la República de Colombia (La Gran Colombia) (Cúcuta, 1821), Constitución de la República de Colombia (La Gran Colombia) (Congreso Admirable) (Bogotá, 1830), Constitución del Estado de la Nueva Granada (1832), Constitución Política de la República de la Nueva Granada (1843), Constitución Política de la Nueva Granada (1853), Constitución Política para la Confederación Granadina (1858), Constitución de los Estados Unidos de Colombia (Rionegro, 1863), Constitución de la República de Colombia (1886) y Constitución Política de Colombia (Santa Fe de Bogotá, julio 4 de 1991), actualmente en vigencia.

La Constitución Política de un país no puede ser en forma alguna un ordenamiento jurídico inmodificable, rígido, pues las situaciones sociales y políticas de las cuales debe ser un reflejo, van variando a través del tiempo, lo que obliga a la comunidad a adecuar periódicamente su reglamentación básica a las nuevas condiciones que se van creando en el medio social. De ahí que las Cartas Constitucionales deban modificarse, '*enmendarse*' y a veces reformarse sustancialmente, cuando las circunstancias socio-económicas y políticas así lo exijan, siguiendo para ello, en lo posible, claro está, un criterio auténticamente científico que consulte la realidad del momento histórico y las genuinas necesidades y anhelos de las gentes, y no por un simple y caprichoso prurito '*reformista*' o fruto de la imposición de un grupo o partido político que eventualmente detente el poder.

Para '*reformar*' una Constitución Política existen varios sistemas, entre ellos como más importante se pueden mencionar los siguientes:

- a) El del Plebiscito o consulta al voto popular directo, empleado en Colombia en 1957 (1º de diciembre) y en 1990 (9 de diciembre).
- b) El de la Asamblea Constituyente o Cuerpo Constituyente, usado en nuestro país en 1886 y en 1991 (art. 376 C.N.).
- c) Cuerpos Legislativos en función de Constituyente, pero con ratificación posterior de los ciudadanos mediante voto directo ('*Referendum*'), sistema acogido por la actual Constitución Política de Colombia (arts. 374 a 379).
- d) El de los Cuerpos Legislativos en función de Constituyente, que es el sistema adoptado tradicionalmente por las Constituciones Políticas Colombianas.

En efecto, respecto de los mencionados sistemas reformatorios constitucionales, nuestra Carta Magna vigente (1991), dispone:

"*Artículo 374.* La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo".

"*Artículo 375.* Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los Concejales o de los Diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos al cinco por ciento del censo electoral vigente.

"El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período, la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero".

“Artículo 376. Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

“Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral.

“La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección, quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones. La Asamblea adoptará su propio reglamento”.

“Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”.

“Artículo 378. Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someterse a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado que votan positivamente y que votan negativamente.

“La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral”.

2. Administrativo. El Derecho Administrativo trata de los principios y normas que regulan las relaciones del Estado con los individuos que lo componen. Esta clase de derecho se refiere a la parte dinámica de los diferentes órganos que constituyen el Estado y hace relación a su función administradora, o sea la prestación de servicios públicos. El Derecho Administrativo además de estudiar el complejo engranaje de la organización administrativa del Estado, se ocupa de la actividad de esos organismos que componen dicho ente jurídico, en lo referente a la manera como deben satisfacerse las necesidades colectivas por la prestación adecuada de los servicios públicos.

“Todo Estado –comenta al respecto Latorre– despliega una actividad para realizar unos fines. En un sentido amplio se llama ‘administración’ a esa actividad y a los órganos creados para su ejecución. También en un sentido

muy amplio puede llamarse Derecho Administrativo a las normas jurídicas que rigen tales actividades y la organización de esos órganos”⁵⁹.

“El Derecho Administrativo –expresa Luis Roland– no es sino una rama del Derecho Público. Él se refiere al Estado y a sus relaciones con los individuos. Está constituido por el conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de servicios públicos y las relaciones de estos con los particulares. Se diferencia del derecho constitucional en que a éste concierne la estructura misma del Estado, la organización y las relaciones de los poderes públicos y los derechos fundamentales de los individuos. El administrativo se ocupa solamente de los servicios que constituyen la administración”⁶⁰.

Por su parte Castro M., comenta sobre el particular que “algunos autores consideran que el Derecho Constitucional es la gran maquinaria estatal, en tanto que el Derecho Administrativo es el sistema equilibrado y armónico del movimiento de ese gran mecanismo político, que tiene por fin realizar el bienestar común”⁶¹.

Según el mencionado Castro M., el Derecho Administrativo comprende:

- “1. El régimen constitucional de los funcionarios y de las corporaciones del orden administrativo;
- “2. Las leyes que crean y organizan los servicios públicos;
- “3. Los reglamentos, y
- “4. La práctica administrativa y los procedimientos técnicos en el funcionamiento de los servicios públicos”⁶².

3. Penal. Esta rama del Derecho Público, llamada también Derecho Criminal, señala qué actos constituyen delitos y cuáles son las penas (sanciones) correspondientes. La sociedad para su protección y a través del Estado, en virtud de su derecho de defensa del orden jurídico (*ius puniendi*), atribuye la calidad de ‘*delito*’ a ciertas formas de conducta de los asociados que considera perjudiciales, señalando el castigo o pena que debe imponerse a los sujetos que en esa forma anti-social se comporten. El conjunto de normas jurídicas que regulan esos ‘*delitos*’ y señalan las penas consiguientes conforman el Derecho Penal.

“En Colombia, en virtud de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (nuevo Código Penal), que entra a regir a partir del 24 de julio de 2001, se derogó el, hasta entonces vigente, Código Penal (Decreto 100 de 1980). Este nuevo código siguiendo la pauta trazada por la Constitución Nacional, además de considerar a la ‘dignidad humana’ como fundamento del derecho penal, expresa en su artículo sexto, lo siguiente:

“La legalidad.- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía solo se aplicará en materias permisivas”.

Por su parte la Constitución Nacional, en el artículo 29, establece:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes del acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva, o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

“Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Las disposiciones transcritas, como se puede apreciar, consagran los postulados fundamentales de la norma penal, siendo los cuatro primeros referidos más propiamente a ésta y los dos últimos concretamente al juicio, así:

a) *Legalidad del delito*, es decir, que no puede ser delito un hecho, sino por expresa declaración del legislador y antes de que se haya cometido (Principio de ‘tipicidad’ y de ‘irretroactividad’) (*‘Nullum crimen sine praevia lege penale’*);

b) *Legalidad de la pena*, o sea, que no puede imponerse una pena o una medida de seguridad que no esté claramente indicada por la ley también antes de la ocurrencia del delito (*‘Nulla poena sine praevia lege penale’*).

c) *Realidad del hecho punible*, es decir, que no puede aplicarse una sanción sino como consecuencia de la ejecución del hecho delictuoso, el cual debe estar probado debidamente dentro del proceso correspondiente (*‘Nulla poena sine crimine’*);

d) *Favorabilidad de la ley*, es decir, que en materia criminal la disposición permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (art. 6º, C.P.);

e) *Legalidad del proceso*, o sea que a nadie se le puede imponer un castigo sino mediante las formalidades legales propias de cada juicio ('*Nulla poena sine iudicio*'), y

f) *Competencia judicial*, es decir, que únicamente los organismos o jueces instituidos para ello por la ley pueden aplicar la norma penal ('*Nemo iudez sine lege*').

Los anteriores postulados, básicos fundamentos del orden político en un Estado de Derecho, fueron resumidos con meridiana claridad en el artículo 8º de la '*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*' (Francia, 1789), el cual reza:

"La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada".

Para terminar esta parte, no sobra hacer mención de una categoría de normas penales muy importantes, las de naturaleza castrense, que conforman el llamado '*Código de Justicia Penal Militar*', que regula, fundamentalmente, la jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar; los hechos considerados como delitos militares y las penas correspondientes y los procedimientos establecidos en la investigación de dichos delitos y la aplicación de las penas consiguientes.

4. Tributario. El Derecho Tributario comprende el conjunto de principios y normas que regulan los gravámenes impositivos (Impuestos, Tributos o '*gabelas*') que pesan sobre los habitantes del país para el sostenimiento del Estado. En efecto, toda persona por el hecho de hacer parte de un grupo social, está obligada para con éste a contribuir con una parte equitativa de sus bienes, para que dicha agrupación, a través del Estado, pueda sufragar los gastos que demanda la prestación de los servicios públicos y pueda promover al desarrollo económico y social de la comunidad. "En general, dice la Enciclopedia Monitor, el fin del impuesto es proporcionar al Estado medios financieros que, junto con los obtenidos por otras vías, habrán de sostener el gasto público".

Los impuestos suelen dividirse en dos clases, así:

a) *Directos*, considerados como más justos y democráticos pues se fundamentan en la capacidad económica de las personas, son, al decir de algunos autores, los que se "cargan directamente sobre el contribuyente" gravando, generalmente en forma progresiva, sus utilidades y su patrimonio. Por ejemplo, el impuesto sobre la renta (de trabajo, de capital, mixta, de goce, etc.), etc.

b) *Indirectos*, que, como su nombre lo indica, son aquellos que se “cargan indirectamente”, afectando por igual a todas las personas que realizan los actos que los originan, sin tener en cuenta la riqueza individual de los gravados. Por ejemplo, los de consumo (cerveza, cigarrillos, etc.), de aduanas, sobre actos jurídicos, de timbre, etc.

Sobre el particular el profesor Esteban Jaramillo comenta: “Según algunos autores, los impuestos ‘directos’ son los que se pagan por la misma persona a quien se grava con ellos, y los ‘indirectos’, aquellos que son cubiertos por otra u otras personas distintas, en virtud del traspaso de la carga tributaria, hecho por el individuo gravado. Mas esta definición ha sido rechazada por muchos expositores modernos, pues confunde la calidad de directo o indirecto del gravamen con el fenómeno de la traslación. Al tratar de este último veremos que hay impuestos indirectos que no se trasladan, y directos que pueden hacerse pesar sobre las personas distintas del primer contribuyente.”

“En concepto de otros expositores, se entiende por impuesto directo el que se establece en virtud de hechos fijos y constantes, como la persona, la propiedad, la renta, etc., y se recauda sobre catastro o listas nominativas; impuesto indirecto el que se establece por medio de tarifas impersonales sobre ciertos hechos intermitentes. Según estas definiciones, son impuestos directos de capitación o gravamen personal y las imposiciones sobre la propiedad raíz o mueble y sobre la renta, e indirectos los de aduanas, de consumo y sobre las operaciones comerciales e industriales. El impuesto sobre las sucesiones tiene todos los caracteres de un gravamen directo, según la primera teoría, puesto que no es susceptible de traslación, y conforme a la segunda, debe considerarse como indirecto, porque grava la transmisión de la propiedad por causa de muerte y se establece por medio de una tarifa impersonal. Para mejor distinguir las dos clases de impuestos, afirma Foville, puede decirse que los indirectos corresponden al verbo ‘hacer’ y los directos a los verbos ‘ser’ o ‘tener’. ‘Hacer’ un consumo, una introducción de mercancías o un negocio comercial, da origen a un impuesto indirecto; ‘ser’ propietario o ‘tener’ una renta, ocasiona un impuesto directo”⁶³.

La principal fuente positiva vigente de esta clase de derecho en Colombia es el Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirieron las Leyes 75 de 1986 y y 43 de 1987, Ley 633 de 2000 (Reforma Tributaria), etc.

5. Aduanero. Esta rama del Derecho Público se refiere a los principios y normas que regulan la exportación e importación de productos y mercaderías en general.

El Estado suele gravar con impuestos las mercancías importadas o exportadas. Estos impuestos, llamados de aduana, pueden ser '*específicos*' o '*ad valorem*', según se graven las mercaderías por su peso, tamaño o volumen, o por su valor y de acuerdo con un '*arancel*' (Arabe '*alam elacer*', registro de precios), o sea la tarifa oficial que determina o señala los derechos de aduana. El Arancel constituye un eficaz instrumento '*proteccionista*' de la producción nacional de un país, en oposición a la tendencia '*librecambista*' que sería la importación de mercancías extranjeras sin gravámenes aduaneros.

6. Internacional público. El Derecho Internacional Público estudia y reglamenta las relaciones existentes entre los diferentes Estados, pues estos, como personas jurídicas de Derecho Público, son sujetos de derechos y obligaciones y como tales relacionados entre sí.

"El Derecho Internacional Público –expresa Bonnecase– es el conjunto de reglas e instituciones destinadas a prevenir o a resolver los conflictos entre Estados, cuando dichos conflictos ponen en juego intereses relativos a estos Estados, tomados como personas morales soberanas"⁶⁴.

No sobra anotar que con el término '*Institución*', o más concretamente '*Institución Jurídica*' que con amplitud emplea el citado profesor Bonnecase y que se encuentra en todos los ámbitos del Derecho, se refiere al conjunto de reglas jurídicas que constituyen un todo orgánico y que comprende variedad de relaciones, derivadas todas ellas de un hecho fundamental único, que la domina y rige su estructura y desarrollo. Por ejemplo, el conjunto de preceptos legales referentes al matrimonio, constituye una institución jurídica. Reglas estas que regulan múltiples relaciones derivadas todas de un hecho fundamental: "La unión de los sexos, revestida con un mismo fin: La organización social de esta unión".

Por su parte Caicedo Castilla manifiesta que el Derecho Internacional Público "comprende aquellos principios que gobiernan las relaciones de los Estados desde el punto de vista de sus intereses políticos y generales"⁶⁵.

El Derecho Internacional Público tiene una característica especial que lo diferencia sustancialmente de las otras clases de Derecho, y es que carece de un poder coercitivo, y ello se debe a que las normas que lo conforman no proceden de ninguna autoridad constituida a un nivel superior al de los Estados individualmente considerados, sino que emanan del simple consentimiento de dichos Estados. La ausencia de este elemento fundamental (la Garantía) ha determinado en la práctica la impotencia de este Derecho para sancionar las violaciones de las normas de carácter internacional, generalmente contenidas en convenios o tratados interestatales.

DERECHO SOCIAL. El llamado Derecho Social, en una concepción un poco restringida, tiene por objeto la regulación de las relaciones existentes entre los individuos y los diferentes grupos sociales. Estudia la sociedad y su organización en lo que respecta al trabajo humano y busca que se realice la Justicia a las clases trabajadoras. Esto desde un punto de vista limitado, pues, como manifiesta Radbruch, tomando el concepto más ampliamente, “el derecho social no conoce simplemente personas; conoce patrones y trabajadores, obreros y empleados”. Y agrega el mismo autor: “Rasgos característicos del Derecho Social es lo que podríamos llamar la tendencia ‘publicística’ del Derecho Privado, la injerencia del Derecho Público en las relaciones jurídicas reservadas hasta ahora al Derecho Privado exclusivamente, como ocurre, por ejemplo, en la legislación protectora de los inquilinos, en la explotación de las superficies habitables o en las tarifas y normas de vigilancia de precios...”⁶⁶.

Respecto de la denominación ‘Derecho Social’, Bonnecase manifiesta su inconformidad, así: “La expresión Derecho Social tiene, por tanto, una significación de fondo, por lo demás muy vaga. Por consiguiente, no se debe hacer de ella un empleo general, como se acostumbra en la actualidad. Esta expresión debería desaparecer de nuestra terminología jurídica, porque no engendra sino confusión. En efecto, parece que gracias a esa expresión, pueden coexistir el derecho simplemente y el derecho social. ¿En qué, pues, se diferencia uno del otro. Y a cuál está reservado fatalmente el predominio? En realidad, no existe sino el derecho simplemente, que reviste por la misma fuerza de las cosas un carácter social, toda vez que aparece en el origen de las sociedades y gobierna ineludiblemente su desarrollo”⁶⁷.

El Derecho Social comprende principalmente las siguientes clases:

1. Laboral. El Derecho Laboral, llamado también ‘Derecho del trabajo’, se refiere a los principios y a las normas que regulan las relaciones existentes entre el capital y el trabajo, es decir, entre Patrones y Trabajadores. “El Derecho del Trabajo –comenta Walker Linares– es el conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económico-social de los trabajadores de toda índole”⁶⁸. Por su parte E. Krotoschin conceptualiza que “el derecho del trabajo es el conjunto de los principios y normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad, el que se limita al trabajo prestado por trabajadores independientes, comprendiendo todas las consecuencias que en la realidad social surgen de ese presupuesto básico, y cuyo sentido intencional apunta a lo jurídico”⁶⁹.

En Colombia está vigente el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2663 y 3743 de 1950) y demás disposiciones que lo adicionan y reforman (Ley 50 de 1990 sobre Reforma Laboral, etc.).

2. Agrario. Esta clase de Derecho Social trata de los principios y normas que deben regular y las que reglamentan las relaciones existentes entre los propietarios de las tierras aptas para el cultivo agrícola (latifundistas, terratenientes, hacendados, etc.) y los individuos que laboran esas mismas fincas (colonos, aparceros, trabajadores campesinos, etc.). En Colombia se está iniciando, quizá con cierta lentitud, un proceso reformatorio de los sistemas de latifundio, minifundio, aparcería, colonaje, etc., en virtud de la llamada '*Reforma Agraria*' (Ley 135 de 1961 sobre '*Reforma Social Agraria*' y su Decreto Reglamentario N° 3177 del mismo año).

3. Locatario. El Derecho Locatario (Lat. '*locatio*', arriendo, alquiler) se refiere a los principios y normas jurídicas que deben implantarse y las que actualmente están en vigencia en las relaciones existentes entre los propietarios de los inmuebles o fincas raíces, especialmente dedicados a habitación, y los tenedores de dichos bienes a título de inquilinos o arrendatarios. Actualmente en Colombia está naciendo un movimiento tendiente a revisar la estructura de la propiedad inmobiliaria a través de lo que se podría llamar la '*reforma urbana*'. En este campo desde el punto de vista del derecho positivo únicamente se han dado unos modestos pasos referentes, primeramente con la denominada '*congelación de arrendamientos*' (Decreto 1070 de 1956, etc.) y por último, con la reglamentación del control de arrendamientos de vivienda urbana (clasificación, duración obligación de las partes, matrícula de arrendadores, estimación del canon según el avalúo catastral, etc.) (Decreto 3817 de 1982, Ley 56 de 1985, Ley 9^a de 1989 sobre Reforma Urbana, etc.).

Es conveniente saber que "El catastro es el inventario o censo, debidamente actualizado, de los inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares, con el objeto de lograr su correcta identificación Física, Jurídica, Fiscal y Económica (Art. 2º Decreto 3496 de 1983)".

DERECHO PRIVADO. El Derecho Privado comprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones entre los sujetos cuando estos actúan particularmente sin revestimiento del poder público, oficial; es decir, que esta clase de derecho reglamenta las relaciones existentes entre las personas privadas entre sí, las de la familia, las existentes entre los hombres y las cosas y las concernientes a ciertas actividades constitutivas de determinadas profesiones o industrias, como el comercio, la minería, etc.

“Se entiende por Derecho Privado, expresa Bonnecase, el conjunto de reglas y de instituciones que, por una parte, gobiernan las situaciones jurídicas y las relaciones de derecho extrañas a la idea de poder público o de servicio público y, por otra parte, presiden tanto la organización social de la familia como el empleo de la noción de personalidad en su aplicación a las personas físicas y a las agrupaciones y fundaciones surgidas de la iniciativa privada y relacionadas exclusivamente con intereses privados”⁷⁰.

El Derecho Privado se diferencia del Derecho Público en que aquél actúa sobre un plano de igualdad, pues todas las personas que intervienen en dicho campo se consideran jurídicamente iguales (Relación de coordinación), y éste, por ser desiguales las partes actuantes, como un derecho entre superiores y subordinados (Relaciones de subordinación).

El Derecho Privado se puede dividir en las siguientes ramas:

1. Civil. El Derecho Civil, conocido también como '*Derecho Privado Común*', es el derecho aplicado a la generalidad de los individuos sin tener en cuenta profesión, religión, oficio, raza, etc., y comprende el conjunto de principios y normas que regulan las instituciones de la personalidad, la familia, los contratos y obligaciones en general, la sucesión hereditaria, la propiedad, etc., permitiendo en parte el desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad de los sujetos, naturalmente dentro de los límites concedidos por el bien común. La principal fuente positiva de esta clase de derecho en Colombia es el Código Civil (C.C.) y demás disposiciones que lo adicionan y reforman.

No sobra transcribir lo que al respecto de este tema comenta Latorre, así: “El Derecho Civil es el Derecho Privado por excelencia. Prescindiendo de la opinión de quienes confunden prácticamente ambos términos, el Derecho Civil se presenta, según la opinión más seguida hoy, como la disciplina jurídica que tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre particulares considerados como personas en general y no con referencias a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. El Derecho Civil se configura en la actualidad sobre dos líneas básicas: La de ser un derecho privado ‘general’, es decir, aplicable como fundamento de todas las ramas del Derecho Privado, y la de ser un Derecho en cierto modo residual, porque entra en su esfera todo aquello que no le ha sido sustraído por otras ramas del Derecho Privado, como el Derecho Mercantil”. Y más adelante agrega: “Las discusiones sobre la situación actual del Derecho Civil no deben inducir a error respecto al papel esencial que sigue jugando en la educación jurídica y en la teoría y práctica del Derecho. Esta importancia reside no sólo y no tanto en el número

de litigios y problemas jurídicos estrictamente civiles que se plantean, que está en franca disminución, ni en las cuestiones teóricas que analiza, sino en que sigue constituyendo el trasfondo general ante el que se mueve la mayoría de las otras disciplinas jurídicas. Sin un conocimiento adecuado del Derecho Civil el resto del Derecho se hace incomprensible. El Derecho Civil es, como se ha dicho con frecuencia, un Derecho común que suple las normas de las otras ramas jurídicas y llena, por así decir, sus huecos. Es además la disciplina jurídica que ha experimentado la más larga y refinada elaboración doctrinal y la que proporciona el sistema de conceptos y el conjunto de actitudes mentales más completas y perfiladas en el mundo del Derecho. En ese sentido, por lo menos, su valor actual sigue intacto”⁷¹.

2. Comercial. Esta rama del Derecho Privado, también llamado ‘Derecho Mercantil’, es la que regula las relaciones que crea el comercio (Lat. ‘comercium’, de ‘cum’, que significa ‘con’ y ‘merx’, mercancía), o sea la actividad consistente en la prestación de determinados servicios y en el traspaso de ciertos bienes de productores a consumidores. El Derecho Comercial fija principios y reglas para establecer las disposiciones a que deben sujetarse los comerciantes, los actos, operaciones y empresas mercantiles.

‘Comerciante’ es toda persona que se dedica al comercio. Pero para que en nuestro Derecho una persona sea considerada como ‘comerciante’ se requiere que, además de tener la capacidad y habilidad legales para ejercer el comercio, se ocupe ‘profesionalmente’, ya sea mediante apoderado, intermediario o testaferro, en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (arts. 10 y 20 C. Co.).

En cuanto al concepto ‘empresa’ nos limitamos a transcribir lo que al respecto dice el Código de Comercio, en cuyo artículo 25 textualmente se expresa:

“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

La principal fuente positiva de esta clase de derecho especial, aplicable como se vio, sólo a un sector específico de relaciones jurídicas, se encuentra en Colombia en el nuevo Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).

3. Minero. El Derecho Minero trata de los principios y las normas que regulan las relaciones existentes entre las personas y las ‘minas’, en lo que respecta a su descubrimiento, denuncio, adjudicación, posesión, dominio, explotación, etc. Al respecto el profesor Juan C. Molina define las ‘minas’

como yacimientos naturales de sustancias minerales, sólidas, apropiables, útiles y aprovechables en la industria, ya se encuentren en la superficie o en el interior de la tierra”⁷².

Algunos tratadistas, considerando la enorme importancia del Derecho Minero y habida cuenta de la cada vez mayor utilidad colectiva de muchos minerales con la consiguiente inconveniencia de que tales riquezas estén bajo la tutela de los apetitos particulares, prefieren ubicarlo en un campo jurídico distinto al del Derecho Privado.

4. Internacional privado. Esta clase de Derecho Privado se refiere al conjunto de principios y normas aplicables a los conflictos que ocurrán entre los Estados, en cuanto, por sus respectivas legislaciones, regulan las relaciones privadas de sus nacionales, o de los extranjeros que se encuentren en sus territorios.

Al decir de Bonnecase, “El Derecho Internacional Privado interviene con motivo de sus intereses particulares de súbditos que dependen de los diversos Estados, para determinar la nacionalidad de cada uno, la condición jurídica de un extranjero en el territorio de un Estado determinado, la ley que ha de regir una situación de derecho o una situación jurídica que a primera vista es susceptible de caer bajo el dominio de varias legislaciones, como sería el caso, por ejemplo, de un francés que contrajere matrimonio con una italiana en España, o de un francés que compre mercancías a una belga en Inglaterra”⁷³.

Caicedo Castilla define el Derecho Internacional Privado como “la rama del Derecho que tiene por objeto, además de estudiar la nacionalidad de las personas y la condición jurídica de los extranjeros, resolver los conflictos que surgen entre los Estados con motivo de la oposición de sus leyes y de los intereses privados de sus súbditos respectivos”⁷⁴.

Las fuentes del Derecho Internacional Privado, siguiendo al mencionado Caicedo, son: a) Los Tratados o Acuerdos Internacionales de trascendencia; b) La Costumbre Internacional; c) La Legislación y Jurisprudencia de los Estados, y d) La doctrina de los autores.

DERECHO ADJETIVO

El orden jurídico, en especial lo concerniente a la protección y garantía de los derechos de las personas, descansa en la función jurisdiccional que corresponde al Estado y que éste debe cumplir por medio de órganos determinados (Tribunales, jueces, etc.) y cuyo contenido está formado por la

aplicación oportuna del Derecho a los casos concretos, de acuerdo con reglas y procedimientos previamente señalados por el mismo Estado, por lo general de manera prolja y detallada. Este conjunto de normas, del cual se valen los sujetos para la realización del Derecho, es lo que se denomina Derecho Adjetivo o '*Derecho Sancionador*' y que algunos entendidos prefieren llamar '*Derecho Procesal*' o '*Derecho Procedimental*'. Concretamente esta clase de Derecho trata de los organismos encargados de administrar justicia, precisa su jurisdicción y competencia respectiva y señala las formas que deben observarse en la tramitación de los procesos.

El Derecho Adjetivo puede definirse, según palabras de Devis E., "como la rama del derecho que regula la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fija el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla"⁷⁵.

Por su parte el tratadista D'Onofrio manifiesta que el Derecho Procedimental o Procesal "estudia aquel sistema de normas que tienen por objeto y fin la realización del Derecho Objetivo, a través de la tutela del Derecho Subjetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional".

No es suficiente prescribir un completo estatuto jurídico procesal, inspirado en las más modernas teorías al respecto y adecuado al momento histórico del grupo social, sino que es fundamental el funcionamiento de un engranaje judicial, técnicamente organizado y que consulte la realidad litigiosa y geográfica del país, que permita en la práctica, administrar '*pronta y cumplida justicia*'⁷⁶.

En un Estado de Derecho democrático y de acuerdo con la teoría de la Separación de las Ramas del Poder Público, se requiere que el mecanismo especialmente encargado de aplicar el Derecho a los casos concretos (jueces, tribunales, etc.), particularmente la Rama Jurisdiccional (El '*Poder Judicial*' como algunos todavía acostumbran denominar), goce de plena autonomía, es decir, que opere independientemente de posibles presiones y entrometimientos indebidos de las otras ramas del Poder Público, especialmente de la Ejecutiva, sin perjuicio, claro está, de la '*colaboración armónica*', que según nuestra Carta Constitucional debe imperar entre ellas⁷⁷. Además de lo anterior, es imprescindible la existencia de una auténtica '*Carrera Judicial*', ajena a todo género de intrigas e '*influencias*' (políticas, económicas, etc.), juiciosamente elaborada y cimentada principalmente, en la idoneidad moral y científica de los individuos a quienes debe encomendarse la alta misión de aplicar justicia. No

hay duda que la presencia de una Judicatura autónoma y exigente, cuyos juzgadores obran libremente, con espíritu de servicio público, inmunes en lo posible a circunstancias que puedan afectar su imparcialidad y ceñidos únicamente al ordenamiento jurídico, es suficiente garantía para asegurar a las personas una verdadera protección de sus intereses legítimos y justos derechos.

El Derecho Procedimental comprende principalmente las ramas siguientes:

1. Procedimiento civil. Esta rama del Derecho Procesal trata del conjunto de principios y normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en el campo del Derecho Civil. Su fuente principal en el régimen jurídico principal en el régimen jurídico colombiano es el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), llamado comúnmente otra vez 'Código Judicial' (C.J.) (Decreto 1400 de 1970, actualmente en vigencia, y que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 4^a de 1969).

No sobra anotar, según dispone el mencionado reglamento, procesal, que la administración de Justicia en el Ramo Civil se ejerce permanentemente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las salas civiles de los tribunales superiores de distrito judicial, los jueces de circuito, municipales, territoriales y de familia (art. 7º C.P.C.). Asimismo, todos aquellos negocios que no estén atribuidos por la ley a otras jurisdicciones, como ocurre, por ejemplo con la casi totalidad de los asuntos del área mercantil, corresponden también a la jurisdicción civil (art. 12 C.P.C.). Por otra parte, mediante el Decreto 2272 de 1989, se organiza la Jurisdicción de Familia, se crea la Sala de Familia en los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y se dispone que los Jueces Civiles y Promiscuos de Menores se denominarán en adelante Jueces de Familia y Promiscuos de Familia.

2. Procedimiento penal. El Derecho Procesal Penal trata de los principios y normas que tienen por objeto y fin la realización del Derecho Objetivo Penal, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Concretamente se refiere a las normas que regulan la investigación de los delitos y la aplicación de las sanciones penales correspondientes. Su finalidad radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se busca garantizar la represión de un hecho delictuoso con la imposición de un castigo. Su principal fuente se halla en el Código de Procedimiento Penal (C.P.P.) (Ley 906 de 2004).

La administración de justicia en lo penal, expresa el artículo 31 del C.P.P., está conformada por los siguientes órganos jurisdiccionales: 1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; 2.- Los Tribunales Superiores

de Distrito Judicial; 3.- Los Juzgados Penales de Circuito Especializados; 4.- Los Juzgados Penales de Circuito; 5.- Los Juzgados Penales Municipales; 6.- Los Juzgados Promiscuos cuando resuelven asuntos de carácter penal; 7.- Los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad; 8.- Los Jurados en las causas criminales, en los términos que determine la ley.

También ejercerán jurisdicción penal, agrega el mencionado artículo, las autoridades judiciales que excepcionalmente cumplen funciones de control de garantías. El Congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación ejercerán, así mismo, determinadas funciones jurisdiccionales.

Además de la jurisdicción penal ordinaria conformada por los órganos atrás anotados, existe la jurisdicción penal militar (tribunales militares) y la jurisdicción indígena.

3. Procedimiento laboral. Esta rama del Derecho Adjetivo trata de los principios y normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado en el campo del Derecho del Trabajo. “El Derecho Procesal –dice al respecto Luigi de Litalia– puede definirse como aquella rama de las ciencias jurídicas que dicta las normas instrumentales para la actuación del derecho del trabajo, y que regula la actividad del juez y las partes, en todos los procedimientos concernientes a la materia del trabajo”. Su fuente principal en Colombia es el Código de Procedimiento Laboral o Código Procesal del Trabajo (C.P. del T.) (Decreto-ley Nº 2158 de 1984, actualmente en vigencia).

La administración de justicia en el ramo laboral se ejerce permanentemente en Colombia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; los Jueces del Circuito Laboral y donde no hayan estos, conocen los Jueces Civiles (o promiscuos) municipales; y los Jueces Territoriales en los Corregimientos Intendenciales y Comisariales (L. 27 de 1963, D.L. 528 de 1964 y L. 16 de 1968).

4. Otros procedimientos. Además de las mencionadas ramas de Derecho Procesal, existe variedad de ‘procedimientos’ de todo orden en el campo administrativo, policial, castrense, tributario, etc., los cuales aparecen consagrados en disposiciones especiales.

II. Además del anterior punto de vista, el Derecho puede considerarse también respecto de su *Fundamento*, según se tome como una serie de normas de conducta a las cuales deben someterse los individuos y a cuya observancia pueden ser obligados mediante la fuerza coercitiva del grupo social, constituyendo así el llamado ‘Derecho Objetivo’; o como un conjunto de facultades, prerrogativas o poderes que esas mismas reglas jurídicas reconocen

a las personas, frente a las demás, para ejecutar determinados actos, conformándose entonces lo que comúnmente suele entenderse como '*los derechos*' y que la técnica jurídica prefiere denominar '*Derechos Subjetivos*'.

Por consiguiente, de conformidad con lo expuesto, el Derecho puede dividirse en las dos clases siguientes:

1. Derecho objetivo, y
2. Derecho subjetivo.

DERECHO OBJETIVO

Objetivamente considerado, el Derecho es sinónimo de ley positiva, y está constituido por el conjunto de principios y reglas, preceptos o normas de conducta exterior (escritas y no escritas) que el individuo está obligado a obedecer y respetar, que le indican qué debe hacer u omitir, es decir, que le señalan sus derechos y obligaciones. El Derecho Objetivo es, pues, la regla jurídica de carácter general a la cual están sometidos los individuos que viven en sociedad. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, la obligación del vendedor '*a dar una cosa*' y la del comprador '*a pagarla en dinero*' (art. 1849, C.C.).

El Derecho Objetivo, comenta Radbruch, "tiene siempre un carácter imperativo; suelen verse en él un conjunto de mandatos y prohibiciones, de normas que dispensan y obligan"⁷⁸. Estas normas, como ya se dijo, son de carácter general y a cuya observancia pueden ser forzados los sujetos mediante el poder coactivo del Estado.

DERECHO SUBJETIVO

El Derecho Subjetivo, o mejor, los Derechos Subjetivos, comprenden, como ya se dijo, las situaciones favorables o prerrogativas que el Derecho Objetivo reconoce a una persona determinada, que le facultan, frente a sus congéneres, para realizar ciertas actividades. Por ejemplo, entre los '*derechos*' del autor en el contrato de Edición, se puede mencionar el que éste tiene de "efectuar las correcciones, adiciones y mejoras que estime convenientes, antes de que la obra entre en prensa..." (art. 1360, C. Co.).

En lo referente a la naturaleza de esta clase de Derecho, que constituye uno de los problemas más controvertidos de la ciencia jurídica, se han formulado varias explicaciones que pueden resumirse en las siguientes teorías:

1. Teoría de la voluntad. Según esta teoría, que conforma la posición clásica o tradicional al respecto y cuyo uno de sus principales propugnadores fue Savigny, el derecho debe considerarse como un '*poder de voluntad*', un

'señorío de querer', una 'facultad moral' inviolable que posee el hombre dotado de voluntad libre para obrar, poseer o exigir algo. De ahí que el pensador español Francisco Suárez (1548-1617), siguiendo la pauta escolástica, definiera el Derecho Subjetivo como "una facultad inviolable que tiene el hombre para obrar según las relaciones y exigencias de su naturaleza". En resumen, para esta teoría, la esencia del Derecho Subjetivo descansa en la '*libre determinación*' de las personas. Como ejemplo de esta doctrina se puede citar la facultad que tiene el titular del derecho de dominio (propietario) de enajenar o constituir gravámenes, libremente sobre la cosa que se encuentra bajo su señorío.

A esta teoría se le han hecho muchas objeciones, entre otras, la referente a la existencia de personas que, no obstante carecer de voluntad propia, actúan en el campo jurídico, tal como ocurre con los incapaces (menores, dementes, personas jurídicas, etc.) que entre otros derechos subjetivos pueden ser titulares del derecho de propiedad.

2. Teoría del interés. Los pensadores que defienden esta teoría, llamada por algunos '*moderna*', no aceptan el fundamento de '*libre voluntad*' en su concepción de Derecho Subjetivo por estimarla abstracta y extremadamente individualista, sino que lo consideran como una simple facultad o poder de '*gozar*' que tiene el sujeto sobre aquellos intereses morales y materiales reconocidos por el Derecho Objetivo y que son garantizados por el poder social.

Rodolfo Von Ihering (Alemania, 1818-1892), principal artífice, de la Teoría del Interés, resume este punto de vista diciendo que los Derechos Subjetivos "son aquellos intereses jurídicamente protegidos", y no un poder de voluntad como lo afirma el célebre Savigny. Ir en pos del placer y huir del dolor son tendencias naturales del ser humano, que fundamentan aquellas necesidades que precisamente conforman los '*intereses*' a los que el maestro Ihering hace referencia, cuya satisfacción egoísta en el medio comunitario conduce a enfrentamientos y eventuales conflictos entre los individuos. Para evitar esa pugnacidad entre los hombres, los '*intereses*' personales antagónicos deben armonizarse y para ello existe la Sociedad, que cumple esa misión conciliadora por medio del Derecho. La vida en comunidad, afirma Ihering, supone la existencia de intereses públicos, sociales, es decir, generales, colocados en un plano superior y prioritario al de los intereses meramente particulares y la protección de estos '*intereses colectivos*' es lo que constituye la principal finalidad del Derecho.

Esta teoría ha sido fuertemente criticada (Kelsen, Ferrara, Enneccerus, etc.), especialmente en el sentido de que, además de existir variedad de intereses protegidos que no constituyen derechos, no comprende la totalidad de las manifestaciones que cubre el Derecho Subjetivo.

3. Teoría mixta. En la actualidad se ha tratado de conciliar los dos anteriores aspectos o teorías del Derecho Subjetivo (la '*Voluntarista*' y la del '*Interés*') en una tercera posición (Teoría Mixta) que, en cierta forma, es una síntesis de aquellas.

Refiriéndose a este problema, el profesor Valencia Z., comenta: "Así, existe una tendencia bastante seria en el sentido de hacer un solo cuerpo de ambas doctrinas: La del derecho como poder de voluntad y la del derecho como interés jurídicamente protegido". Es típica la noción de Enneccerus al respecto: "El derecho es un poder (de voluntad) concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de los intereses humanos"⁷⁹.

Siguiendo esa pauta, Windscheid afirma que si se atiende a su esencia, los Derechos Subjetivos son "el poder conferido por el derecho a la voluntad".

4. Teorías negativas. No han faltado pensadores, muy importantes por cierto, que han puesto en tela de juicio la existencia del Derecho Subjetivo, alegando, entre otras razones, que tal Derecho es una noción sin sentido que no pasa de ser una "mera concepción metafísica" completamente alejada de la realidad, pues en el medio social no impera más Derecho que el Objutivo, el cual deben acatar todas las personas (Duguit); o una cuestión ajena a la ciencia del Derecho, es decir, '*metajurídica*', como afirma Kelsen, quien considera que el Derecho Subjetivo "no es más que un aspecto del objetivo: El aspecto individual", etc.

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. Los Derechos Subjetivos, que en derecho moderno constituyen los llamados '*derechos fundamentales*' y así están consignados en la mayoría de las Constituciones Políticas vigentes y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸⁰, teniendo en cuenta al hombre considerado en sí mismo, en relación con la familia, en relación con las cosas y en relación con el grupo social al cual pertenece⁸¹, se pueden clasificar en la forma siguiente:

1. Individuales. Estos son los derechos de la personalidad, por eso algunos tratadistas prefieren denominarlos '*personalísimos*', pues comprenden aquellas facultades inherentes a la persona humana y sin las cuales ésta sería incompleta y sin sentido alguno; se caracterizan por ser irrenunciables, indisponibles e intransmisibles, además de no tener por consiguiente, valor económico ni función patrimonial, y son garantizados jurídicamente a todo ser humano por el simple hecho de serlo, independiente de toda condición. Estos derechos pueden dividirse en dos grupos, así:

a) *Materiales o corporales*, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la salud, el derecho sobre el cadáver, etc.

b) *Inmateriales*, como el derecho a la libertad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (identidad personal), el derecho al nombre y al apellido, el derecho al honor, el derecho moral del autor, el derecho a la reserva íntima, etc.

Como ejemplo de Derecho Subjetivo Individual, en este caso inmaterial, podemos señalar el denominado Estatuto de '*Habeas Corpus*' (vocablos latinos que significan '*tú tienes el cuerpo*' con que se encabeza el auto de comparecencia) (Inglaterra, 1679), según el cual ninguna persona puede ser detenida sino en virtud de una sentencia, ni arrestada preventivamente, sino como consecuencia de una instrucción judicial y de una orden expedida por el magistrado competente, en la cual debe indicarse el motivo del arresto.

Nuestra Constitución Política contiene este importante principio del '*Habeas Corpus*' en su artículo 28, que textualmente dice:

"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del Juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles".

Y agrega la mencionada Carta, en su artículo 30, lo siguiente:

"Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *Habeas Corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".

2. Familiares. Los Derechos Subjetivos Familiares están constituidos por aquellas facultades queemanan de las relaciones existentes entre el hombre y la mujer con fines procreativos, ya sean legales o simplemente de hecho. Así tenemos el contrato de matrimonio, la nulidad y disolución del mismo y el divorcio; la separación de cuerpos y la separación de bienes; los hijos legítimos, los extramatrimoniales⁸² y los adoptivos y la legitimación; la paternidad responsable; la adopción; la patria potestad, la emancipación, la obligación alimentaria y educacional del padre para con los hijos; las obligaciones de asistencia moral y alimentarias debidas a los ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges e hijos adoptivos⁸³; la tutela y la curatela, el derecho sucesoral, etc.

3. Patrimoniales. Los derechos de esta clase se relacionan con el patrimonio de las personas, son de naturaleza económica, tienen función pecuniaria y están encaminados a la satisfacción de las necesidades materiales (comida, vestido, habitación, etc.) e inmateriales (culturales, lúdicas, etc.) de las personas.

Los Derechos Subjetivos Patrimoniales pueden subdividirse así:

a) *Derechos reales*, que son aquellos en que su titular o sujeto activo tiene poder directo, una potestad sobre una cosa ('*jus in re*') de manera inmediata, sin intermediario alguno y que produce efectos sobre todo el mundo ('*erga omnes*'). Es decir, las prerrogativas que estos derechos confieren a su beneficiario son oponibles a todas las personas, las que están obligadas a respetar su ejercicio legítimo y pacífico. Por ejemplo, la Propiedad o Derecho de Dominio, el Derecho de Herencia, el de Usufructo, el de Uso o Habitación, los de servidumbres activas, el de prenda, el de hipoteca, el de retención, etc.

b) *Derechos personales* o Derechos de Crédito (conocidos comúnmente como '*obligaciones*') que son los que confieren al acreedor o sujeto activo, la facultad de exigir de su deudor o sujeto pasivo una prestación determinada. Es decir, que los poderes que estos derechos confieren no radican en la cosa misma (como ocurre con los Derechos Reales), sino que se encaminan a obtener que determinada persona (deudor) ponga un bien dado a disposición del titular (acreedor) de los mismos derechos ('*jus ad rem*').

Algunos tratadistas suelen agregar a esta clase una categoría de derechos que no son susceptibles de valoración pecuniaria ni pueden ser negociados y mucho menos ser objeto de comercio, dada su inseparabilidad de las personas, a los cuales denominan '*extrapatrimoniales*'. Estos Derechos Extrapatrimoniales en estricto sentido, no son otros que los mismos Derechos de la Personalidad o Individuales y de la familia a que nos referimos en las páginas inmediatamente anteriores.

4. Políticos. Los Derechos Políticos o Sociales se refieren a aquellos que posee el hombre como miembro de la sociedad. Todo individuo de la especie humana por el simple hecho de hacer parte integrante del grupo social tiene derecho (en cierta forma es también una obligación) de tomar parte en las manifestaciones de la voluntad colectiva y de participar en la dirección y administración de la comunidad. Por ejemplo, elegir y ser elegido (Derecho de Sufragio), ocupar cargos públicos, etc., con las limitaciones o restricciones que legalmente imponga la misma comunidad. Así mismo, toda persona tiene derecho de expresar sus opiniones libremente (Derecho de Opinión), de formar asociaciones y sociedades (Derecho de Asociación), de reunirse y congregarse

pacíficamente (Derecho de Reunión), de presentar peticiones respetuosas a las autoridades u obtener de estas pronta resolución (Derecho de Petición), de escoger libremente una profesión u oficio (Libertad de Trabajar), de obtener trabajo (Derecho al Trabajo), de que la correspondencia y papeles privados no sean registrados ni interceptados (Derecho a la inviolabilidad de la Correspondencia), de ser informado verazmente por los varios medios de comunicación (Derecho de Información), de que su habitación sea respetada (Derecho a la inviolabilidad de la Habitación), de igualdad ante la función pública, a la seguridad social, a descansar, a la enseñanza y educación, a la huelga (salvo en los servicios públicos), de resistir a la opresión, de escoger nacionalidad, de transitar y circular libremente, Derecho a la Honra, Derecho a la Paz, Derecho al Asilo, Derecho para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (acción de tutela), etc. Estos derechos, con algunas excepciones, se encuentran consignados en el Título II de la Constitución Política de Colombia, que trata "de los derechos, las garantías y los deberes", así como también en la mencionada "Declaración Universal de Derechos Humanos" proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU).

DERECHOS SUBJETIVOS SEGÚN LA NATURALEZA DEL SUJETO PASIVO. Además de la clasificación que antecede, los Derechos Subjetivos, teniendo en cuenta la naturaleza del sujeto pasivo, pueden dividirse también en los dos grupos siguientes:

1. Derechos absolutos. Se denominan así aquellos derechos cuyo sujeto pasivo está constituido por la universalidad de personas, es decir por todo el mundo, incluyendo al mismo Estado. Todo individuo, frente a un derecho de esta clase, debe abstenerse de ejecutar cualquier acto (obligación de '*no hacer*') que pueda impedir a su titular ejercerlo libremente, disfrutarlo tranquilamente conforme al precepto jurídico respectivo. Estos derechos se caracterizan como se puede apreciar, porque las prerrogativas conferidas a su titular son oponibles a todos los terceros. La vida, por ejemplo, es un derecho absoluto, quizás el de mayor importancia, que todos los hombres están obligados a respetar; los derechos reales (propiedad, usufructo, etc.) que confieren a sus titulares facultades, cuyo libre goce no debe ser perturbado en forma alguna por los demás miembros del grupo social, etc.

2. Derechos relativos. Estos derechos se caracterizan porque el sujeto pasivo no es una generalidad de individuos como sucede en los Derechos Absolutos, sino una persona en particular, determinada, sobre la cual recae la

obligación de cumplir una prestación en favor de su titular. Se llaman '*relativos*' porque son derechos que establecen '*relaciones de obligación*' entre dos personas únicamente: El sujeto activo o acreedor y el sujeto pasivo o deudor, en tal forma, que solamente a éste (como persona cierta), y no a otro, puede exigir aquél, aún coactivamente, el cumplimiento de la prestación. En Derecho Privado estos derechos son conocidos con el nombre de '*obligaciones*' o '*Derechos Personales*'. Por ejemplo, el prestamista únicamente a su prestatario puede exigir la devolución de la cosa mutuada, etc.

III. Desde el punto de vista de la '*forma*' como puede presentarse el Derecho, este puede ser de las siguientes clases:

1. Derecho no escrito, y
2. Derecho escrito.

DERECHO NO ESCRITO

El Derecho '*no escrito*' constituye un conjunto de principios, costumbres, usos, ciertas máximas, etc., que se desarrollan, viven y aplican en el medio social y que no se pueden comprobar en fórmulas escritas. Son normas jurídicas, generalmente anteriores al Derecho Escrito, no consignadas en texto alguno pero que tienen vigencia en el medio social. Por ejemplo, la antiquísima y muy mencionada Ley del Talión (Lat. '*talio*' –onis–, castigo igual al delito) que consistía en que se hacía sufrir a un delincuente una pena igual al daño causado y cuya fórmula popular era '*Ojo por ojo, diente por diente*' ('*Oculum pro oculo, dentem pro dente*'); la Compensación (Lat. '*Compositio*', composición, arreglo), que consistía en una indemnización pecuniaria o en especie que el causante de un perjuicio debía entregar a su víctima o a los herederos de ésta; los Principios Generales del Derecho (De la Buena Fe, del Enriquecimiento sin Causa, etc.), etc.

El Derecho No Escrito tiene su fuente principal en la costumbre, por ello se le designa también con el nombre de '*Consuetudinario*' (Lat. '*consuetudo*', costumbre, uso, hábito). Indudablemente la Costumbre fue la primera manifestación del Derecho Objetivo, habiendo tenido su mayor esplendor cuando el hombre no había inventado aún la escritura. En los tiempos presentes la forma de Derecho No Escrito todavía ejerce su imperio, especialmente en los grupos sociales poco evolucionados, en los países anglosajones parcialmente y en parte notable del Derecho Internacional. En Colombia, esta clase de derecho tiene alguna significación, no mucha por cierto, particularmente en el campo del Derecho Comercial.

DERECHO ESCRITO

El Derecho en forma '*escrita*' aparece históricamente, como es obvio, una vez que la humanidad ha inventado la escritura, y está constituido por fórmulas escritas. Se presenta cristalizado en textos que ha promulgado debidamente la autoridad social. Esta clase de derecho tiene su fuente en la Ley (en sentido amplio) y conforma lo que suele llamarse el Derecho Positivo, o sea el Derecho Vigente (Escrito) en cada país en un momento dado. El Derecho Positivo es, por consiguiente, una respuesta normativa escrita, que da el Estado para tratar de resolver jurídicamente los problemas que aquejan a la comunidad.

No hay duda que la norma de derecho escrita emanada de la Autoridad Social es más clara y precisa que la Costumbre (consuetudinaria), pues, como comenta Constatin, "facilita mejor, tanto las relaciones entre el individuo con la sociedad, como las relaciones del Estado con el individuo y de éste con aquél. La Ley escrita tiene importancia capital en el derecho punitivo, puesto que las normas prohibitivas deben ser conocidas por todos los asociados para que sean respetadas y defiendan mejor los intereses de la colectividad"⁸⁴.

El Derecho Escrito, luego de superar la etapa de las '*compilaciones*', que en verdad constituyeron simples colecciones de reglas jurídicas de diverso origen sin ningún criterio científico de ordenación y que estuvieron tan en boga en la Edad Media (V.gr., el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, etc.), alcanzó su plena madurez a comienzos del siglo XIX, gracias a la '*Codificación*' (fenómeno iniciado en Francia con la promulgación del Código Civil en 1804, que contagió a casi la totalidad de los países occidentales y que prácticamente se extiende hasta nuestros días), o sea la distribución de los preceptos jurídicos vigentes de un país en cuerpos de normas correspondientes a las varias ramas del Derecho, los cuales constituyen verdaderos organismos ordenados metódica y sistemáticamente; cuerpos estos conocidos técnicamente con el nombre de '*códigos*'.

Un *Código*, por consiguiente, es un conjunto de normas que regula una determinada materia o rama del derecho, ordenado sistemática, detallada y orgánicamente. Dichas normas o disposiciones suelen llamarse '*artículos*' y están ordenados en serie numérica. Los artículos pueden dividirse en partes que toman el nombre de '*incisos*'. A los artículos a veces se les agregan párrafos denominados '*parágrafos*'. Los artículos agrupados según ciertas relaciones o afinidades (instituciones) se llaman '*Títulos*', los cuales, para mayor facilidad y mejor entendimiento, pueden dividirse en '*Capítulos*'. A los grupos más o

menos grandes de instituciones se les denomina '*Libros*'. Como ejemplo de un cuerpo de normas de esta clase se puede mencionar el '*Código Civil colombiano*' actualmente vigente, cuyo origen se remonta en gran parte al Código Civil francés de 1804, más conocido como el '*Código de Napoleón*'. En efecto, el Congreso de la República de Chile aprobó en 1853, el Código Civil de ese país elaborado por el poeta, filólogo y jurista venezolano Andrés Bello (1781-1865), quien se inspiró en varias fuentes, entre otras, el derecho romano, el antiguo derecho español y muy especialmente, en el mencionado Código Civil napoleónico. Este Código llegó a nuestra patria (en ese entonces Confederación Granadina) a través del Estado de Cundinamarca, que lo adoptó, con algunas variaciones, en 1859. Más tarde otros Estados (Cauca en 1859, Antioquia en 1864, etc.) hicieron lo mismo. En 1873 (mayo 6), el Congreso de los Estados Unidos de Colombia expidió para todo el país el así denominado "Código Civil de la Unión", que no era otro que el mismo Código de Bello, con algunas modificaciones también, el cual, en virtud de la Ley 57 de 1887, fue adoptado como el Código Civil de la nación colombiana reconstituida en forma de República unitaria por mandato de la Constitución Política de 1886. Este Código, cuya vida sobrepasa el siglo, ha sufrido no pocas reformas y enmiendas que hacen pensar que mayor es el número de disposiciones adicionales que lo han modificado que aquellas que conservan su texto original.

NORMAS JURÍDICAS ESCRITAS. Entre los documentos jurídicos escritos más antiguos que se conocen, entre otros, se mencionan el Código de Hammurabi (Babilonia, siglo XXI, a.C.)⁸⁵; el Código de Manú (India, siglo XII a.C.)⁸⁶; la Ley de las XII Tablas (Roma, siglo IV a.C.), etc.

En la *Roma* clásica, el derecho escrito estaba referido a las siguientes clases de normas:

1. Las Leyes (votadas por el pueblo en los Comicios),
2. El Plebiscito (aceptado en las Asambleas de la plebe),
3. Los Senado-consultos (adoptados por el Senado), y
4. Las Constituciones Imperiales (edictos, rescriptos, decretos y mandatos dictados por el Emperador).

Dentro del llamado '*Derecho Romano*' debe mencionarse también el '*Copus Juris Civilis*', obra de Justiniano (428-565), emperador romano de Oriente, que comprende el Código, las Pandectas o Digesto, las Institutas y las Noyelas.

En *Francia*, las reglas jurídicas escritas de antaño más conocidas son:

1. Las Ordenanzas de Luis XIV (*'Ordinance sur le commerce'*, promulgada en 1675 y la *'Ordinance de la marine'*, publicada en el año de 1681),
2. El Código Civil francés (aprobado en 1804, llamado también como ya se dijo *'Código Civil de Napoleón'*), y
3. El Código de Comercio francés (aprobado en 1807, conocido también como *'de Napoleón'*).

En lo que respecta a *España*, son dignas de mencionarse las siguientes obras jurídicas:

1. Las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio (Toledo, 1221-1284), Rey de Asturias, León y Castilla. Esta importante obra jurídica compilatoria tuvo como fuente, entre otras, el *'Corpus Iuris Civilis'* romano, las Decretales (parte esencial del Derecho Canónico) promulgadas por el Papa Gregorio IX (Italia, 1227-1241), los trabajos de los Glosadores (intérpretes y analistas del Derecho Romano que vivieron en los siglos XII y XIII), las obras de los decretalistas, los *'libri feudorum'* (derecho feudal), los *'Rooles de Oleron'* (Derecho Marítimo Mercantil), algunos fueros municipales, diferentes fueros nobiliarios, obras del maestro Jacobo, etc.⁸⁷.
2. El Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348),
3. El Ordenamiento de Montalvo (1485),
4. Las Leyes de Toro (1505), durante el reinado de Doña Juana *'La loca'* (1479-1555),
5. La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla (1567), bajo el reinado de Felipe II *'el Prudente'* (Valladolid, 1527-1598),
6. Las Ordenanzas de Bilbao, Las *'Antiguas'*, sancionadas por Felipe II en 1560, y las *'Nuevas'*, perfeccionadas por Felipe V (1683-1746) y promulgadas en 1737.
7. La Novísima Recopilación (1805) (en verdad fue una nueva edición de la anterior),
8. El Código Español de Comercio (1829), y
9. La Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias (Recopilación de la legislación especial, llamada también *'indiana'*, dictada por la corona española desde 1503 hasta el año de 1680).

En cuanto a las normas jurídicas escritas vigentes en *Colombia*, se pueden mencionar como las más importantes, las siguientes:

- a) En el campo *Civil*: El Código Civil (sancionado el 26 de mayo de 1873 y sancionado nuevamente en 1887 por la Ley 57 de ese año); Ley 153

de 1887 (sobre reforma y adición de los códigos nacionales); Ley 95 de 1890 (sobre reformas civiles); Ley 45 de 1930 (sobre Pacto de Reserva de Dominio); Ley 70 de 1931 (sobre la Constitución del Patrimonio de Familia); Ley 28 de 1932 (sobre el régimen patrimonial en el matrimonio); Ley 45 de 1936 (sobre filiación natural); Ley 50 de 1936 (sobre reducción de prescripciones treintenarias); Ley 200 de 1936 (sobre régimen de tierras); Ley 86 de 1946 (sobre propiedad intelectual); Ley 182 de 1948 (sobre régimen de propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio –‘Propiedad Horizontal’–); Ley 135 de 1961 (sobre Reforma Social Agraria); Ley 75 de 1968 (sobre Paternidad Responsable); Decreto 1250 de 1970 (Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos); Decreto 960 y 2163 de 1970 (Estatuto de Notariado); Decreto 2820 de 1974 (sobre otorgamiento de iguales derechos y obligaciones a las mujeres y los varones –‘Estatuto de la Mujer’–); Ley 5^a de 1975 (sobre Adopción); Ley 1^a de 1976 (Sobre Divorcio en el Matrimonio Civil); Ley 27 de 1977 (sobre fijación de la mayoría de edad a los 18 años); Ley 22 de 1982 (sobre los hijos extramatrimoniales); Decreto 1365 de 1986 (Propiedad Horizontal); Ley 9^a de 1989 (Reforma Urbana); Ley 12 de 1991 (Derechos del Niño); etc.

- b) En el campo *Penal*: Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal); etc.
- c) En el campo *Tributario*: Decreto 2053 de 1974 (Normas Orgánicas de la Reforma Tributaria); Ley 20 de 1979 (Alivio Tributario); Decretos 3747 de 1982 y 236 de 1983 (Amnistía Patrimonial y otras amnistías); Ley 75 de 1986 (Régimen del Impuesto a la Renta y complementarios); Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario); Ley 488 de 1998 (Nueva Reforma Tributaria); etc.
- d) En el campo *Laboral*: Decretos 2633 y 3743 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo); Decreto 2351 de 1965 (Reformas al Código Sustantivo del Trabajo); Decreto 2352 de 1965 (sobre arbitramientos obligatorios para huelgas); Ley 4^a de 1966 (sobre pensiones de jubilación e invalidez oficiales); Ley 7^a de 1967 (sobre pensiones particulares de jubilación e invalidez); Decreto 2159 de 1966 (sobre salarios dominicales y festivos); Ley 69 de 1966 (sobre afiliación a las cajas de compensación familiar); Decreto 1072 de 1967 (sobre auxilio patronal de transporte); Decreto 717 de 1968 (sobre pago de subsidio familiar); Decreto 98 de 1973 (sobre fondos regionales de capitalización social); Ley 52 de 1975 (sobre intereses a la cesantía del sector privado); Ley 50 de 1990 (reforma laboral); Ley 755 de 2002 (Ley María); Ley 797 de 2003 (reforma laboral); etc.
- e) En el campo *Mercantil*: Decreto 410 de 1971 (Nuevo Código de Comercio); etc.
- f) En el campo *Procedimental*: Decreto 2158 de 1948 (procedimiento en los juicios del trabajo –‘Código Procesal del Trabajo’–); Decreto 1400

de 1970 (Código de Procedimiento Civil); Decreto 2821 de 1974 (Normas Procedimentales en materia tributaria); Ley 22 de 1977 (Sobre cuantías judiciales); Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal); etc.

g) Otras *Disposiciones*: Ley 25 de 1923 (Banco de la República); Ley 57 de 1931 (Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero); Ley 5^a de 1942 y Decreto 726 de 1947 (Instituto Caro y Cuervo); Leyes 69 y 83 de 1943 y Decreto 1635 de 1960 (Empresa Nacional de Telecomunicaciones); Ley 6^a de 1945 (Caja Nacional de Previsión Social); Ley 83 de 1946 (Orgánica de la Defensa del Niño); Ley 90 de 1946 (Instituto Colombiano de Seguros Sociales –ISS–); Ley 165 de 1948 y Decreto 2542 de 1957 (Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL–); Decretos 118 y 164 de 1957 (Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–); Decretos 272 y 2542 de 1957 (Empresa Colombiana de Turismo); Ley 73 de 1958 (Universidad Pedagógica de Colombia); Ley 154 de 1959, Decreto 174 de 1961 y Decreto 1414 de 1961 (Empresa Puertos de Colombia); Decreto 1388 de 1959 (Instituto de Crédito Territorial –ICT–); Decreto 1598 de 1960 (Instituto Nacional de Cancerología); Decreto 2204 de 1960 (Auxiliares y colaboradores de la justicia); Ley 75 de 1968 (Instituto de Bienestar Familiar –I.C.B.F.–); Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía); Ley 196 de 1971 (Estatuto del ejercicio de la abogacía); Ley 7^a de 1979 (Creación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y Normas de Protección de la niñez); Ley 24 de 1981 (Transformación en Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la Superintendencia Nacional de Cooperativas); Decreto 01 de 1984 (Nuevo Código Contencioso Administrativo); Ley 11 de 1984 (Suministro de Calzado y Vestido a Trabajadores); Ley 16 de 1985 (Propiedad Horizontal); Ley 56 de 1985 (Arrendamiento de Vivienda Urbana); Decreto 2879 de 1985 (Integración de las pensiones mensuales de Invalidez y Muerte en los Seguros Sociales); Decreto 3822 de 1985 (Presunción de muerte por desaparecimiento en la tragedia de Armero); Decreto-Ley 1333 de 1986 (Nuevo Código de Régimen Municipal); Decreto 1365 de 1986 (Reglamento de Propiedad Horizontal); Ley 75 de 1986 (Reforma Tributaria); Ley 78 de 1986 (Reglamentaria de Elección de Alcaldes, a que se refiere A.L. N° 01 de 1986); Acto Legislativo N° 1 de 1986 (Elección Popular de Alcaldes), Ley 43 de 1987 (Exclusión del Impuesto de Timbre o documentos privados, etc.); Ley 23 de 1982 (Derechos de Autor); Decreto 2412 de 1982 (Educación abierta y a distancia); Decreto Legislativo 3742 de 1982 (Emergencia Económica); Ley 43 de 1987 (Sobre Impuesto de Timbre); Decreto 902 de 1988 (Liquidación de Herencias y

Sociedades Conyugales ante Notarios Públicos); Ley 30 de 1988 (Reforma Agraria); Ley 71 de 1988 (Pensiones de Jubilación); Ley 79 de 1988 (Sobre Cooperativas); Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor); Ley 50 de 1990 (Liquidación Anual de Cesantías); Ley 23 de 1991 (Contravenciones Especiales); Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela); Decreto 2699 de 1991 (Fiscalía General de la Nación); Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal); Ley 3^a de 1992 (Sobre Comisiones del Congreso Colombiano); Ley 5^a de 1992 (Reglamento del Congreso); Ley 25 de 1992 (Sobre Divorcio); Ley 43 de 1993 (Sobre doble nacionalidad); Ley 44 de 1993 (Protección propiedad intelectual); Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario); Ley 70 de 1993 (Sobre Comunidades negras); Ley 99 de 1993 (Crea Ministerio del Medio Ambiente); Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social Integral); Ley 134 de 1994 (Mecanismos de Participación); Ley 137 de 1994 (Estados de excepción); Ley 152 de 1994 (Plan Nacional de Desarrollo); Ley 124 de 1994 (Prohibición de expendio de bebidas embriagantes a menores de edad); Decreto 692 de 1994 (Reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993); Decreto 2626 de 1994 (Nuevo Código de Régimen Municipal); Ley 190 de 1995 (Anticorrupción); Ley 222 de 1995 (Modifica Libro II del Código de Comercio); Ley 248 de 1995 (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer); Decreto 9150 de 1995 (Estatuto antitrámite); Ley 18 de 1996 (Prohibición de fabricación y venta de juguetes bélicos); Ley 233 de 1996 (Reforma Tributaria); Ley 256 de 1996 (Sobre Competencia desleal); Ley 258 de 1996 (Afectación de vivienda familiar y doble firma); Ley 294 de 1996 (Sobre violencia intrafamiliar); Ley 300 de 1996 (Sobre Turismo); Ley 311 de 1996 (Crea Registro Nacional de Protección Familiar); Ley 333 de 1996 (Extinción de Domino sobre bienes adquiridos ilícitamente); Decreto 1080 de 1996 (Reestructura la Superintendencia de Sociedades); Ley 383 de 1997 (Sobre contrabando); Ley 388 de 1997 (Reforma Urbana); Ley 393 de 1997 (Acción de cumplimiento); Ley 454 de 1998 (Regula Economía Solidaria); Ley 488 de 1998 (Nueva Reforma Tributaria); Ley 489 de 1998 (Sobre Organización y funcionamiento de las entidades de orden nacional); Ley 633 de 2000 (Reforma Tributaria); Ley 649 de 2001 (Circunscripción nacional especial); Acto Legislativo 03 de 2002 (Administración de Justicia); Ley 794 de 2003 (Reforma al Código de Procedimiento Civil); Ley 892 de 2004 (Mecanismos para garantizar el ejercicio del voto); Acto Legislativo 02 de 2004 (Reelección Presidente); etc.

Capítulo VII

FUENTES DEL DERECHO

CONCEPTO DE FUENTE

La palabra '*fuente*', en su acepción más amplia, significa '*principio de una cosa*', '*aquello de que fluye, algo*', en este sentido la '*fuente del Derecho*' sería '*aquello de que fluye, mana el Derecho*', la causa de su origen, el hecho que crea el Derecho.

En sentido más estricto, la expresión '*fuentes del Derecho*' se refiere a los elementos constitutivos de la sustancia de la norma jurídica (fuentes reales) y a las varias formas que dicha sustancia puede tomar para imponerse como regla de conducta social mediante la fuerza coercitiva del grupo social (fuentes formales).

Luis Legaz y L. (España. 1916-?), opina que las Fuentes del Derecho son la causa de su origen, siendo estas causas de naturaleza '*material*' las unas, y de índole '*formal*' las otras, y agrega textualmente: "En este sentido se habla de fuentes materiales y de fuentes formales. Las '*fuentes materiales*' son de naturaleza metajurídica y radican, principalmente, en la esfera sociológica. Las '*fuentes formales*', por el contrario, radican en el ámbito propiamente normativo y son las formas de manifestarse la voluntad creadora de derecho, en tanto que mediante dichas formas existe el fundamento de la validez jurídica de una norma. Las fuentes materiales son ciertos datos ideales (incitaciones y pensamientos) o social-vitales que, para convertirse en preceptos jurídicos, necesitan recorrer un camino que es, cabalmente, el de las fuentes formales..."⁸⁸.

CLASES DE FUENTES

En la actualidad, los tratadistas (Bonnecase, etc.) suelen distinguir dos clases de '*fuentes*' del Derecho, así:

1. Fuentes reales, y
2. Fuentes formales.

FUENTES REALES

El Derecho como un producto social que es no aparece en forma espontánea, repentina, sino que él emerge, fluye de un complejo de factores determinados por la propia naturaleza humana y de las relaciones del hombre con el medio social y físico en que necesariamente se desenvuelve, elementos fundamentales estos que constituyen las llamadas '*fuentes reales*' y que representan el contenido, la materia o sustancia misma del Derecho.

Las Fuentes Reales o '*materiales*' (algunos las denominan '*fuentes de producción*') del Derecho, están constituidas, por consiguiente, por las necesidades de todo orden (económicas, psíquicas, fisiológicas, etc.) de los miembros del grupo social y sus aspiraciones, convicciones e ideales que conforman la conciencia colectiva, y que, como ya se expresó, determinan directa o indirectamente el contenido del derecho objetivo.

Debe tenerse en cuenta que el hombre es un ser '*tridimensional*' en su comportamiento, es decir, necesariamente condicionado a tres factores que determinan fundamentalmente su conducta: 1) Su estructura psicofísica, 2) El medio social en que se desenvuelve y 3) El medio físico en que se desarrolla; factores estos inseparables entre sí, cuyo grado de concurrencia es cuantitativamente distinto en cada caso concreto y de los cuales el ser humano no puede apartarse ni prescindir, pues faltamente lo acompañan a todo lo largo de su trayectoria vital (Fig. N° 6).

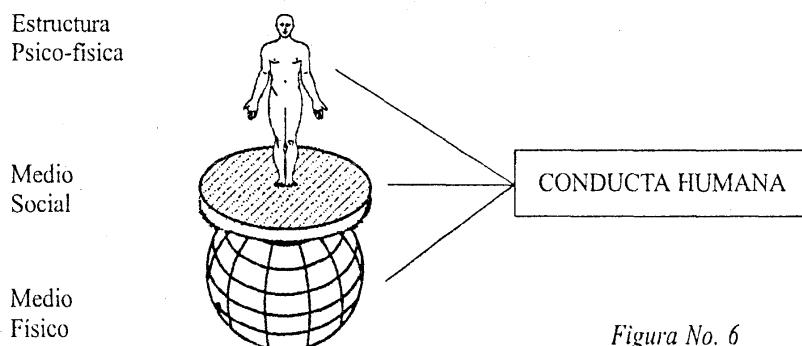


Figura No. 6

Las Fuentes Reales del Derecho comprenden los siguientes elementos:

1. ELEMENTOS OBJETIVOS. Estos elementos constituyen los datos primarios, originarios del Derecho; se refieren, en primer lugar, a aquellos fundamentos susceptibles de experiencia y de ser conocidos mediante el empleo de métodos científicos (observación, experimentación, análisis, síntesis, sistematización, etc.) y que comprenden los siguientes datos:

- a) Datos de la Naturaleza *Física* (Factores geográficos, clima, flora, fauna, etc.);
- b) Datos de la Naturaleza *Social* (Condiciones económicas, ecológicas, étnicas, laborales, usos, costumbres, tradiciones, ideales, etc.), y
- c) Datos de la Naturaleza *Humana* (Condiciones psicológicas, fisiológicas, morales, intelectuales, etc.).

Y, en segundo lugar, aluden a los Datos *Históricos*, los cuales están constituidos por los fenómenos sociales (más propiamente a sus valoraciones o juicios que el hombre haga de ellos) que se suceden a través del tiempo y del espacio, cuyo conocimiento e interpretación nos es posible gracias a las Ciencias Históricas, mediante el empleo del Método Histórico, del cual más adelante se tratará someramente.

2. ELEMENTOS INTERPRETATIVOS. Los Elementos Interpretativos se refieren a los razonamientos o valoraciones sobre los resultados de los hechos (de la Naturaleza Física, Social y Humana), a fin de extraer reglas de conducta jurídica en pos de un ideal de ordenamiento, equilibrio y justicia sociales.

Los fenómenos naturales y los datos aportados por la Historia (debidamente analizados y sistematizados) deben ser interpretados por quien ha de dictar científicamente la norma de Derecho (Legislador, etc.), a fin de inferir de ellos la regla de conducta externa obligatoria (norma jurídica), más apropiada y eficiente para un momento dado del devenir del grupo social. En este momento es cuando debe operar en su mejor forma la llamada '*técnica legislativa*', o sea el conjunto de procedimientos que deben emplearse para verter en la fuente formal principal, o sea, la Ley, las disposiciones jurídicas, en cierto modo latentes, que puedan desprenderse de las fuentes reales. Técnica de la legislación referida fundamentalmente a la elaboración de normas jurídicas que, además de estar provistas de eficientes mecanismos de Sanciones y dotadas de adecuado régimen probatorio, deben ser inteligibles y de fácil aplicación a los casos concretos (interpretación). Esta aspiración, infortunadamente, por lo general no es posible, ya que realmente en la formulación del precepto de Derecho (específicamente la Ley) suelen aparecer factores extrajurídicos que la desvían de su auténtico cometido, tales como el capricho de quien dicta la norma, los intereses políticos, las conveniencias económicas de determinados grupos, el egoísmo de quienes detentan los factores reales del poder, etc., sin contar, claro está, la ignorancia o el conocimiento parcial o insuficiente que eventualmente tenga el Legislador de las fuentes reales del Derecho y de las técnicas legislativas pertinentes.

MÉTODO HISTÓRICO

El Método Histórico implica los siguientes procedimientos:

1. LA HEURÍSTICA (*Gr. 'Heuriskein'*, hallar, inventar), o sea la Doctrina de las Fuentes, que consiste en la búsqueda y compilación de los '*signos*' (documentos materiales monumentos y espirituales) que en cualquier forma se refieren al punto que se investiga. Estos documentos son las huellas que deja el pasado y mediante los cuales podemos conocer lo sucedido.

2. LA CRÍTICA DE LOS DOCUMENTOS, o sea el juzgamiento científico de los documentos acopiados. Esta crítica se realiza mediante "una serie de investigaciones, razonamientos e interpretaciones, hasta llegar desde el signo al hecho", como expresa Malapert.

Para la validez (crítica interna y externa) de un documento histórico es necesario tener en cuenta su autenticidad, integridad y verosimilitud o posibilidad.

3. LA RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICA, o sea la reconstrucción del '*hecho histórico*', que implica comprenderlo, darle su auténtica significación, estructurarla y ubicarlo en relación de causa a efecto. Este paso es de suma importancia en la investigación histórica. En verdad, como expresa Gregorio Fingermann, "esta es, precisamente, obra de la imaginación. El historiador, con los fragmentos documentales, debe juntar, soldar, hacer una verdadera síntesis y restablecer el hecho en toda su complejidad real. Para esto procede por analogía, de acuerdo con las leyes psicológicas y sociológicas. Sin un agudo sentido de la naturaleza humana, sin un conocimiento de los impulsos del corazón, de los móviles conscientes o inconscientes, que condicionan la conducta humana, esa reconstrucción casi no es posible. La Heurística y la Crítica Externa e Interna constituyen la parte científica de la tarea del historiador, mientras que la reconstrucción histórica es la parte artística. Por eso podemos decir que la Historia es, a la vez, ciencia y arte"⁸⁹.

4. LA EXPLICACIÓN HISTÓRICA, o sea tratar de encontrar la causa de los hechos históricos ya '*interpretados*' y '*reconstruidos*', pues ellos necesariamente obedecen a alguna razón, a algún principio. Se trata en verdad, de dar una concepción del acontecer histórico.

FUENTES FORMALES

Esta categoría de '*fuentes*' se refiere a las formas determinadas de expresión que toma la sustancia del Derecho (fuentes reales) para imponerse a la colectividad como reglas de conducta social obligatoria, es decir, conducta

jurídica. Se denominan '*formales*' estas fuentes del Derecho, pues consiguen que el contenido material existente en las Fuentes Reales, como se expresó, tome la '*forma*' de mandatos específicos obligatorios para todos los miembros de la comunidad.

Tratando este tema, el profesor Bonnecase comenta: "Y surge en seguida la noción de '*fuente formal*' de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas, porque éstas no se imponen socialmente sino cuando revisten una forma determinada, sino cuando llevan en cierto modo una marca que implica de pleno derecho los caracteres específicos de toda regla de derecho o institución jurídica, más particularmente la fuerza ejecutoria. Solamente las fuentes formales tienen el privilegio de conferir esa marca. Por lo tanto, se pueden definir las fuentes formales de las reglas de derecho y de las instituciones jurídicas de la manera siguiente: son las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto del poder coercitivo del derecho. Dicho de otra manera, una regla de conducta cualquiera no se eleva a la dignidad de regla de derecho, dotada de la plenitud de sus efectos, es decir regla de derecho positivo, según la expresión consagrada, sino cuando puede prevalecer de un origen que se identifica con tal o cual fuente jurídica formal"⁹⁰.

CLASES DE FUENTES FORMALES. Las Fuentes Formales del Derecho son de diversas clases y las generalmente aceptadas no son siempre las mismas para cada una de las varias ramas en que actualmente se divide la ciencia jurídica, pues, no obstante haber algunas fuentes formales en cierta forma comunes (como ocurre con la Ley en los sistemas jurídicos escritos), hay otras que son típicas de determinadas áreas del Derecho. Así tenemos que, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano (que es fundamentalmente escrito), para la rama *Civil* las fuentes formales acogidas son la Ley, la Costumbre, la Doctrina Constitucional y los Principios o Reglas Generales del Derecho (arts. 8º y 13 de Ley 153 de 1887); para la rama *Penal* sus fuentes son la Ley y la Jurisprudencia; para la rama *Comercial* o *Mercantil* se consideran como fuentes básicas la Ley, la Costumbre, los Tratados o Convenciones Internacionales de Comercio no ratificados por Colombia y los Principios Generales del Derecho Comercial (arts. 1º a 7º del C. de Co.); para el ámbito *Laboral* o del *Trabajo* se reconocen como fuentes formales la Ley, la Jurisprudencia, la Costumbre o el Uso, la Doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo y los Principios

del Derecho Común (art. 19, C.S.T.); etc. Por su parte, en lo que concierne al Derecho *Internacional* se acatan como fuentes principales los Tratados, Convenios o Acuerdos celebrados entre los Estados y la Costumbre Internacional cuando se trata del Derecho Internacional Público y además, si se trata del Derecho Internacional Privado, la Legislación y Jurisprudencia de los Estados y la Doctrina de los autores.

Como se puede apreciar, muchas y muy variadas son las fuentes formales del Derecho, cuyo estudio particularizado haría muy extenso este texto, por lo que, para los efectos limitados del mismo, nos reducimos al estudio de las Fuentes Formales más importantes y más comúnmente aceptadas por el Derecho en general, o sean la Costumbre, la Ley, la Jurisprudencia y los Principios Generales del Derecho.

Capítulo VIII

LA COSTUMBRE

CONCEPTOS DE COSTUMBRE

La Costumbre Jurídica es una forma de manifestación de reglas de conducta jurídica externa extra-estatal, es decir, fuera de los cauces normales del Estado. En la elaboración y establecimiento de esta fuente formal, indudablemente la más antigua y primitiva, no intervienen los organismos estaduales correspondientes (Legislador, etc.), sino que ella nace de la observancia uniforme, constante y reiterada de una práctica general que se ha vuelto necesaria para la comunidad. De ahí que el jurista Josserand diga que la “costumbre es toda fuente de derecho diferente de la ley, tomando esta última en su significación más amplia” (Ver ‘*Derecho No Escrito*’, pág. 81).

Tratando este tema, la Enciclopedia Monitor expresa: “Otra fuente del derecho es la costumbre. En este caso no son los órganos rectores, sino el pueblo mismo, que, a través de su uso continuado crea la norma. El Rey Alfonso X El Sabio la definía diciendo ‘que es el derecho o fuero que no es escrito; el cual han usado los hombres largo tiempo ayudándose de él en las cosas y en las razones sobre que la usaron’. En forma más moderna y breve el profesor De Castro la define como ‘la norma creada e impuesta por el uso social’. Esto demuestra la importancia de esta fuente, ya que en ella consta la voluntad del pueblo de una manera más clara e inmediata que en la ley; aunque indirectamente la ley también proceda del pueblo, en la medida que éste se encuentre representado en los órganos legisladores”⁹¹.

“Desde el punto de vista jurídico –comenta Ángel Latorre– llamamos costumbre a la forma de conducta nacida en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad. Su núcleo originario es un uso o práctica social, pero se diferencia de los usos sociales, en general, en que la comunidad lo estima obligatorio para todos (*opinio necessitatis*), de forma que su violación acarrea una responsabilidad de tipo jurídico y no meramente una reprobación social”⁹².

Por su parte el jurista Alzate Noreña manifiesta que “La costumbre general de Derecho es la norma o regla jurídica establecida por la sociedad sin la intervención del Poder Legislativo, y que está en vigencia por su continuado ejercicio dentro de la parte de la sociedad donde existe. Un hecho, pues, se hace costumbre por la repetición continuada y consciente, por el uso que es el que consagra ese hecho y le da fuerza de ley”.

De acuerdo con lo anterior, la Costumbre, primitiva fuente formal del Derecho, puede definirse como *la regla jurídica establecida espontáneamente por el grupo social sin intervención del poder público, constituida por una pluralidad de prácticas repetidas, constantes, públicas y uniformes, cuya vigencia emana del continuado ejercicio por parte de los miembros del grupo social donde opera*; es, simplemente, el derecho que naturalmente nace y se forma a través del hábito.

ELEMENTOS DE LA COSTUMBRE

Una costumbre, para ser considerada como regla de Derecho, es decir, de obligatorio cumplimiento, debe estar constituida por los siguientes elementos:

1. Generalidad,
2. Antigüedad,
3. Uniformidad,
4. Moralidad,
5. Legalidad,
6. Publicidad, y
7. Obligatoriedad.

GENERALIDAD. Generalidad, o sea que el uso de la práctica provenga, si no de la totalidad de los miembros del grupo, por lo menos de su mayor parte. Mientras mayor sea el número de personas que observen una determinada práctica, mayor fuerza normativa adquiere ésta.

Según su mayor o menor extensión, la Costumbre puede ser de las siguientes clases:

- a) Individual,
- b) Particular,
- c) Local,
- d) Regional,
- e) Nacional,

- f) Extranjera, y
- g) Internacional.

De las anteriores clases de costumbre solamente las Individuales y las Particulares no tienen ningún valor como fuentes formales de Derecho. El Código de Comercio (Decreto 410 de 1971, arts. 3 y ss.), por ejemplo, únicamente tiene en cuenta las costumbres locales, generales del país (nacionales), extranjeras e internacionales.

ANTIGÜEDAD. Antigüedad o Duración, o sea la longitud en el tiempo de una práctica, en tal forma, que mientras más prolongado sea el período en que los hechos constitutivos de una práctica se vengan sucediendo, más eficacia jurídica adquiere la costumbre.

UNIFORMIDAD. Este elemento se refiere a que el uso de una práctica debe ser de manera igual aunque no idéntica por parte de los miembros del grupo social. Es decir, que los hechos que informan la costumbre, aunque no sean exactamente iguales, sí sigan un mismo patrón.

MORALIDAD. La costumbre debe ser conforme con la moral imperante en el medio social. En Colombia es la moral cristiana.

Al respecto, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, dice:

“La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

LEGALIDAD. La Legalidad, o sea que la Costumbre contraria a la norma escrita (*'contra legem'*) no tiene ninguna autoridad. Solamente en caso de ausencia de una ley escrita se aplica preferentemente la costumbre (*'praeter legem'*).

De conformidad con lo anterior, el artículo 8º del Código Civil Colombiano textualmente expresa:

“La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”.

Por su parte el Código de Comercio, en su artículo 3º, dispone:

“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella...”.

PUBLICIDAD. Ese elemento hace referencia a que las prácticas que pueden configurar una costumbre deben ser públicas y notorias, y no de uso clandestino y secreto.

OBLIGATORIEDAD. Según este elemento, el único de naturaleza psicológica o subjetiva ya que los anteriormente relacionados son de carácter objetivo, los individuos deben tener conciencia de que los mandatos contenidos en determinado uso son de obligatorio cumplimiento.

Al respecto de este elemento de la costumbre, comenta Carrejo: “Es preciso que en la mente de quienes practican el uso reiterado que viene a constituir la costumbre, esta se haya tornado obligatoria, o sea, regla jurídica provista de consecuencias de esa misma índole, y en primer término, de sanciones en caso de inobservancia. Esa conciencia de que la práctica correspondiente equivale a un verdadero deber jurídico es lo que en la antigüedad se designó con el nombre de ‘*opinio juris et necessitatis*’. No basta, pues, con la repetición de usos para calificarlos como costumbre; hay necesidad de que estén acompañados por este elemento interno que es la creencia en su obligatoriedad y en su naturaleza jurídica, lo cual lentamente se va formando en el conglomerado social. Este elemento subjetivo o sicólogo de la costumbre debe versar sobre hechos de índole jurídica, y adecuarse al concepto de lo que en la época y lugar correspondiente sea derecho”⁹³.

CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE

Desde el punto de vista de su relación con la ley, es tradicional dividir la Costumbre en las siguientes clases:

1. SUPLETORIA (‘PRAETER LEGEM’). Esta clase de Costumbre aparece cuando no existe ley escrita, y sirve, por consiguiente, para satisfacer los vacíos normativos. Es decir, suple (de ahí su nombre) la ausencia de norma escrita, siempre que ésta lo permita, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 atrás transcrita al tratar de la ‘*Moralidad*’.

2. INTERPRETATIVA (‘SECUNDUM LEGEM’). La costumbre Interpretativa es la que se forma de acuerdo con la ley escrita, interpretando sus previsiones si ellas son susceptibles de confusión.

3. CONTRARIA A LA LEY (‘CONTRA LEGEM’). Esta clase de costumbre es la que aparece en contradicción con la norma escrita, es decir, que se practica en sentido opuesto a la regla positiva. Esta Costumbre, como ya se expresó al tratar del elemento ‘*Legalidad*’, ha sido rechazada por la legislación colombiana. La costumbre es ineficaz, no solamente en aquellos casos en que la norma escrita provee directamente sino cuando lo dispuesto por ésta es aplicable por analogía (Ver ‘*La Analogía*’ págs. 155 y ss.):

PRUEBA DE LA COSTUMBRE

Debe tenerse en cuenta que la Costumbre, al contrario de lo que ocurre con la Ley escrita (la cual se presume es conocida por todas las personas), debe probarse (es decir, acreditarse su existencia), ya sea con documentos auténticos, o con un conjunto de testimonios, o con certificaciones idóneas; o copia auténtica de decisiones judiciales, etc., de acuerdo con lo que al respecto señalan las normas pertinentes.

En efecto, el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“PRUEBA DE USOS Y COSTUMBRES. Los usos y las costumbres conformes a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios”.

Y el artículo 190 del mencionado Código expresa:

“PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL. La costumbre mercantil nacional invocada por algunas de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes:

“1. Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia.

“2. Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija”.

Por su parte, el artículo 6º del Código de Comercio establece:

“La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos exigidos a los mismos en el artículo 3º; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo”.

Si se trata de una Costumbre ‘*Mercantil extranjera*’, la prueba de su existencia y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga (art. 8º, C. de Co.).

Si la Costumbre en cuestión es ‘*Mercantil internacional*’, su existencia y vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de su existencia (art. 9º, C. de Co.).

IMPORTANCIA DE LA COSTUMBRE

La Costumbre es fuente común a muchas de las clases en que se divide el Derecho (Civil, Comercial, Laboral, Internacional, etc.), con excepción del

Derecho Público en el cual tiene escasa aplicación, especialmente, en el área Penal, pues en ésta, como en su oportunidad se comentó, únicamente se toma en consideración la Ley escrita (*'Nullum crimen sine prævia lege'*).

La Costumbre tuvo gran importancia en épocas anteriores. En el presente, en virtud del gran desarrollo del Derecho Escrito (Legislado), la Costumbre ha disminuido su preponderancia. Sin embargo, en el campo del Derecho Internacional y en los sistemas jurídicos de algunos países (anglosajones) esta fuente formal del Derecho mantiene aún cierta primacía (Derecho Consuetudinario), aunque cada día ésta es menor debido al Desarrollo del Derecho Escrito y las indudables ventajas de éste. Obviamente en los grupos sociales que desconocen la escritura (primitivos) o ésta no está suficientemente desarrollada, el Derecho Consuetudinario es el imperante.

Capítulo IX

LA LEY

ACEPCIONES VARIAS

El vocablo '*Ley*' (Lat. '*legere*', leer, según algunos eruditos, o elegir, al decir de otros) tiene varias acepciones en el campo concreto del Derecho. Primeramente, en su sentido más lato, se refiere a toda regla de conducta social obligatoria, y se confunde, por tanto, con el término '*Derecho*' (objetivo); en segundo lugar, en un sentido más limitado, equivale a Derecho Positivo, es decir, hace relación a cualquier disposición de derecho formulada por escrito por el Poder Público, y, por último, tomada en su acepción más restringida (sentido estricto), la Ley es la norma escrita de naturaleza jurídica dictada por un órgano preciso del Poder Público especialmente creado para ello: el Legislador (en Colombia, el Congreso Nacional o Cámaras Legislativas); por ejemplo, cuando se dice '*la Ley 5^a de 1975*' (Sobre adopción).

Para efectos del presente capítulo, tomamos la palabra '*ley*' en su segundo significado, es decir, como norma escrita en general primeramente, y luego, al tratar de la '*Formación de las Leyes*' y el '*Procedimiento para la creación de la ley*', la empleamos en su acepción más limitada (sentido estricto).

Muchas definiciones se han formulado de la '*ley*', algunas de las cuales, para simple información, se transcriben a continuación:

Para Santo Tomás de Aquino, como se dijo anteriormente, la Ley es "la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad" ('*Rationis ordinatio, ad bonum comune, ab eo cui curam communitatis habet, promulgata*').

Según Planiol, la Ley "es una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública, y sancionada por la fuerza".

Portalis manifiesta que la Ley "es una declaración solemne de la voluntad del soberano, sobre un asunto de interés común".

La Ley, expresa Josserand, es “toda regla social obligatoria formulada por una autoridad competente y que forme tanto por su origen como por su forma del *'ius scriptum'*”.

Alessandri ha definido la Ley como “una regla general de conducta impuesta por una autoridad a la cual debemos obediencia”.

Para Stemberg, la Ley es la “forma imperativa, dominadora de la concreción del derecho”.

Andrés Bello afirmaba que la Ley era “una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite”.

Del Vecchio, por su parte, definía la Ley como “el pensamiento jurídico deliberado y consciente, expresado por los órganos establecidos para representar la voluntad y el poder preponderantes en una multitud asociada. La ley, es pues, la formulación solemne del derecho, es expresión racional. Es al mismo tiempo pensamiento y voluntad, porque comprende una determinación lógica y un acto de imperio”.

La Enciclopedia Monitor expresa que la Ley es “La regla de derecho dictada reflexivamente y en forma solemne por la autoridad legítima del Estado”.

El Código Civil Colombiano (C.C.C.), en su artículo 4º dice que la Ley “es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

Sea cual fuere la definición de Ley, ésta es la fuente formal por excelencia, que hace parte del derecho escrito (*'ius scriptum'*) y proviene del Estado, y fundamentalmente consiste en *un precepto obligatorio de conducta externa formulado por escrito por la autoridad pública, sancionado por la fuerza coercitiva del grupo social*.

La Ley se diferencia de la Costumbre en que, mientras ésta es la norma jurídica establecida a través de la constante, uniforme e ininterrumpida observancia de una práctica general de los miembros del grupo social, aquella es la manifestación escrita, deliberada y consciente de la voluntad del Estado. Asimismo, mientras la Costumbre no tiene un momento determinado de aparecimiento o de extinción en el campo del Derecho, la Ley sí está referida a un tiempo preciso de nacimiento (cuando entra en vigencia) y a un momento exacto de fallecimiento (cuando es derogada o abrogada por otra norma escrita). Por otra parte, en tanto que se tiene a la Ley como conocida por todos los asociados, la existencia de la Costumbre debe ser probada.

SENTIDOS DE LA LEY

Según el atributo de la '*generalidad*' que caracteriza a la Ley (los otros atributos son la '*impersonalidad*' y la '*abstracción*'), esta puede ser tomada en los dos sentidos siguientes:

1. Material, y
2. Formal.

LEY EN SENTIDO MATERIAL. La Ley, en sentido material, es una regla de conducta social obligatoria, de índole general, abstracta e impersonal, formulada por el Poder Público. Por medio de la ley en sentido material el Estado señala los preceptos de derecho objetivo, como los que forman los Códigos Civil, Comercial, Penal, etc., o formula normas u organiza instituciones destinadas a asegurar la aplicación y cumplimiento de las disposiciones de derecho objetivo, como las que constituyen los Códigos Adjetivos o de Procedimiento.

LEY EN SENTIDO FORMAL. En sentido formal, la Ley es un precepto de carácter imperativo también pero de condición particular y concreta que proviene del Poder Público. Algunos tratadistas arguyen que en este sentido la Ley no es propiamente tal, por carecer del elemento '*generalidad*' característico de la regla jurídica. Por ejemplo, un acto del Congreso que dispone legislativamente un auxilio económico a una persona jurídica sin ánimo de lucro, o la '*ley*' que ordena colocar una placa de mármol en honor de un personaje célebre, etc.

En resumen: si el Poder Público formula por escrito un precepto obligatorio de conducta externa de condición general y abstracta, se tiene una Ley en sentido '*material*', pero si esa norma que dicta el Poder Público es de condición individual y concreta nos hallamos ante una Ley en sentido '*formal*'. Ordenar construir una carretera entre dos ciudades, o disponer erigir una estatua a cierto ciudadano emérito, etc., por parte del Poder Público, son mandatos de orden individual y concreto (sentido formal), que en verdad no constituyen derecho objetivo propiamente, siendo más bien actos de simple administración. Preceptuar, también por parte del Poder Público, que para constituir una sociedad mercantil regular debe otorgarse escritura pública (ante Notario o Cónsul) cuya copia será inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal (arts. 110 y ss., C. de Co.); disponer que la compraventa de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la Ley, mientras no se haya otorgado escritura

pública (art. 1857, C.C.); preceptuar que es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia (art. 1852, C.C. y art. 906, C. de Co.); etc., son mandatos legales abstractos y de general observancia (sentido material).

No está por demás transcribir lo que al respecto expresa Pineda: “Los dos caracteres esenciales de la regla de derecho o ley en sentido material son la generalidad y la fuerza de obligar o carácter imperativo de la regla misma. La Ley es una disposición establecida por vía general. Se quiere decir con esto que la Ley constituye en sí misma una disposición que no desaparece después de su aplicación a un caso previsto y determinado previamente, sino que sobrevive a esta aplicación y que seguirá aplicándose, mientras no sea derogada, a todos los casos idénticos al previsto o que está en potencia de aplicarse aunque el hecho a que ella se refiere no tenga realización en el futuro. Este carácter de generalidad subsiste, aun cuando de hecho no se aplique la Ley más que una vez. La disposición dictada por vía individual se establece, en cambio, en atención a un caso determinado exclusivamente. Una vez aplicada, desaparece la Ley, puesto que el propósito especial, concreto, exclusivo, para el cual se dicta se ha realizado o se ha logrado ya. La disposición dictada con carácter general sobrevive a su aplicación a una o muchas especies determinadas. Por ser general es, asimismo, abstracta, universal, aplicable a todos aquellos que se encuentren en la situación determinada en la ley, sin tener en cuenta especie o persona alguna”⁹⁴.

LENGUAJE DE LA LEY

En lo concerniente al lenguaje que se emplea en la formulación de la Ley escrita, éste es frío, árido y huérfano de estilo persuasorio, ya que el precepto jurídico no se dirige a los sentimientos ni al corazón. El mandamiento legal no busca convencer sino ordenar. Al respecto expresa Radbruch, que “es una característica sustancial de la ley jurídica el que, aunque dictada conforme a un fin, no rige exclusivamente en razón de él y en la medida en que lo sirve, sino que recaba para sí una obediencia incondicional. Un legislador moderno no recurrirá nunca a razonamientos o explicaciones, no recurrirá a la palabra ‘porque’. El lenguaje de la ley moderna ha adoptado la brusquedad de las órdenes militares, cuya función es ordenar y no razonar”... Y agrega el autor aludido: “El lenguaje de la Ley huye, finalmente, del estilo didáctico. Una larga experiencia ha enseñado al legislador que su misión es hacer cumplir el Derecho y no entrar en disquisiciones académicas acerca de lo que el derecho es, y esta convicción se traduce, como es natural, en su modo de expresarse...”⁹⁵.

Debe anotarse que los textos, locuciones y términos que se empleen en la formulación de la norma legal deben ser los castizos del idioma, evitando en lo posible el uso de localismos, regionalismos, jergas, germanías, extranjerismos, caló, etc., habida cuenta que la Ley tendrá aplicabilidad general, que ella se dicta para que sea interpretada en la totalidad del territorio y no en una parte de él. Asimismo, a fin de evitar que se presenten equívocos en su interpretación, el texto de la Ley debe ser lo más claro y preciso que se pueda, sin ambigüedades, además, obviamente, de estar en armonía con las reglas gramaticales.

IGNORANCIA DE LA LEY

La legislación colombiana (como todas las legislaciones), en lo referente a la obligatoriedad del precepto legal, consagra la ficción⁹⁶ de que todas las personas conocen la Ley (*'nemo jus ignorare consetur'*) y su ignorancia no podrá alegarse para excusarse de cumplirla (*'nemini licet ignorare legis'*). En efecto, el art. 9º del Código Civil expresa:

“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”.

Asimismo el artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal (C.P. y M.), dispone:

“No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia...”.

Por su parte, en lo concerniente a la ley penal, se sigue con mayor razón la misma pauta, pues ésta se aplicará a toda persona que la infrinja, salvo las excepciones que ella misma establezca, y nadie podrá excusarse de cumplirla alegando su ignorancia.

Esta es una presunción de derecho (*'juris et de jure'*), es decir, que no admite prueba en contrario, de antiquísima data (leyes romanas, las Partidas, etc.) que, indudablemente, no tiene basamento en la realidad, ya que es evidente que no todo el mundo está en posibilidad de conocer las normas jurídicas vigentes en un país en un momento dado, pues este conocimiento es en cierta forma privativo de las personas especializadas en las disciplinas del Derecho, pero la necesidad de mantener el orden jurídico ha hecho necesario el implantamiento de dicha ficción. En verdad, ni aún los juristas más versados y conspicuos pueden afirmar que conocen las normas legales vigentes en su totalidad, sobre todo si se trata de un país como Colombia, cuya legislación es tan extensa, tan variada y tan dispersa.

No obstante que esta ficción es contraria a la realidad tiene un gran contenido de bondad, pues, de aceptar lo contrario, sería imposible la

conservación del orden social. Cuán grave fuera para la salud de la colectividad que los individuos pudieran alegar en su defensa su desconocimiento de las leyes, pues ello, como es evidente, conduciría inexorablemente a la anarquía.

Algunos expositores (Vives, Palacios, Costa, Menger, etc.) no están de acuerdo con la mencionada presunción (*'ignorantia legis neminen excusat'*), a la cual consideran absurda desde todo punto de vista y que entraña una gran injusticia para con las personas económicamente débiles, pues su pobreza les impide acudir a intérpretes y abogados que las puedan instruir sobre las leyes, las cuales contienen, no pocas veces, fórmulas esotéricas para los poco instruidos.

Sobre el particular, comenta el tratadista Palacios: “Suponer que se conocen las leyes es pueril. Se trata de una ficción. Todo el mundo sabe que las leyes no son conocidas sino de una ínfima parte de la sociedad, pero se afirma no obstante que tal ficción es indispensable para conservar el orden social. Así lo expresan los juristas Ambrosoli, Vicente y Caravantes, lo que hace decir a Joaquín Costa que, entonces, el orden social en las naciones modernas no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una abstracción, de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas; que los condena a regir su conducta por criterios que les son y que fatalmente han de serle ignorados”⁹⁷.

FORMACIÓN DE LAS LEYES

Refiriéndonos ahora sí a las Leyes propiamente dichas, es decir, a las leyes en sentido estricto, éstas únicamente pueden ser creadas por una rama determinada del Poder Público: la Legislativa, que en Colombia es el Congreso (algunos prefieren denominarlo Parlamento), el cual está formado por dos Cámaras Legislativas: el Senado y la Cámara de Representantes.

CLASES DE SESIONES

El Congreso se reunirá en ‘sesiones’ que pueden ser de tres clases, así:

1. ORDINARIAS, o sean aquéllas que, por derecho propio del Congreso, se reúnen durante dos períodos por año (el primer período comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre y el segundo período iniciará el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio), que constituirán una sola legislatura. Si por cualquier causa no pudiere reunirse el Congreso en las fechas indicadas, lo hará tan pronto como fuere posible, dentro de los períodos respectivos (art. 138, C.N.).

2. EXTRAORDINARIAS, que son las sesiones que se realizan por fuera del período ordinario, por convocatoria del Gobierno y durante el tiempo que éste señale y únicamente para ocuparse en los asuntos que el Gobierno someta a su consideración, sin perjuicio de la función de control político que le es propia, la cual podrá ejercer en todo tiempo (art. 138, inc. 3 C.N.), y

3. ESPECIALES, que bien pudieran llamarse ‘excepcionales’, o sean aquellas sesiones que se realizan por derecho propio del Congreso o por convocatoria del Presidente de la República, en caso de falta absoluta de Vicepresidente (muerte, renuncia aceptada e incapacidad física permanente), a fin de elegir a quien haya de reemplazarlo para el resto del período, o cuando hubiere por parte del Presidente de la República declaratoria de estado de excepción (guerra exterior, conmoción interior y emergencia) (arts. 205 y 212 a 215 C.N.).

CLASES DE LEYES

Además de las Leyes Ordinarias, el Congreso puede expedir las siguientes clases:

1. ORGÁNICAS, a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Estas leyes requerirán para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de una y otra Cámara (art. 151 de la C.N.).

2. ESTATUTARIAS, mediante las cuales el Congreso regulará lo referente a Derechos y Deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; el estatuto de la oposición y funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción. Estas leyes requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura (arts. 152 y 153 de la C.N.).

ORIGEN DE LAS LEYES

Por regla general, las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional,

de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Nacional Electoral, del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo, del Contralor General de la República o por iniciativa popular.

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, las leyes referentes al plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; las que determinen la estructura de la administración nacional y crean, supriman o fusionen ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; las que reglamenten la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; las que creen o autoricen la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta; las que conceden autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; las que establezcan las rentas nacionales y fijen los gastos de la administración; las que se relacionen con el Banco de la República y con las funciones que competa desempeñar a su Junta Directiva; las que dicten normas generales y señalen en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para efecto de organizar el crédito público, regular el Comercio Exterior y señalar el régimen de cambio internacional y fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales (arts. 154 y 150, numerales 3, 7, 9, 11, 19 y 22, C.N.).

Por lo general, las Cámaras podrán introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Gobierno, con excepción de lo establecido en el artículo 341 de la C.N., que contempla una limitación a la iniciativa parlamentaria consistente en que el Congreso puede modificar el Plan Nacional de Inversiones Públicas siempre y cuando se mantenga el equilibrio financiero, a fin de no permitir que los proyectos de ley sobre planes, programas y proyectos de inversión pública nacional (Plan Nacional de Desarrollo) que hayan de realizarse o continuarse, sean fácilmente alterados o modificados financieramente con eventual detimento de la coherencia que dicho plan debe tener (art. 154 y 341 C.N.)⁹⁸.

Como ya se dijo en su oportunidad, la Rama Legislativa, también denominada Congreso, se compone en Colombia de dos Cámaras: Cámara de Representantes y Senado. Esta dualidad de cuerpos legislativos constituye el llamado Sistema Bicameral, que, en el actual momento histórico de nuestra patria no se justifica, ya que tanto la Cámara de Representantes como el Senado colombianos tienen un mismo origen (elección popular), representan intereses idénticos y prácticamente cumplen las mismas funciones. De ahí que haya la tendencia muy extendida en vastos sectores de la opinión pública de establecer un Sistema Unicameral o de Cámara Única, más práctico y funcional, obviamente, y sustituyendo, además, el actual sistema del cuociente electoral (listas) por el de elección unipersonal (uninominal).

PROCEDIMIENTO PARA LA CREACIÓN DE LA LEY

Ya vimos que en Colombia corresponde al Congreso de la República o Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Representantes) reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el Gobierno y administración. Ahora bien, para que un proyecto sea Ley debe someterse a un '*trámite ordinario*' en el Congreso (arts. 157 y ss. de la C.N.) (Fig. 7), consistente en llenar los siguientes requisitos:

1. Publicación del Proyecto,
2. Aprobación en Primer Debate,
3. Aprobación en Segundo Debate,
4. Sanción del Gobierno, y
5. Promulgación.

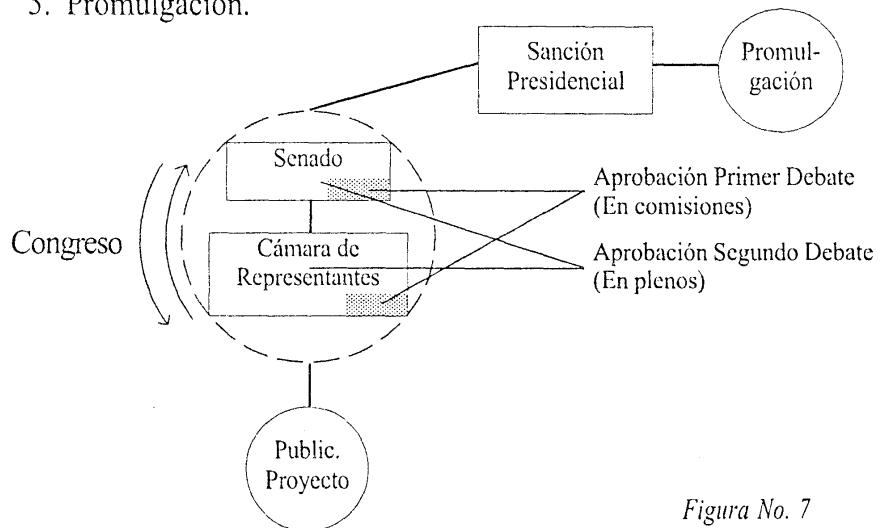


Figura No. 7

PUBLICACIÓN DEL PROYECTO. Como primer requisito se necesita que el proyecto de Ley sea publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la Comisión respectiva. Se exige esta publicación con el fin de que todos los congresistas se enteren debidamente del texto de los proyectos de ley presentados a la consideración de las Cámaras Legislativas y así evitar, como solía ocurrir en otras épocas, la aprobación de leyes tramitadas casi subrepticiamente.

El Proyecto de ley y su exposición de motivos serán publicados al día siguiente de su presentación en los “Anales del Congreso”, que es el órgano de publicidad de las Cámaras Legislativas, el cual está dividido en dos secciones, una para el Senado y otra para la Cámara de Representantes (arts. 9º y 46 de Ley 7ª de 1945).

APROBACIÓN EN PRIMER DEBATE. El Proyecto de Ley debe ser aprobado en primer debate en la correspondiente Comisión Permanente de cada Cámara. Se exceptúan los Proyectos de Ley siguientes:

a) El que contiene los programas y proyectos de inversiones públicas nacionales (Plan Nacional de Inversiones Públicas) que hayan de emprenderse o continuarse, pues éste debe someterse al estudio de las comisiones conjuntas de asuntos económicos y con fundamento en el informe que éstas elaboren al respecto, cada corporación discutirá y evaluará el Plan en sesión plenaria (art. 341, inc. 2º de la C.N.);

b) Aquel cuyo ‘trámite de urgencia’ haya solicitado el Presidente de la República y se encuentre al estudio de una comisión permanente, ésta, a solicitud del Gobierno, deliberará conjuntamente con la correspondiente de la otra Cámara para darle el primer debate (art. 163, inc. 2º de la C.N.);

c) El de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones, que deberá sufrir el primer debate en las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras que deliberarán en forma conjunta (art. 346, inc. 3º de la C.N.);

d) Aquel, respecto del cual surgieren discrepancias en las Cámaras, será debatido en reunión conjunta en ‘comisiones de conciliadores’ conformadas paritariamente por ambas Cámaras (art. 161 C.N., modificado por Acto Legislativo 01 de 2003).

e) Aquellos proyectos de ley, a los cuales el Reglamento del Congreso determine que el primer debate debe surtirse en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras (art. 157, num. 2º de la C.N.).

En cada una de las Cámaras se organizarán ‘Comisiones Constitucionales Permanentes’, que tramitarán en primer debate los proyectos de ley o de acto

legislativo relacionados con los asuntos de su competencia. Así mismo, funcionarán Comisiones Legales, Comisiones Especiales y Comisiones Accidentales (art. 142 de C.N. y art. 34, Ley 5^a de 1992).

Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán ‘comisiones accidentales’ que, reunidas conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada Cámara. Si persistieren las diferencias después de la repetición del segundo debate, se tendrá como negado el proyecto (art. 161 de C.N.).

Para poder realizar su trabajo, en la Cámara y el Senado se han organizado las siguientes comisiones: Comisión Primera (Reformas constitucionales, etc.), Comisión Segunda (Política internacional, etc.), Comisión Tercera (Asuntos económicos, impuestos, etc.), Comisión Cuarta (Presupuesto Nacional, etc.), Comisión Quinta (Régimen agropecuario, asuntos energéticos, mineros, etc.), Comisión Sexta (Comunicaciones, obras públicas, transportes, etc.) y Comisión Séptima (Asuntos laborales, educación, salud pública, etc.).

Todo Proyecto de Ley o de Acto Legislativo deberá tener ‘informe de ponencia’ en la respectiva comisión encargada de trámite y deberá dársele el curso correspondiente (art. 160, inc. 3º de la C.N.).

Para impedir los comúnmente llamados ‘micos’ (disposiciones extrañas al proyecto), el artículo 158 de la Constitución establece que todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles, por consiguiente, las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella⁹⁹. Esto de los ‘micos’ era de común ocurrencia en el Congreso antes de la Reforma Constitucional de 1968, lo cual producía incoherencia y desarmonía en la legislación nacional además de la natural desaprobación pública.

APROBACIÓN EN SEGUNDO DEBATE. Aprobado el Proyecto de Ley en Primer Debate, deberá ser aprobado en cada Cámara (en pleno), en Segundo Debate.

La aprobación en Primer Debate (Comisión Permanente de cada Cámara, Comisión accidental, etc.), y Segundo Debate (cada Cámara en pleno) requiere la mayoría establecida de votos (mayoría absoluta), con el fin de que las decisiones que se adopten reflejen el anhelo ciudadano, que en un sistema democrático se manifiesta por medio de las mayorías.

Las reglamentaciones sobre el número de individuos necesario para que sean válidas las votaciones (*quórum*) y mayoría decisoria vigentes en el Congreso, regirán también para las Asambleas Departamentales, y Concejos¹⁰⁰Municipales.

El Proyecto de ley que hubiere sido negado en primer debate podrá ser considerado por la respectiva Cámara a solicitud de su autor, de un miembro de ella, del Gobierno o del vocero de los proponentes en los casos de iniciativa popular (art. 159 de la C.N.).

Entre el primero y segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días. Durante el segundo debate cada Cámara podrá introducir al proyecto las modificaciones, adiciones y supresiones que juzgue necesarias. En el informe a la Cámara plena para segundo debate, el ponente deberá consignar la totalidad de las propuestas que fueron consideradas por la comisión y las razones que determinaron su rechazo (art. 160 de la C.N.).

Los proyectos de ley que no hubieren completado su trámite en una legislatura y que hubieren recibido primer debate en alguna de las cámaras, continuarán su curso en la siguiente, en el estado en que se encuentren. Ningún proyecto podrá ser considerado en más de dos legislaturas (art. 162 de la C.N.).

El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno (art. 164 de la C.N.).

SANCIÓN PRESIDENCIAL. El Proyecto de Ley aprobado en la forma anotada por el Congreso debe obtener la '*sanción*' del Gobierno. Se llama '*sanción*', para estos efectos, la aprobación que el Presidente de la República, con la firma de sus respectivos Ministros del Despacho, imparte a las Leyes expedidas por las Cámaras Legislativas.

Esta '*sanción constitucional*' (no confundirla con la '*sanción legal*' de que trata el artículo 6º del Código Civil, o sea la pena o la recompensa que se derivan de la transgresión o el cumplimiento de las normas jurídicas) es requisito de orden constitucional sin el cual no se considera completa la formación de la Ley.

PROMULGACIÓN. Aprobado un Proyecto de Ley por ambas Cámaras en primero y segundo debate como se explicó (en verdad son cuatro debates: dos en Comisión y dos en Pleno), pasará al Gobierno para su sanción, según ya se expresó también, y si éste no lo objetare, dispondrá que se '*promulgue*' como Ley, es decir, que luego de sancionada la Ley por el Presidente de la República (o el Presidente del Congreso en su caso, como se verá más

adelante), se '*publica*' o '*promulga*', lo cual consiste en insertar el texto de la Ley en el '*Diario Oficial*' y se entiende por este hecho que ella es conocida por todas las personas que habitan el territorio nacional.

El Presidente de la República, en principio, deberá sancionar los proyectos de Ley aprobados por el Congreso, pero goza del derecho constitucional de objetarlos total o parcialmente, en los términos y condiciones establecidos por la Constitución Nacional.

Si el Gobierno '*objetare*' un proyecto de Ley aprobado por el Congreso, lo devolverá a la Cámara en que tuvo origen (art. 165, C.N.).

El Presidente de la República dispone de un término de seis (6) días para devolver con objeciones cualquier proyecto de ley cuando éste no conste de más de 20 artículos, de 10 días, cuando el proyecto contenga de 21 a 50 artículos y hasta de 20 días cuando los artículos del dicho proyecto sean más de 50. Si el Presidente, una vez transcurridos los términos indicados, según el caso, no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, deberá sancionarlo y promulgarlo. Si las Cámaras se pusieren en receso dentro de dichos términos el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado y objetado dentro de aquellos plazos (art. 166, C.N.).

Si el Gobierno objetare el proyecto de ley total o parcialmente, éste volverá a las cámaras a segundo debate (en pleno).

El Presidente de la República solamente por una vez puede objetar un proyecto de ley aprobado por ambas Cámaras.

El Proyecto de Ley, que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara, deberá ser sancionado por el Presidente de la República, quien no podrá presentar nuevas objeciones, pues, como ya se dijo, solamente por una vez podrá el Jefe del Estado objetar cada proyecto de Ley.

Cuando el Presidente de la República estando constitucionalmente obligado a sancionar una Ley, no cumpliera con este deber, corresponde al Presidente del Congreso, que es el Presidente del Senado, sancionarla y promulgarla (art. 168 C.N.).

Si el Presidente de la República objetare el Proyecto de Ley por '*inconstitucional*' y las Cámaras Legislativas insistieren, el dicho proyecto pasará a la Corte Constitucional, para que esta corporación, dentro de seis (6) días, decida sobre su '*exequibilidad*' (Lat. '*Exequit*', que se puede hacer, conseguir o llevar a efecto). Si el fallo de la Corte fuere afirmativo, el Presidente estará obligado a sancionar la Ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto (art. 167 C.N.).

Si la Corte Constitucional considera que el proyecto es parcialmente inexequible, así lo indicará a la Cámara en que tuvo origen para que, oído el Ministro del Ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el Proyecto para fallo definitivo (art. 167 de la C.N.).

Cuando una norma legal se declara '*inexequible*', significa que ha quedado sin efectos jurídicos por haberse encontrado en contradicción con la Constitución Nacional y que, por consiguiente, desde ese momento en adelante no puede aplicarse más.

Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la '*convocatoria de un referendo*' para la derogatoria de una ley. La Ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral. No procede el mencionado referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias (art. 170 de la C.N.).

Los Ministros del Despacho y otros altos funcionarios del Estado como los Magistrados de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo y el vocero de los ciudadanos proponentes de la iniciativa popular gozan del privilegio de intervenir en los debates de las Comisiones o de las Cámaras Legislativas, con voz pero sin voto, como es obvio, en los casos señalados por la ley.

Es importante aclarar que cuando la Constitución Nacional emplea la palabra '*Gobierno*' debe entenderse en el sentido que dicha obra le da el artículo 115, el cual reza textualmente:

"El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los Ministros del despacho y los Directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director del Departamento correspondientes, en cada negocio particular constituyen el gobierno. Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá el valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del Ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”.

La anterior afirmación de que los mencionados funcionarios en cada caso particular constituyen el Gobierno, debe tomarse, como expresa el jurista Pérez, “en su sentido ordinario, en armonía con el lenguaje común, pues en realidad el concepto técnico de lo que corresponde la Noción de Gobierno se refiere a las tres funciones del Poder Público reunidas”¹⁰⁰, es decir, a la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional juntas.

El tratadista José María Samper comenta al respecto: “Ha sido de uso universal el llamar Gobierno a la entidad visible que ejerce el Poder Ejecutivo, bien que científicamente el gobierno es una función compleja y vasta, o sea el ‘ejercicio’ mismo de la soberanía. Pero los redactores del proyecto de Constitución, quisieron consagrar aquella acepción vulgar de la palabra ‘gobierno’, dando este nombre a la entidad gobernante en el ramo ejecutivo, y al propio tiempo establecieron una distinción entre el ‘Poder Ejecutivo’ y el ‘Gobierno’. No se hizo objeción a esta manera de ver las cosas, y el artículo 59 quedó aceptado tal como aquí se halla.

“Conforme a la distinción hecha, el Poder Ejecutivo tiene una esfera más extensa que la del Gobierno. El Poder Ejecutivo es función y cúmulo de autoridad, en tanto que el gobierno es ‘persona’ o entidad política y visible. El Presidente de la República, como tal, es el ‘Jefe’ o director supremo del Poder Ejecutivo –poder que se difunde en los Ministros, en los Gobernadores de los Departamentos y en todo el personal y organismo encargado de la ejecución de las leyes–. Pero el Gobierno, que cabe en el Poder Ejecutivo y lo dirige en su totalidad, no es todo el Poder Ejecutivo, ni está en toda la República, sino solamente en la Capital. El Gobierno es un compuesto particular del Presidente de la República y los Ministros que son sus cooperadores; y aún existe el Gobierno dondequiera que el Presidente aparece funcionando con un solo Ministro, el del respectivo ramo, en algún asunto particular; siendo indispensable esta cooperación de un Ministro (y aún de ‘todo’ el Ministerio, en algunos casos) para que el Presidente pueda ejercer el Poder Ejecutivo. Esta obligada cooperación de los Ministros, es la base de lo que se llama después responsabilidad ministerial”¹⁰¹.

APLICABILIDAD DE LA LEY

En lo que respecta a la ‘aplicabilidad’ de la Ley (o sea, dónde, cuándo y a quién obliga), su dominio está limitado a las tres esferas (Fig. 8) siguientes:

1. Espacio,
2. Tiempo, y
3. Sujeto.

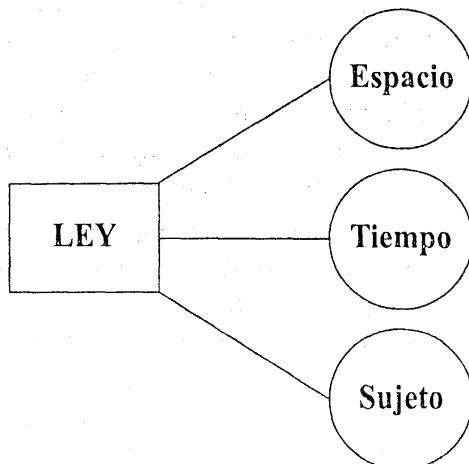


Figura No. 8

ESPACIO. En cuanto al '*espacio*' la Ley en principio no rige sino dentro de los límites del territorio en donde el Poder Público del cual proviene ejerce su imperio.

Este principio es el denominado de la '*territorialidad*' de la Ley. Así se tiene, por ejemplo, que las normas constitucionales (Actos Legislativos emanados del Constituyente, art. 374 y ss. de la C.N.), las disposiciones procedentes del Legislador (Leyes propiamente dichas, art. 138 y ss., C.N.) y los Decretos Presidenciales (Ordinarios, Extraordinarios, Legislativos, etc., arts. 189, 212, etc., C.N.) rigen en todo el territorio de la República; los preceptos expedidos por las Asambleas Departamentales (Ordenanzas, art. 300, C.N.) y los Decretos de los Gobernadores (art. 305, C.N.), son obligatorios únicamente dentro del territorio correspondiente a la jurisdicción de los respectivos Departamentos; los Acuerdos, o sean las reglas dictadas por los Concejos Municipales (art. 313, C.N.) y los Decretos de los Alcaldes (art. 315, C.N.), son de obligatorio cumplimiento solamente dentro del territorio del respectivo Municipio, etc.

En tratándose de la Ley propiamente dicha u ordinaria y de acuerdo con el anotado Principio de la Territorialidad, por regla general las leyes de un Estado no trascienden sus fronteras (*Leges non valet extraterritorium*), sin embargo hay casos en los que se requiere que la Ley tenga carácter

extraterritorial, ya sea para que ella tenga efectos fuera del territorio correspondiente a la jurisdicción estatal, o para que la ley extranjera se aplique dentro de los linderos territoriales de dicho Estado.

Para solucionar los problemas que se derivan de lo anterior, es decir, para dirimir los conflictos de la Ley en el espacio, se han ideado muchas fórmulas, entre las cuales se pueden señalar las siguientes:

a) **El principio personal**, que tuvo su auge en la Roma pagana, consiste, como se infiere de su denominación, en que la Ley no ha de regir sino respecto de las personas, siguiéndolas como una sombra todo el tiempo y en todo lugar, es decir, que las leyes de un Estado deben imperar sobre sus súbditos dondequiera que éstos se encuentren, ya sea dentro o fuera del territorio nacional correspondiente.

b) **El principio territorial**, en boga en la época feudal, estriba, como su nombre también lo indica y atrás ya se enunció, en que las leyes de un país deben regir únicamente dentro del territorio respectivo, sin traspasar sus confines, imperando indiscriminadamente, por consiguiente, sobre todas las personas que habitan dentro de sus fronteras, sean ellas nacionales o extranjeras.

Estos principios tomados independientemente, como es fácil apreciar, son inconvenientes por su exclusivismo y unilateralidad y, precisamente por ello, han sido rechazados por casi la totalidad de las legislaciones del orbe, pues, para mencionar algunas objeciones, en el caso del principio primeramente mencionado (el personal), se atenta contra el fundamento mismo de la soberanía de los otros Estados, o conduce a los países a un aislacionismo absurdo, en el evento del segundo principio (el territorial), quebrando la necesaria interdependencia que debe existir entre las diferentes naciones.

c) **La teoría de los estatutos**, originada en la escuela italiana de los postglosadores o '*comentaristas*', que floreció en el siglo XIV (Bártolo de Sassoferato, etc.) y cuya denominación proviene de las normas jurídicas locales (Estatutos) que regían en las ciudades medioevales. Según esta teoría, había dos estatutos, el Real y el Personal. Al primero pertenecían las leyes relativas a las cosas, cuyo carácter territorial obligaba a todos los habitantes del territorio. El segundo comprendía las leyes referentes a las personas, con fuerza extraterritorial que permitía su aplicación a los nacionales que se encontrasen en el extranjero. Así se tenía, por ejemplo, que las formalidades externas de los actos y contratos debían regirse por el estatuto local (*'locus regit actum'*); los bienes estaban regulados por la ley del lugar en donde estaban situados, es decir, la ley local (*'lex rei sitae'*); los delitos quedaban

también sometidos al estatuto local; los efectos de los contratos debían regirse por la ley del lugar de su cumplimiento, en tanto que las relaciones de familia se regulaban por las leyes del domicilio del padre o del marido, etc.

La Teoría de los Estatutos fue posteriormente ampliada por la llamada escuela francesa (siglo XVI), primeramente por su exponente Doumoulin, quien mantuvo la división de Estatuto Real y Estatuto Personal e implantando el criterio de clasificación de las leyes según su objeto: si tenían por objeto las personas pertenecían al Estatuto Personal y al Real, si su objeto eran las cosas, en forma distinta al sistema de Bártolo, cuyo criterio de clasificación se fundamentaba en la colocación de las palabras en la ley; y luego D'Argentré, quien agregó el Estatuto Mixto, que comprendía las leyes que se referían tanto a las personas como a las cosas, por ejemplo, las relativas a la forma externa o formalidades de los actos o contratos.

d) **La escuela holandesa** (Juan de Voet, etc.), cuya doctrina fundamental al respecto consistía en que, no obstante el principio de la soberanía absoluta de los países, en ciertos casos y cuando así lo exigían motivos de cortesía internacional ('*comitas gentium*') y en aras de una conveniente reciprocidad, los Estados debían permitir dentro de sus respectivos territorios la aplicación de la ley extranjera.

e) **Las teorías alemanas**, entre las cuales se mencionan las de Whecter, según la cual si no había disposición expresa aplicable en la legislación nacional y de su espíritu no podía inferirse nada respecto de la ley extranjera, se aplicaría entonces la ley del Estado donde se tramitare el litigio correspondiente ('*lex fori*'); la de Shaffer, cuya tesis consistía en que si no se conocía expresamente la voluntad del legislador, se aplicaría la ley del lugar donde habían nacido los vínculos de derecho, y la de Savigny, la más importante sin duda, que fundamentalmente consistía en que la ley extranjera debía aplicarse en virtud de la existencia entre las diferentes naciones de '*una verdadera comunidad jurídica*' inspirada en el origen común de las instituciones fundamentales de los diversos países. La capacidad y el estado civil de las personas, afirmaba el maestro alemán, debía regularse por la ley del domicilio, los bienes por la del lugar de donde estuvieran situados, las formalidades de los actos y contratos por la local y los efectos de las obligaciones por la ley del lugar donde debieran cumplirse.

f) **Teoría de la personalidad del derecho**, expuesta por el italiano Mancini, según la cual las leyes que tienen por objeto la utilidad de las personas, deben regir respecto de ellas, en todo tiempo y lugar, con excepción

de las leyes de orden público y las referentes a las formalidades externas de los actos jurídicos que deben regularse por la ley local.

g) En cuanto a la manera de desatar en Colombia las controversias que suelen presentarse al respecto de lo enunciado, la legislación nacional asume una posición multilateral, mediante la cual acude a uno u otro sistema, teoría o principio según sea la índole de cada caso concreto a resolver, así por ejemplo, se acoge al Estatuto Personal cuando se trata del estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto dentro del territorio del país (art. 19 num. 1º, C.C.)¹⁰²; o se guarece bajo el Principio Territorial en lo que concierne a las normas relativas a los bienes raíces o inmuebles (*'Lex rei sitae'*) (art. 20 inc. 1º, C.C.)¹⁰³, a lo referente a los efectos de los contratos celebrados válidamente en país extraño (art. 20 inc. 3º, C.C.), las reglas laborales, los trámites procesales (*'Lex fori'*) y los demás preceptos de orden público; o estatuye que rigen las leyes del lugar (*'Locus regit actum'*) en lo concerniente a la forma de los instrumentos públicos (art. 21 inc. 3º, C.C.)¹⁰⁴ y a las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en el extranjero (art. 20 inc. 2º, C.C.).

TIEMPO. En lo relativo al '*Tiempo*', por elementales razones de seguridad y la necesidad de mantener la confianza en las relaciones sociales, se sigue, en general, el Principio de la '*no retroactividad*' de la Ley, mediante el cual toda norma legal rige en lo futuro y que no afecta a los hechos o situaciones jurídicas producidas y definidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Para fundamentar el mencionado Principio de la '*no retroactividad*' de la Ley, se han formulado varias teorías, entre las cuales mencionamos las siguientes:

a) **Teoría de los derechos adquiridos.** Según esta teoría (Merlin, Chabot, Valencia Z., etc.), la ley nueva no puede vulnerar los derechos '*adquiridos*' legalmente, es decir, aquellos que, por haberse perfeccionado de acuerdo con lo dispuesto para el efecto en la ley derogada, se han consolidado en la persona e integrado a su patrimonio. Lo que no sucede con las llamadas '*meras*' o '*simples expectativas*', que sí están expuestas a sufrir el imperio de la ley nueva, ya que ellas constituyen una situación en que se espera culminará en el nacimiento de un interés jurídico cierto y que no dan, por consiguiente, acción ni excepción; son pues, nada más que la posibilidad de adquirirse posteriormente un derecho determinado si se cumplen algunas condiciones señaladas a propósito.

b) **Teoría de Bonnecase.** Este distinguido tratadista francés, cimenta su tesis en la distinción que hace entre '*Situación Jurídica Concreta*' y '*Situación*

Jurídica Abstracta', definiendo la primera como "una manera de ser positiva, derivada para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico, que pone en juego en favor o en contra de dicha persona una ley dada y por ese mismo hecho le confiere en forma efectiva las ventajas y las obligaciones inherentes al fundamento de esta ley", y la segunda como "la manera de ser eventual o teórica de cada uno con respecto a una ley determinada"¹⁰⁵. Señalando que no son retroactivas las leyes que afectan situaciones jurídicas abstractas, como tampoco las que respetan las situaciones jurídicas concretas, y que cuando hubiere silencio del Legislador, el juzgador, fundamentándose en la presunción '*a favor de la no retroactividad*' de las leyes, considerará que las situaciones jurídicas concretas nacidas bajo el imperio de la ley antigua se regularán por lo dispuesto en ella.

c) **Teoría de Paul Roubier.** Para este jurista la ley no debe tener carácter retroactivo sino que debe producir, por lo general, efecto inmediato.

Por consiguiente, la nueva ley no debe vulnerar los elementos ya existentes integrantes de situaciones jurídicas en curso, mucho menos afectar aquellas ya constituidas, extinguidas o cuyos efectos se han ya realizado bajo el imperio de la ley derogada, pues esas circunstancias pertenecen al pasado, es decir, corresponden a la categoría de los '*hechos cumplidos*'.

Pero si se trata de una situación jurídica creada por la ley antigua y cuyos efectos no se han producido o comienzan a realizarse en el momento de entrar en vigencia la ley nueva, ésta tendrá efecto inmediato, es decir, que dichos efectos se regularán por lo dispuesto en la ley nueva. Con excepción de aquellos contratos "que sean esencialmente instrumentos de diversidad jurídica" celebrados de conformidad con la ley antigua, los cuales continuarán ejecutándose según lo dispuesto en ella, no obstante que contenga disposiciones distintas sobre el particular.

d) **En Colombia,** el Principio de la '*no retroactividad*' de la ley en el área civil se impone por mandato constitucional al Legislador, de tal suerte, que éste no puede dictar leyes que desconozcan o vulneren la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título por las personas conforme a las leyes civiles anteriores, salvo cuando se trate de leyes nuevas expedidas por motivo de utilidad pública o interés social, pues en estos casos, cuando de la aplicación de una regla de esta clase resulten en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma norma, el interés privado deberá ceder al interés público o social (art. 58, C.N.).

Se exceptúan también de la regla general de la irretroactividad, aquellas leyes a las que, por motivos especiales, es necesario darle efecto retroactivo

expresamente y a las que no se les da un efecto inmediato permitiendo la '*supervivencia*' de la ley antigua. Si a la nueva ley se le da un efecto inmediato comienza a regir para el porvenir a partir del mismo momento en que entra en vigencia, y sin volver, claro está, sobre el pretérito. Por ejemplo, si la nueva ley señala ciertas formalidades para celebrar el contrato de matrimonio que indicaba la ley antigua, el efecto inmediato se traduce en que se aplica a todas las personas que se casen a partir de su vigencia, sin afectar la validez de los matrimonios celebrados de acuerdo con la norma anterior.

El principio del '*efecto inmediato*' de la ley se aplica, por ejemplo, a las leyes modificativas del estado civil y la capacidad de las personas y el contenido de los derechos reales (propiedad, etc.) (arts. 20, 23 y 28 de Ley 153 de 1887)¹⁰⁶, con excepción de lo referente a las solemnidades externas de los testamentos y lo concerniente a los contratos, los cuales se regirán por las normas vigentes a su otorgamiento y a su celebración (arts. 34 y 38, Ley 153 de 1887)¹⁰⁷.

Debe tenerse en cuenta, por su parte, que la aplicación de la ley comienza desde el momento en que entra en vigor (vigencia) y termina con el de su derogación, ya sea ésta expresa o tácita. Una Ley se '*abroga*' o '*deroga*' cuando se le quita su obligatoriedad, ya sea porque es reemplazada por otra ley o porque se suprime. Hay abolición o abrogación '*expresa*' cuando la ley nueva dice expresamente que deroga la anterior, y '*tácita*', cuando la ley nueva no habla de derogación pero contiene disposiciones incompatibles con la norma antigua.

La derogatoria, ya sea expresa o tácita, puede ser total o parcial, según que se abogue en su totalidad o en parte la ley anterior.

La ley derogada no puede volver a cobrar vida por el hecho de que la ley que la derogó sea a su vez abolida, tampoco revivirá por las solas referencias que a ella se hagan. En nuestra Legislación no existen leyes tácitas. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva (art. 14, Ley 153 de 1887).

No sobra anotar, que cuando haya '*incompatibilidad*' entre una norma constitucional y una legal, preferirá aquélla, y si en los Códigos se hallaren disposiciones incompatibles entre sí, se observará en su aplicación las reglas siguientes: 1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, 2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos, preferirán por razón de éstos en el orden siguiente: Civil, de

Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública (art. 4º de la C.N. y art. 5º de la Ley 57 de 1887).

Por su parte la Ley Comercial, para efectos de la estabilidad contractual y siguiendo la pauta de la irretroactividad, señala que “los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887” (art. 2036, C. de Co.).

Así mismo las Leyes Laborales tampoco tienen efecto retroactivo, tal como lo establece el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 16, que textualmente expresa:

“Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores”.

En lo que respecta al área ‘Procedimental’ se aplica también el Principio del ‘efecto inmediato’, pues las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios o procesos prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, con excepción de los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, que deben ser regulados por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40, Ley 153 de 1887 y art. 699, C.P.C.).

SUJETO. En cuanto a los Sujetos, es decir, a las personas a ‘quienes’ ha de aplicarse, siguiendo el Principio Territorial, la Ley es obligatoria a todos los habitantes del país, ya sean nacionales o extranjeros.

Al respecto, el artículo 4º de la Constitución Nacional, expresa:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

En desarrollo de esta regla constitucional, el art. 18 del Código Civil, manifiesta:

“La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”.

En el mismo sentido dispone el art. 57 de la Ley 4ª de 1913 (Viejo Código de Régimen) Político y Municipal (C.P. y M.), que dice:

“Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos”.

El Código Penal, siguiendo la misma pauta de la '*territorialidad*', en su artículo 14 preceptúa que “La Ley Penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional”.

En lo concerniente específicamente a los extranjeros, nuestra Carta Magna en el artículo 100 reza:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

“Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

“Los Derechos Políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

Las leyes se pueden clasificar desde los dos siguientes puntos de vista:

- a) Según su obligatoriedad, y
- b) Según su origen.

LEYES SEGÚN SU OBLIGATORIEDAD

Ya se sabe que toda norma jurídica es una regla de conducta externa de obligatorio cumplimiento, empero ese '*obligatorio cumplimiento*' no es exactamente igual en toda clase de preceptos de derecho, pues los hay unos con pretensión de vigencia mayor que otros. En efecto, el imperio de todas las normas no es de igual manera e idéntica intensidad, pues una cierta categoría se caracteriza por su forma rígida y absoluta, a diferencia de otro grupo de condición eminentemente limitada y relativa.

Desde este punto de vista, es decir, de su '*obligatoriedad*', de su imperio, las normas o leyes se pueden dividir en los dos grupos siguientes:

1. Leyes de orden público, y
2. Leyes de orden privado.

LEYES DE ORDEN PÚBLICO. Las normas de Orden Público o '*taxativas*' (denominadas también normas '*cogendi*' o '*jus cogens*') son imperativas y absolutamente obligatorias, que mandan independientemente del querer de los individuos, tienen como finalidad principal la protección y regulación de los intereses superiores de la colectividad (seguridad del Estado, resguardo de las buenas costumbres, defensa de los derechos de terceros, etc.) y no pueden, por tanto, ser modificadas ni derogadas por la voluntad de los particulares. De esta clase de leyes categóricas pueden mencionarse, por ejemplo, las de naturaleza procedural, las contenidas en el Código Penal, las que se refieren a los derechos concedidos y reconocidos a los trabajadores por la legislación laboral (Cesantía, prima de servicios, vacaciones, etc.), las de carácter tributario, etc.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el artículo 16 del Código Civil, textualmente dice:

“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”.

El precepto transcrita se refiere al '*orden público*' cuya noción es de difícil precisión. En efecto, para el profesor Valencia Z., el orden público “está representado por todos aquellos principios que constituyen las bases necesarias de nuestra vida social”. Por su parte González Valencia lo considera constituido por “todas las disposiciones en que la sociedad está interesada y que miran al interés social y no individual...”.

En lo concerniente al concepto de '*buenas costumbres*' a que hace referencia también el mencionado artículo, ha sido igualmente difícil precisar su noción. Nos limitaremos al respecto a transcribir, en primer lugar, la definición del tratadista Von Tuhr, cuyo texto reza: “Con el término de buenas costumbres (*boni mores*) se designa el orden moral generalmente aceptado por la opinión dominante” y, en segundo lugar la formulada por el jurista Valencia Z., atrás anotado, que dice: “Se entiende por buenas costumbres ciertos postulados de la sana moral y que contribuyen al perfeccionamiento de la sociedad”.

LEYES DE ORDEN PRIVADO. Las normas de Orden Privado no tienen el carácter absoluto ni son tan imperativas como las de Orden Público, sino que ellas son dispositivas o supletivas de la voluntad de las personas, tienen la finalidad de proteger los intereses individuales y pueden, por tanto, ser derogadas por la libre determinación de los particulares. De ahí que todos aquellos derechos que únicamente atañen al interés privado de los sujetos pueden renunciarse, por ser objeto de transacción.

Al respecto, el artículo 15 del Código Civil, expresa:

“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.

Estas normas no imperativas son '*dispositivas*' cuando han sido establecidas por el Poder Público para que tengan valor únicamente en caso de que la voluntad de las partes no aparezca expresamente manifestada en forma distinta. En muchas circunstancias la ley deja a los particulares la libertad de '*disponer*' de algunos derechos privados, siempre y cuando con ello no infrinjan las normas taxativas o de orden público. Por ejemplo, el arrendatario puede renunciar los requerimientos legales del arrendador, para que sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada. Estas reglas toman el nombre específico de '*interpretativas*' cuando se imponen como '*interpretación*' o '*aclaración*' de la voluntad que en forma oscura o incompleta han manifestado las partes. Sobre este particular el artículo 1622 del C.C., dispone en su inciso primero que “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas a otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...”.

Son '*supletivas*', en cambio, aquellas normas no imperativas también que la autoridad social impone a los individuos cuando estos no manifiestan expresamente su voluntad, es decir, cuando reemplazan, o mejor '*suplen*' la voluntad probable de las partes. V.gr., si el difunto no ha dispuesto de sus bienes, es decir, no ha dejado testamento, la ley suple la ausencia de esa voluntad, señalando las reglas de la sucesión legítima o '*ab intestato*' (art. 1037, C.C.).

Refiriéndose a esta clase de leyes el tratadista Pinzón comenta: “Las normas dispositivas cumplen una función simplemente enunciativa o reglamentaria y son numerosas en la legislación comercial. Dichas normas pueden proveer por vía principal o exclusiva, o por vía simplemente subsidiaria o supletiva, según que se tengan por objeto situaciones ajenas a la voluntad individual o que versen sobre cuestiones de aquellas en las que los particulares pueden proveer directamente por medio de pactos o acuerdos. De la primera subespecie son, por ejemplo, las que hacen la calificación de los '*actos de comercio*', las que determinan la fisonomía propia de los contratos nominados, etc.; y de la segunda lo son todas aquellas en que provee '*a falta de estipulación el contrario*', como cuando se reglamenta el modo de interpretar los plazos, la participación de los asociados en las utilidades sociales, el régimen de la administración de los distintos tipos legales de asociación, etc. Según esto, las normas supletivas no son sino una clase especial de las normas dispositivas, que constituyen reglamentaciones que no son obligatorias sino cuando no

hay reglas convencionales aplicables, porque la misma ley garantiza la libertad de los particulares para regular sus propios intereses. Lo cual quiere decir, a un mismo tiempo, que las normas supletivas constituyen una fuente eminentemente subsidiaria de derecho, sobre la cual prevalece la voluntad de los contratantes, siempre que se exprese válidamente, esto es, con sujeción a las normas imperativas, porque éstas son las únicas que representan límites que no pueden eludirse ni modificarse contractualmente, pues en su observancia está comprometido el orden público". "Desde luego, agrega el mismo expositor, que en algunos casos es difícil determinar con seguridad si una norma legal es imperativa o simplemente dispositiva, o si, siendo de esta última clase, es supletiva, pues la legislación comercial abunda en reglamentaciones de importancia secundaria y no siempre es explícita en indicar hasta dónde pueden o deben prevalecer las reglas de origen contractual. Surge entonces un problema para cuya solución debe disponerse de un criterio fijo que no puede aducirse sino de la finalidad sustancial de cada precepto o reglamentación. Si se trata de esas normas cuya infracción quebranta el orden público, en sus diversos aspectos de seguridad del Estado, protección de las buenas costumbres y de los derechos de terceros, etc., hay que considerarlas siempre como imperativas; pero, fuera de tales circunstancias, las demás normas legales han de considerarse como simplemente dispositivas. Y como supletivas deben tenerse todas aquellas que regulan exclusivamente la actividad de los particulares en atención a sus propios intereses, pues estos, mientras no contrarién las normas imperativas, gozan de libertad para reglamentar contractualmente las actividades comerciales en cuanto no afecten sino esos intereses particulares, esto es, en cuanto dejen a salvo los intereses de orden público"¹⁰⁸.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES SEGÚN SU CARÁCTER IMPERATIVO. De acuerdo con la manera como se manifiesta el carácter imperativo de las leyes, las mencionadas normas de Orden Público y de Orden Privado (Dispositivas, Interpretativas y Supletivas) se pueden clasificar también así:

a) **Preceptivas**, que son aquellas reglas que señalan el cumplimiento de ciertos actos. Por ejemplo, cuando se ordena que todos los patronos están obligados a pagar los gastos de entierro de sus trabajadores hasta una suma equivalente al salario del último mes, salvo que sean trabajadores accidentales o transitorios (art. 247, C.S. del T.).

b) **Prohibitivas**, que, como su nombre lo indica, son las normas que señalan determinadas limitaciones u omisiones, como cuando se prohíbe a los patronos hacer, autorizar o tolerar propaganda política en los sitios de trabajo, etc. (num. 6º art. 59, C.S. del T.).

c) Permisivas, o sea aquellas disposiciones que no es que concedan ‘permisos’ propiamente, pues, por regla general, “todo aquello que no está jurídicamente prohibido es jurídicamente lícito”, sino que, en cierto modo, contienen una excepción al carácter imperativo general de una norma, ‘permitiendo’ en determinados casos, su aplicación limitada o restringida. Por ejemplo, al principio general de que debe cumplirse lo pactado, se permite no pagar cuando se ha perdido en el juego (art. 2283, C.C., y art. 95, Ley 153 de 1887).

d) Explicativas, llamadas también ‘Declarativas’, son las leyes que contienen definiciones de términos o palabras. Un ejemplo de esta clase se encuentra en el Artículo 33 del Código Civil, que textualmente reza:

“Las palabras ‘hombre’, ‘persona’, ‘niño’, ‘adulto’, y otras semejantes que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán que comprenden ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que por la naturaleza de la disposición o el contexto se limiten manifiestamente a uno sólo. Por el contrario, las palabras ‘mujer’, ‘niña’, ‘viuda’, y otras semejantes que designan el sexo femenino, no se aplicarán a otro sexo, a menos que expresamente las extienda la ley a él”.

e) Abrogativas, o sean las normas que revocan o ‘abrogan’ total o parcialmente lo dispuesto por otras preexistentes. Por ejemplo, la Ley 599 de 2000 (Código Penal), que derogó expresamente el anterior Código Penal (Decreto 100 de 1980).

LEYES SEGÚN SU ORIGEN

Desde el punto de vista de su origen, es decir, del órgano o entidad del Poder Público del cual emanan, las normas o Leyes (en sentido amplio), según nuestro sistema jurídico, se clasifican así:

1. Constitucionales,
2. Ordinarias,
3. Decretos,
4. Ordenanzas,
5. Acuerdos, y
6. Resoluciones.

LEYES CONSTITUCIONALES. Estas, que emanan del Poder Constituyente (distinto de Órgano Legislativo) componen las normas de derecho fundamentales de nuestra organización social y política y cuya aplicación tiene primacía sobre todas las demás reglas jurídicas vigentes

en el país. Estas disposiciones que ocupan el primer lugar en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran consignadas únicamente, en la Constitución Política que, en verdad, constituye la '*Ley de Leyes*' y a la cual toda la estructura jurídica de Colombia tiene por fundamento, solamente puede ser reformada por el Congreso (Acto Legislativo), por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante Referendo, tal como lo dispone la Carta en los arts. 372 y ss. (Ver págs. 58-61).

Los proyectos del acto Legislativo pueden tener origen oficial (iniciativa del Gobierno), en corporaciones públicas o elección popular (presentación por parte de diez miembros del Congreso o el veinte por ciento de los Concejales o de los Diputados) o por iniciativa de los ciudadanos en un número equivalente al cinco por ciento del censo electoral, por lo menos. Dichos proyectos se discuten exclusivamente en sesiones ordinarias (nunca en sesiones extraordinarias) y deben cumplir el mismo trámite de los proyectos de ley, pero con el aditamento de que deben someterse a un recorrido de 'doble vuelta' es decir, que la tramitación del proyecto de un Acto Legislativo se efectuará en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara. En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero (art. 375 de la C.N.).

En la actualidad está vigente en Colombia la Constitución de 1991 (julio 4), sancionada por el Presidente de la República Dr. César Gaviria Trujillo. Esta nueva Carta Política, obra de la Asamblea Nacional Constituyente elegida por la ciudadanía de diciembre de 1990 y cuyas sesiones se desarrollaron en el primer semestre de 1991, bastante extensa por cierto, está consignada en XIII Títulos repartidos en 380 artículos (además de 59 artículos o disposiciones transitorias) y encabezada por un '*preámbulo*' o exordio en el cual se invoca la protección de Dios y "con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro del marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo; y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...". Estos títulos, en su orden, tratan de lo siguiente: "De los principios fundamentales", "De los derechos, las garantías y los deberes", "De los habitantes y del territorio", "De la participación democrática y de los partidos políticos", "De la organización del Estado", "De la Rama Legislativa", "De la Rama Ejecutiva", "De la Rama Judicial", "De las elecciones y de la

Organización Electoral”, “De los organismos de control”, “De la organización territorial”, “Del Régimen Económico y de la hacienda pública”, y “De la Reforma de la Constitución”.

LEYES ORDINARIAS. Estas normas, que no pueden ser contrarias a los preceptos constitucionales, son las que expide el Órgano Legislativo (Congreso o Parlamento) en sus sesiones ordinarias, extraordinarias o especiales de cada año y constituyen las ‘*Leyes*’ propiamente dichas o en sentido estricto y a las cuales nos referimos anteriormente al tratar de la “Formación de las Leyes” y al “Procedimiento para la creación de la Ley” (Véanse págs. 96 y ss.). Por ejemplo, la Ley 188 de 1959 (Sobre contratos de aprendizaje), Ley 16 de 1968 (Sobre facultades al Presidente de la República para que expida el Código de Comercio), etc.

Es importante hacer mención de las ahora llamadas ‘*Leyes-cuadros*’ (algunos juristas prefieren denominarlas ‘*Leyes-marcos*’), o sean aquellas mediante las cuales el Congreso se limita, en materias determinadas (administrativas, económicas, fiscales, etc.), a señalar pautas generales al Ejecutivo, fijando su marco de acción y la orientación política que dichas materias deben tener, a fin de que éste, por ser el que cuenta con los medios humanos y físicos pertinentes, las desarrolle y cumpla. Así se tiene, por ejemplo, que el Congreso posee la atribución de dictar normas generales, dentro de las cuales puede el Gobierno tomar las medidas indispensables para crear, fusionar o suprimir los empleos que demande la administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos; Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales; Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales; Organizar el Crédito Público; Reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; Modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; Regular el comercio exterior, etc. (arts. 150 num. 7 y 19 y 189 num. 14, 15, 16, 25 y ss. de la Constitución Nacional).

DECRETOS. Los Decretos son disposiciones emanadas de la Rama Ejecutiva del Poder Público, los cuales, según el grado de la autoridad administrativa que los dicte, toman diversa denominación, así:

I) Decretos presidenciales. Estos son las providencias que dicta el Presidente de la República y que según sus características reciben los siguientes nombres:

a) *Decretos ordinarios.* Estos Decretos, llamados también '*Reglamentarios*', son los que expide el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y en ejercicio de la potestad reglamentaria permanente que le incumbe por mandato constitucional¹⁰⁹, para reglamentar las leyes, precisar sus términos, regular su aplicación y crear los medios para su cumplida efectividad. Estas disposiciones, como es obvio, no pueden ser contrarias ni modificar en modo alguno las leyes que reglamentan, así como tampoco deben extralimitarlas. Por ejemplo, el Decreto 1335 de 1959 por el cual se reglamenta la Ley 182 de 1948 (sobre régimen de la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio), llamada comúnmente '*Propiedad Horizontal*', etc.

b) *Decretos extraordinarios.* Los Decretos Extraordinarios, mejor conocidos con el nombre de '*Decretos-Leyes*', son los que dicta el Presidente de la República cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, en ejercicio de precisas facultades extraordinarias de que ha sido investido '*pro tempore*', es decir, por un tiempo determinado (hasta por seis meses), por el Congreso mediante una '*Ley de facultades*' expedida por éste. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Por medio de estos decretos, que equivalen a las leyes ordinarias de las cuales poseen su fuerza legal, el Presidente puede derogar, modificar o suspender leyes anteriores y señalar nuevas disposiciones, naturalmente dentro de los precisos límites que dichas facultades tengan. Conviene aclarar, que estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, crear servicios administrativos y técnicos de las Cámaras ni para decretar impuestos. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos-leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias (num. 10 art. 150 de la C.N.).

Los decretos-leyes están íntimamente atados a la Ley de Facultades que le sirvan de fundamento, que constituyen prácticamente una '*unidad jurídica*' con ella, siguiendo su misma suerte legal, de tal manera, que si dicha ley es declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, los tales decretos serán también, por el mismo Derecho ('*ipso jure*'), inconstitucionales. Por ejemplo, el Decreto 410 de 1971 (Nuevo Código de Comercio) dictado por el primer Magistrado de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 16 de 1968 (num. 15 del art. 20).

Dentro de esta categoría de Decretos Extraordinarios, se pueden incorporar los que bien pudieran denominarse '*Especiales*', los cuales podrían subdividirse en dos clases, así:

1. Aquellos expedidos por el Presidente de la República, en desarrollo de las facultades conferidas por el Congreso mediante una '*Ley de autorizaciones*', según dispone el numeral 9 del art. 150 de la Constitución Nacional, para efecto de celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones constitucionalmente permitidas. No sobra agregar que estos decretos deben sujetarse estrictamente a las bases y condiciones generales que señale la correspondiente ley de autorizaciones.

2. Aquellos referentes a '*Planificación*' económica, social y ambiental que el Presidente de la República puede dictar con '*fuerza de ley*', en virtud de las facultades establecidas en el inciso 3º del artículo 341 de la Constitución Nacional, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo. Este Plan, que debe ser elaborado por el Gobierno, estará conformado por una parte general, en la cual se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno, y por un Plan de Inversiones Públicas que contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución (art. 339 de la C.N.), decretos estos que por su contenido bien pudiera denominarse '*Especiales de Planificación*'. En efecto, cuando el proyecto del "Plan Nacional de Inversiones Públicas" que, previo concepto del Consejo Nacional de Planeación, hubiere sido presentado por el Gobierno al Congreso, no obtuviere aprobación por parte de esta corporación en un término de tres meses después de presentado, el Gobierno podrá poner en vigencia dicho proyecto mediante decreto con fuerza de ley.

c) *Decretos legislativos*. Los Decretos Legislativos son los que dicta el Presidente de la República en los siguientes casos de crisis institucional (Estados de Excepción):

1. *En estado de guerra exterior*. En virtud de lo establecido en el artículo 212 de la Constitución Nacional, en caso de agresión extranjera, podrá el Presidente de la República, previa autorización de declaratoria de guerra del Senado (salvo que a juicio del Jefe del Estado fuere necesario repeler la agresión), mediante decreto, con la firma de todos los ministros, declarar el '*Estado de Guerra Exterior*'. Por resultado de tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales y constitucionales ordinarias, las excepcionales estrictamente necesarias para "repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra y procurar el restablecimiento de la normalidad".

Bajo la mencionada declaración del Estado de Guerra Exterior, el Presidente de la República puede dictar decretos, llamados '*Legislativos*', que no tienen fuerza derogatoria alguna, únicamente mediante ellos, el Gobierno debe limitarse a suspender y reemplazar temporalmente las leyes que sean incompatibles con el citado Estado de Guerra, rigiendo durante el tiempo que tales decretos señalen y terminando su vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad.

Es conveniente anotar, que la existencia del Estado de Guerra en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso (como tampoco interrumpirá el funcionamiento de las otras ramas del poder público ni de los órganos del Estado), pues, mientras subsista dicho Estado de Excepción, la referida corporación se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, estando obligado el Gobierno a informarle, motivada y periódicamente, sobre los decretos legislativos que hubiere dictado y la evolución de los acontecimientos (Control Político). El Congreso, por su parte, puede, en cualquier época, reformar o derogar los decretos legislativos anotados mediante el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara.

2. *En estado de conmoción interior:* Al tenor de lo dispuesto en el artículo 213 de la Carta, “en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía”, podrá el Presidente de la República, mediante decreto con la firma de todos los ministros, declarar el “Estado de Conmoción Interior”, en toda la República o parte de ella, por un término no mayor de noventa días, prorrogables hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. En virtud de tal Declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales y constitucionales ordinarias, las excepcionales estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos.

Bajo la susodicha declaración de Estado de Conmoción Interior, el Presidente de la República, puede dictar decretos, llamados '*Legislativos*' también, que como los que dicte en Estado de Guerra Exterior, no tienen fuerza derogatoria alguna, solamente podrán suspender temporalmente las leyes incompatibles con el mencionado Estado de Excepción, dejando de regir tan pronto se declare restablecido el orden público. El Gobierno podría prorrogar su vigencia hasta por noventa días más. Debe tenerse en cuenta

que, dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción Interior, el Congreso se reunirá por Derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El Presidente de la República, le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron tal declaración (Control Político). Además, se anota también, en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

Los Decretos Legislativos que dicte el Gobierno en uso de las facultades conferidas en los Estados de Excepción comentados (De Guerra Exterior y Conmoción Interior), deben llevar la firma del Presidente de la República y todos sus Ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaración de dichos Estados de Excepción.

Durante los Estados de Excepción que se están comentando, no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Así como tampoco, se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni los órganos del Estado, como anteriormente se expresó.

Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

Por otra parte, el Presidente de la República y los Ministros serán responsables cuando declaran los Estados de Excepción sin haber ocurrido las causas constitucionales establecidas (Guerra Exterior y Conmoción Interior), y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades que posean durante las tantas veces mencionados Estado de Excepción. Esta responsabilidad, por lo demás, puede ser política o penal.

Los Decretos Legislativos en cuestión, están sometidos a un control jurisdiccional automático por parte de la Corte Constitucional. En efecto, el Gobierno está obligado constitucionalmente a enviar a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los Decretos Legislativos que dicte en uso de las facultades conferidas bajo el imperio de los Estados de Excepción anotados (Guerra Exterior y Conmoción Interior), a fin de que tal corporación decida definitivamente sobre su constitucionalidad. En caso de que el Gobierno no cumpliera con la obligación de enviarlos a la Corte Constitucional, este alto tribunal aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento, teniendo un término de sesenta días para decidir (artículos 214 y 242 de la C.N.).

3. *En estado de emergencia.* De acuerdo con lo señalado en el artículo 215 de la Carta Política vigente, cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213, es decir, diferentes de la Guerra Exterior y la Commoción Interior, “que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”, podrá el Presidente de la República, mediante decreto con la firma de todos los Ministros, declarar el “Estado de Emergencia” por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. En este decreto, el Gobierno debe señalar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere la mencionada norma constitucional, y *convocará* al Congreso, si éste no se hubiere reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos Cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. Si el Gobierno no convocare al Congreso, en la forma dicha, éste se reunirá *por derecho propio*, en las condiciones y para los efectos del artículo 215 que se está comentando (Control Político).

Bajo la referida declaración del Estado de Emergencia, que debe ser motivada, podrá el Presidente de la República dictar, con la firma de todos los Ministros, decretos con fuerza de ley, denominado también ‘Legislativos’, los cuales serán “destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”, debiendo, por consiguiente, referirse solamente a materias que tengan relación directa y específica con las causas y situaciones que hubieren determinado el Estado de Emergencia, pudiendo, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes y sin desmejorar de ninguna manera los derechos sociales de los trabajadores.

Los Decretos Legislativos que dicte el Presidente de la República bajo el Estado de Emergencia, tienen *'fuerza de ley'* como ya se dijo, y carácter permanente (excepto que establezcan nuevos tributos o modifiquen los existentes, pues en estos casos estas medidas son transitorias y dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente), es decir, derogan las normas legales que fuere menester y una vez feneccido el término de la emergencia, los referidos decretos seguirán vigentes. Naturalmente el Congreso, como que es una de sus principales funciones, “durante el año siguiente a la

declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar” los tantas veces mencionados decretos, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, pues, en relación con las que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo el tiempo.

La declaración del Estado de Emergencia no suspende la vigencia de la Constitución Política, estando por ello el Gobierno impedido de dictar decretos contra lo preceptuado en la Carta. Para evitar abusos que el Primer Magistrado pueda cometer al dictar normas que por su naturaleza no tengan relación directa con el Estado de Emergencia o extralimiten los linderos constitucionales, hay un control jurisdiccional automático por parte de la Corte Constitucional, lo mismo que cuando se trata de Decretos Legislativos dictados en los otros Estados de Excepción (Guerra Exterior y Comoción Interior). Para ello, el Gobierno deberá enviar al día siguiente de su expedición, a la Corte Constitucional, los Decretos Legislativos que dicte en uso de las atribuciones a que se refiere el artículo que se está comentando, es decir, el 215 de la Constitución Nacional, a fin de que esa corporación decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con esa obligación constitucional de enviar los tales Decretos Legislativos al mencionado tribunal jurisdiccional, éste aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento, teniendo un término de sesenta días para decidir.

Por otra parte, el Presidente de la República y los Ministros serán responsables (política y penalmente) cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias establecidas en la Carta Magna, atrás anotadas, así como también lo serán por cualquier abuso que cometieren en el ejercicio de las facultades pertinentes al dicho Estado de Emergencia.

Para terminar esta parte, no sobra anotar que el Presidente de la República, estando en receso el Congreso, permitiere el tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, la estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeras de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la Nación, debe ‘oír previamente’ al Consejo de Estado; corporación jurisdiccional ésta que, entre otras funciones, actúa como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído por éste en todos los casos que la Constitución y las leyes determinen (numeral 7º del art. 189 y numeral 3º del art. 237 de la Constitución Nacional).

d) Decretos ejecutivos. Los Decretos Ejecutivos son los que dicta el Presidente de la República en uso de las funciones constitucionales y legales de que está investido como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema

Autoridad Administrativa, como los referentes a nombramiento y remoción de ciertos funcionarios (Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Agentes Diplomáticos y Consulares, Presidentes y Directores o Gerentes de los establecimientos Públicos Nacionales, etc.), y las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. En todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes (numerales 1º, 2º y 13 del art. 189 de la C.N.).

No sobra comentar, que hay algunas providencias que el Presidente de la República puede dictar, no para ejecutar las leyes ni en situaciones de crisis institucional (Estados de Excepción) o en virtud de facultades extraordinarias o autorizaciones legislativas del Congreso, sino simplemente para cumplir sus funciones constitucionales propias que directamente le ha asignado la Carta. Por ejemplo, las referentes al nombramiento y remoción de Ministros de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Agentes Diplomáticos y Consulares, Directores o Gerentes de establecimientos públicos nacionales; a la concesión de permiso a los empleados públicos nacionales para aceptar, con carácter temporal, cargos o merecimientos de Gobiernos Extranjeros; a la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley; a la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común (numerales 1º, 2º, 13, 18, 21 y 26 de la C.N.), etc. Disposiciones jurídicas éstas, a las cuales los tratadistas han dado diferentes nombres (Reglamentos Constitucionales, Reglamentos Autónomos, Decretos Constitucionales, etc.), que en el fondo no son otros que los mismos Decretos Ejecutivos atrás comentados.

II) Decretos de gobernadores. Los Gobernadores, que son jefes de la administración seccional, representantes legales del departamento, agentes del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general y elegidos por el voto de los ciudadanos para períodos de tres años (no podrán ser reelegidos para el período siguiente), también pueden dictar decretos, que se clasifican así:

- a) Decretos en uso de las facultades que les concierne como agentes del Gobierno Nacional. Estos decretos son obligatorios dentro del respectivo Departamento y tienen por fundamento las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias aplicables a la materia de que se trate (art. 305, C.N.).
- b) Decretos expedidos en desarrollo de autorizaciones especiales, precisas y '*pro témpore*', contenidas en las Ordenanzas dictadas por la respectiva Asamblea Departamental (art. 300, C.N.), y

c) Decretos Reglamentarios para la cumplida ejecución de las Ordenanzas y en su carácter de Jefe de la Administración Departamental.

III) Decretos de alcaldes. Los Alcaldes, que son Jefes de la Administración local, representantes legales del municipio, ejecutores de los Acuerdos del respectivo Concejo Municipal y elegidos popularmente por los ciudadanos para períodos de tres años, no reelegibles para el período siguiente, tienen también facultad para dictar decretos cuando se trate de medidas generales y permanentes, naturalmente dentro de los límites señalados por la Constitución, la ley, los decretos del Gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo (art. 315, C.N.).

ORDENANZAS

Las Ordenanzas son las disposiciones de carácter general, obligatorias dentro del respectivo territorio departamental, que dictan las Asambleas, o sean las Corporaciones Administrativas seccionales que funcionan en cada Departamento, de acuerdo con lo que para el efecto señala la Constitución Nacional, y cuyos miembros, llamados '*diputados*', son elegidos por sufragio universal directo y empleando el sistema del cuociente electoral (artículos 300 y ss., C.N.). Las Ordenanzas no pueden ser contrarias a las normas constitucionales, a las leyes y a los reglamentos ejecutivos (art. 63, C.C.A.).

Al respecto, el artículo 99 del Código Político y Municipal (C.P.M.), dice:

“Los actos de las asambleas departamentales destinados a dictar disposiciones para el arreglo de algunos de los asuntos que son de su incumbencia se denominarán ‘ordenanzas’...”.

ACUERDOS

Los Acuerdos son disposiciones de obligatorio cumplimiento dentro del territorio del Municipio, dictadas por la Corporación Administrativa Municipal llamada Concejo Municipal o Ayuntamiento, cuyos miembros, denominados '*concejales*' o '*ediles*', son elegidos por sufragio universal directo y mediante el sistema de cuociente electoral (art. 312, C.N.). Como es obvio, en razón de la jerarquía que existe entre las normas jurídicas colombianas, los Acuerdos no pueden ser contrarios o extralimitar lo dispuesto en las Ordenanzas o en los reglamentos de los gobernadores, mucho menos a lo señalado en los reglamentos ejecutivos, las leyes o en los preceptos constitucionales.

RESOLUCIONES

Además de las disposiciones que se acaban de relacionar, se pueden mencionar también las llamadas '*Resoluciones*' que, como expresa Castro M., "son providencias administrativas que tienen por objeto reglamentar puntos especiales del servicio público; o decidir cuestiones de fondo sobre contratos y en general poner término a las actuaciones administrativas cuando ellas hayan de tener un efecto determinado; o resolver sobre las solicitudes que formulen los ciudadanos de conformidad con la Constitución y las leyes, o decidir definitivamente, por la vía gubernativa, sobre los asuntos en que tenga interés o haya de resultar interesado un particular"¹¹⁰. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que todas las resoluciones, sin excepción, están sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

CLASES DE RESOLUCIONES. Según sea el funcionario o entidad que expida las '*resoluciones*', éstas toman diferentes nombres así:

a) **Ejecutivas.** Cuando las resoluciones son expedidas con la firma del Presidente de la República y su respectivo Ministro del Despacho, en ejercicio de determinadas facultades legales y referidas a casos especiales, se les denomina '*ejecutivas*';

b) **Ministeriales.** Estas son las que se expediten únicamente firmadas por el respectivo Ministro, ya sea para efectos de regulación interna del Despacho, o en desarrollo de reglamentaciones decretales, etc.

c) **De asambleas.** Se denominan en general '*resoluciones*' de Asamblea, los actos de estas Corporaciones que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial, como un nombramiento, o la decisión de un punto determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados (art. 99, C.P. y M.).

d) **De gobernadores.** Son las Resoluciones que estos Agentes del Gobierno dictan, ya sea en uso de sus atribuciones como tales o como Jefes de la Administración Departamental, ya sea para efectos reglamentarios, o para finalizar una actuación administrativa de interés individual, o decidir sobre un punto especial de su competencia, etc.;

e) **De alcaldes.** Resoluciones de Alcaldes son las que estos funcionarios dictan como Jefes de la Administración Municipal y en uso de las atribuciones que como tales les corresponde, relativas a los servicios públicos de su jurisdicción, o de carácter reglamentario, etc.;

f) De funcionarios. Se llaman así, en general, las Resoluciones que dictan los funcionarios de orden nacional (Contralor General de la República, Superintendente Bancario, Superintendente de Sociedades Anónimas, etc.) a quienes corresponda en virtud de atribuciones asignadas por ley o reglamento. Así mismo los funcionarios subalternos de las Gobernaciones o Alcaldías pueden dictar esta clase de providencias cuando para ello tengan facultades fijadas en Reglamentos, Ordenanzas o Acuerdos.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Nuestro sistema jurídico está sometido a una rígida jerarquía, a un preciso escalonamiento normativo (Fig. N° 9), que va de mayor a menor, es decir, de un precepto supremo fundamental (Norma Constitucional) a otros de inferior rango (Leyes Ordinarias, Decretos Presidenciales, Ordenanzas, Decretos de Gobernadores, Acuerdos, Decretos de Alcaldes, etc.) en tal forma relacionados, que por lo general cada una de estas categorías normativas depende de la anterior (Subordinante) y a su vez sostiene a la que le sigue de menor condición (Subordinada). Por ejemplo, las Normas Constitucionales son subordinantes (Supremas o Máximas) respecto de las Normas Legislativas o 'Leyes' propiamente dichas (Subordinadas), y éstas, a su vez, son subordinantes de los Decretos Presidenciales, etc.



Figura No. 9

Sobre el particular comenta Pineda que “Estudiada con criterio realista la cuestión y desde un punto de vista estrictamente jurídico, se observa en primer lugar que la distinción de los modos originarios y derivativos de producción de las normas produce consecuencias en el mundo del derecho en cuanto mediante ella se llega al principio conocido con el nombre de jerarquía de las leyes. Una

norma tiene valor en cuanto haya sido establecida de acuerdo con lo dispuesto por otra norma superior. La ley ordinaria vale en tanto se apoya o cabe dentro de los preceptos constitucionales. La Constitución es la norma suprema subordinante. La ley es norma subordinada con respecto a aquella, y al mismo tiempo subordinante de los decretos ejecutivos, ordenanzas departamentales y acuerdos municipales. Usando las propias palabras de Recasens, se advierte “cómo cada parte del sistema jurídico se apoya en otras partes superiores del mismo; y constituye además, a su vez, la base o sostén de otros jalones inferiores. La totalidad del orden jurídico es, pues, un sistema construido en forma escalafonada o graduada, en el que cada una de sus capas depende de la anterior (superior a ella) y a su vez sostiene las inferiores. El derecho se regula a sí mismo su propia creación, esto es, su elaboración ulterior y su reforma, de tal modo que la producción de una norma aparece como derivación de otra norma y determinante a su vez de la emisión de nuevos preceptos”¹¹¹.

De lo anterior se infiere que las Normas Constitucionales, por ser las supremas o máximas subordinantes de un sistema jurídico dado, por ejemplo el colombiano, son ‘incondicionadas’, es decir, que el Poder Constituyente, en cuanto a su función creadora de tales preceptos primeros o fundamentales no está limitado por ninguna regla positiva, si acaso tiene alguna restricción ésta no es de carácter jurídico, sino de otra índole cuyo fundamento está determinado por la naturaleza del sistema social imperante.

Para mantener la jerarquía normativa jurídica anotada, concretamente para guardar la integridad de la Carta Fundamental del país, existe un control jurisdiccional que pertenece a la jurisdicción de la Corte Constitucional y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo (Instituida para juzgar las controversias originadas en actos o hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas), según dispone el artículo 82 del Decreto 01 de 1984 (Nuevo Código Contencioso Administrativo), se ejerce en Colombia por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

La Constitución Nacional, en sus artículos 236 y ss., señala dichos organismos jurisdiccionales (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Tribunales Administrativos) y las funciones que compete a cada uno de ellos, en lo pertinente, así:

CORTE CONSTITUCIONAL. A esta entidad, como supremo guardián de la integridad y supremacía de la Constitución Nacional, y con jurisdicción en

todo el territorio de la República, le corresponden, de conformidad con el artículo 241 de la Carta, las funciones siguientes:

1. Decidir sobre las demandas del '*inconstitucionalidad*' que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación;
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la '*constitucionalidad de la convocatoria a un referendo*' o a una '*Asamblea Constituyente*' para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación;
3. Decidir sobre la '*constitucionalidad de los referendos*' sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización;
4. Decidir sobre las demandas de '*inconstitucionalidad*' que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;
5. Decidir sobre las demandas de '*inconstitucionalidad*' que presenten los ciudadanos contra los Decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución (Decretos-Leyes y Decretos Especiales de Planificación), por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación;
6. Decidir sobre las excusas que presenten, para no asistir, las personas naturales o jurídicas que fueren citadas por cualquier comisión permanente del Congreso, a fin de rendir declaraciones orales o escritas sobre hechos directamente relacionados con las indagaciones que la comisión adelante y ésta insistiere en llamarlas (artículo 137 de la C.N.);
7. Decidir definitivamente sobre la '*inconstitucionalidad*' de los Decretos Legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (Estado de Guerra Exterior, Estado de Comoción Interior y Estado de Emergencia);
8. Decidir definitivamente sobre la '*constitucionalidad*' de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación;
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales;
10. Decidir definitivamente sobre la '*exequibilidad*' de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, y
11. Darse su propio reglamento.

En los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias atrás referidas, deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación, así como también cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el art. 241 anotado, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, lo mismo que en aquellos para los cuales no existe acción pública. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado a partir de la publicación del respectivo acto. De ordinario, la Corte Constitucional dispondrá de un término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto (art. 242 de la C.N.).

Debe resaltarse la función de '*guardián*' de la integridad de la Constitución Nacional, que anteriormente correspondió a la Corte Suprema de Justicia y que ahora, por mandato de la nueva Carta (1991), es atribución de la Corte Constitucional como acaba de verse, pues ese alto Tribunal, al decir de Devís Echandía, "tiene implícita en su función de intérprete de la ley fundamental, la de completar, ampliar y desarrollar, en el espacio y en el tiempo, los textos de la Carta". Y en otro escrito agrega dicho jurista: "El objeto del control constitucional por los jueces no es mantener petrificados los textos de la ley fundamental sino, al contrario, vivificarlos, amplificarlos, extenderlos a las nuevas circunstancias de la vida real. La Corte debe guardar la Constitución, pero no como un cadáver momificado, sino como un organismo vivo que, por lo mismo que es vivo, cambia sin cesar. Su oficio es, pues, hacer flexibles los textos, acoplarlos a las situaciones nuevas, imprevistas e imprevisibles".

CONSEJO DE ESTADO. Este organismo, con jurisdicción en todo el territorio de la República, tiene, al tenor de lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Nacional, las siguientes atribuciones:

1. Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley;
2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Esta disposición se refiere concretamente a los Decretos Ordinarios o Reglamentarios y a los Decretos Ejecutivos dictados por el Presidente de la República;
3. Actuar como cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes lo determinen;

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley;
5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los Congresistas, de conformidad con la Constitución y la ley, y
6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Además de lo anterior, el Consejo de Estado conoce privativamente y en única instancia, entre otros de los siguientes procesos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos de orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público, por la Procuraduría General de la Nación, por la Contraloría General de la República, por la Corte Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil, y por las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas;
2. De los de nulidad absoluta de los contratos Administrativos, Interadministrativos, y de los de derecho privado de la Administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por entidades de orden nacional;
3. De los de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controvieran actos administrativos del orden nacional;
4. De los de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la presidencia, Senadores y Representantes a la Cámara, así como los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, la Cámara, la Corte Suprema de Justicia o por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional;
5. De los relativos a la navegación marítima, fluvial o aérea, en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo;
6. De los que se promuevan sobre la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales;
7. De los relacionados con la extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales, conforme al artículo 7º de la Ley 52 de 1931;
8. De los relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad;
9. De los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada;
10. De los relativos a la propiedad industrial, en los casos previstos en la ley, etc. (art. 128, C.C.A.).

Así mismo, el Consejo de Estado, también en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá en segunda instancia de los siguientes asuntos:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias y de los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, y de los recursos de queja cuando se deniegue el de apelación;

2. De las apelaciones de autos inadmisorios de la demanda, o de los que resuelven sobre suspensión provisional, o de las providencias que pongan fin a la actuación, proferidos en procesos de que conocen los Tribunales Administrativos en primera instancia; 3. De las apelaciones y recursos de queja que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos mil pesos (\$500.000.oo), y de las consultas de las sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad-litem* (art. 129 C.C.A.).

Igualmente, el Consejo de Estado, en sala de lo contencioso administrativo, conocerá de los recursos extraordinarios de revisión y de anulación (art. 130 C.C.A.).

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS. Los Tribunales Administrativos, con jurisdicción en los respectivos territorios departamentales, conocerán privativamente y en única instancia, entre otros de los siguientes procesos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos, distintos de los electorales, proferidos por los funcionarios y organismos administrativos del orden municipal cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de treinta millones de pesos (\$30.000.000.oo); 2. De los de restablecimiento del derecho, que carezcan de cuantía, y en los cuales se controvertan actos administrativos del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento, o su presupuesto anual ordinario no exceda de la cantidad atrás anotada; 3. De los de nulidad de las elecciones de miembros de los concejos municipales, así como los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas Corporaciones o por cualquier funcionario u organismo administrativo del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual no exceda de la cantidad atrás referida; 4. De los de nulidad absoluta de los contratos administrativos, interadministrativos, y de los derechos privados de la administración en los que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por entidades del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de la cantidad ya dicha, etc. (art. 131 C.C.A.).

Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia entre otros, de los siguientes procesos: 1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios y organismos administrativos del

orden departamental, intendencial, comisarial o distrital; 2. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios y organismos administrativos del orden municipal, cuando no sean de única instancia; 3. De los de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controvieren actos administrativos del orden departamental, intendencial, comisarial, y distrital, o municipal, cuando en este último caso no sean de única instancia; 4. De los de nulidad de las elecciones de diputados a las asambleas, miembros de los concejos municipales o distritales, así como los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas Corporaciones o por cualesquiera autoridad, funcionario u organismo administrativo de orden departamental, intendencial, comisarial o distrital, o municipal, siempre que en este último caso no sean de única instancia; 5. De los de nulidad absoluta de los contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por entidades del orden departamental, intendencial, comisarial, y distrital, o municipal, cuando en este último caso no sean de única instancia; 6. De los restablecimientos del derecho en que se controvieren actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos mil pesos (\$500.000.); 7. De los de nulidad de los actos administrativos de las entidades territoriales y descentralizadas de carácter local que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior, o que hayan sido dictadas en virtud de delegación de funciones hechas por la misma; 8. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía exceda de dos millones de pesos (\$2.000.000.oo); etc. (art. 132, C.C.A.).

Los Tribunales administrativos conocen, en segunda instancia, de las apelaciones y recursos de queja que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos (\$500.000.oo), y de las consultas de las sentencias dictadas en estos mismos procesos cuando fueren adversas a quien estuvo representado por curador *ad-litem* (art. 133, C.C.A.).

CONTROL JURISDICCIONAL POR VÍA DE ACCIÓN. De acuerdo con lo anteriormente expuesto (arts. 237 de la C.N. y arts. 128 y ss. del C.C.A.), la actividad administrativa, que se cumple a través de actos, hechos u operaciones administrativas, estará sujeta al control jurisdiccional, el cual se ejercerá por

la jurisdicción en lo contencioso administrativo (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos, según el caso).

No sobra saber que se entiende por 'Actos Administrativos' las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia.

'Hechos Administrativos', por su parte, son los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización no influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia (art. 83 C.C.A.).

Para efecto del control jurisdiccional mencionado se consagran principalmente, las acciones siguientes:

1. **De nulidad**, que es una acción popular, es decir, que puede ejercer cualquier persona y en cualquier tiempo, mediante la cual se solicita por sí, o por medio de representante, la '*nulidad*' de los actos administrativos, y procederá no sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera (art. 84. C.C.A.).

2. **De restablecimiento del derecho**, llamada anteriormente '*de plena jurisdicción*', es una acción que puede ejercer dentro de un tiempo determinado toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, mediante la cual podrá pedir que además de la '*anulación*' del acto administrativo, se le '*restablezca*' en su derecho, o se le repare el daño.

La misma acción tendrá quien además pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente (art. 85 C.C.A.).

3. **De reparación directa y cumplimiento**, es la acción por la cual, dentro de un tiempo determinado, toda persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño, el cumplimiento de un deber que la administración elude, o la devolución de lo indebidamente pagado, cuando la causa de la petición sea un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba haya gran dificultad.

La misma acción tendrá todo aquel que pretenda se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos (art. 86 C.C.A.).

CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. Para terminar esta parte, es de notable importancia transcribir el principio consagrado en el artículo 4 de la Constitución Nacional, que textualmente expresa:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

En el mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, señala:

“Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicables mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”.

Estas dos disposiciones, principalmente la primera, se refieren, al llamado '*Control de la constitucionalidad por vía de excepción*' de las normas jurídicas, por el cual, el Juez, en un caso concreto sometido a su decisión, puede, ya sea de oficio o a petición de parte, declarar que un precepto es contrario a la Constitución. No sobra anotar, que el efecto jurídico de esta '*excepción de inconstitucionalidad*' se circunscribe únicamente al caso concreto en que dicha declaración judicial se ha efectuado.

Conviene advertir que la '*doctrina legal más probable*' a que hace referencia el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, atrás transcrito, y el art. 4º de la Ley 169 de 1896, ya no existe en Colombia.

JURISDICCIÓN ORDINARIA. Es importante hacer un breve comentario acerca de la Corte Suprema de Justicia, institución que bajo el imperio del anterior ordenamiento constitucional (1886), desempeñó, entre otras funciones, la de guardián de la integridad de la Constitución Nacional y que ahora, por mandato de la nueva Carta Política (1991) que trasladó esa atribución a la Corte Constitucional, como ya se vio, se dedica principalmente a cumplir las facultades de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

La Corte Suprema de Justicia, cuya jurisdicción comprende la totalidad del territorio de la República, tiene, según señala el artículo 235 de la Constitución Política vigente, las atribuciones siguientes:

1. Actuar como Tribunal de Casación. En desarrollo de esta facultad, debe conocer en Sala de Casación (Civil, Laboral, etc.) de los recursos de casación; de los recursos de revisión que no estén atribuidos a los Tribunales Superiores; de los recursos de queja cuando se deniegue el de casación; del '*exequatur*' de sentencias y laudos arbitrales proferidos en país extranjero, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados internacionales; de los procesos

contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el Gobierno de la República, en los casos previstos por el derecho internacional; de los procesos de responsabilidad en ciertos casos contra los Magistrados de la Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ellos (art. 25 C.P.C.); de los recursos de casación y de la homologación de los laudos arbitrales en los casos previstos en la ley laboral (art. 15 C.P. del T); de los conflictos de competencia que se susciten entre los Tribunales Superiores, entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito o entre Juzgado de distintos Distritos Judiciales (art. 28 C.P.C.); de los recursos de apelación y de hecho, en los procesos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores (art. 68 C.P.P.);

2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174 de la C.N. (Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación), por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175, numis. 2 y 3;

3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso;

4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de los Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen;

5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional;

6. Darse su propio reglamento, y

7. Las demás atribuciones que señale la ley.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Las leyes o Normas Jurídicas se dictan no solamente para que sean conocidas y entendidas correctamente por los individuos, sino, y esa es su principal finalidad, para que sean aplicadas a los casos concretos. Es decir, que el fin cardinal de la Ley es su aplicación a los casos singulares y concretos,

y al individualizarse en virtud de la sentencia que el juez o funcionario correspondiente dictan, es cuando ella alcanza su verdadera realización. Toda norma jurídica es creada con el fin de ser aplicada, es decir, adaptada a un caso particular. No es suficiente la mera creación de un precepto abstracto, por perfecto y pleno de justicia que él sea, sino que es imprescindible que cumpla su finalidad reguladora dentro del campo de la realidad. Si el destino de toda norma jurídica no fuera el de ser ajustada a un caso concreto, perdería la razón de ser de su existencia, carecería de causa final y sería solamente un simple postulado teórico, un texto frío y sin vida, que haría inoperante su posible contenido de justicia y frustraría, por consiguiente, la finalidad social que tuvo el Poder Público al darle existencia. Es esencial a toda regla de derecho su aplicación, su adaptación o acomodamiento a un caso particular y concreto. No quiere decir esto que la norma jurídica tenga que pasar obligatoriamente por la fase de su aplicación, sino que ella debe tener la capacidad potencial de ser aplicada en caso de que el hecho que ella regula de manera general y abstracta, ocurra en la realidad con su propia diferenciación o individualidad; puede suceder que se crea un precepto de derecho y que nunca haya necesidad de aplicarlo en la práctica, pues el hecho que ella regula no ocurre, no obstante su ocurribilidad.

Para aplicar la regla jurídica se requiere precisar su significado, esclarecer su sentido y alcance, es decir, interpretarla y para ello se hace necesario cierto conocimiento de la ciencia del Derecho.

“La interpretación, expresa Valencia Z., requiere un conocimiento sistemático del derecho, y para ello son necesarios los principios y conceptos generales que impregnán la ciencia jurídica en su conjunto. Además, toda ley está destinada a ser aplicada a los casos concretos. Esta última fase constituye la interpretación propiamente dicha. Interpretar la ley es, pues, adaptar las normas abstractas a los casos singulares, es pasar de lo general a lo particular”, y agrega el mismo autor que “Toda ley necesita interpretación. Las leyes son normas abstractas y necesitan adaptarse a las condiciones particulares de los casos. Algunos afirmaron que las leyes claras no requieren interpretación; grave error que confunde el conocimiento de la ley con la aplicación de la misma. Toda ley supone un acto intelectual en virtud del cual se reconoce, en primer término, su vigencia; y los términos pueden ser claros, pero no el sentido de la vigencia o conveniencia de aplicar a un caso. ‘*La interpretación*’ –ha dicho Savigny– no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley; sólo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias. En efecto, la oscuridad es una imperfección de la ley, y para buscar el remedio es preciso estudiarla en su estado normal”¹¹².

Según quien haga la '*interpretación*' de la Ley (llamada también '*hermenéutica*' legal, del gr. '*hermeneutiké*', interpretar, explicar, significa el arte de interpretar los textos), ésta puede ser de las siguientes clases:

1. Interpretación pública, y
2. Interpretación privada.

INTERPRETACIÓN PÚBLICA. Esta clase de interpretación de la Ley, como su nombre lo indica, es la que hace el Poder Público, ya sea en forma general, y abstracta o de manera particular y concreta.

La Interpretación Pública suele ser de dos especies, así:

a) Interpretación legislativa. La Interpretación Legislativa o '*con autoridad*', llamada '*auténtica*' (aunque en rigor no se trate de una auténtica interpretación, sino de la creación de una nueva ley), es la que hace el Legislador en forma obligatoria general y abstracta, a fin de aclarar el sentido de una ley oscura. En esta clase de Interpretación, el Legislador se vale de una nueva ley para aclarar el significado de otra precedente. "Las leyes que explican o interpretan el significado o alcance de otra –ha dicho la Corte Suprema de Justicia– no tienen por objeto introducir disposiciones nuevas, sino determinar en caso de duda el sentido de las leyes existentes. Ellas forman una sola con estas últimas. No son, a decir verdad, leyes nuevas; no se aplica la ley interpretativa sino la interpretada, tal como lo ha sido legislativamente..."¹¹³.

A esta especie de Interpretación Pública se refiere el artículo 25 del Código Civil, cuando dice:

"La interpretación que se hace '*con autoridad*' para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador".

La ley interpretativa debe aplicarse desde el momento de su promulgación y debe entenderse incorporada a la interpretada, pero no tiene efecto retroactivo en cuanto a las decisiones judiciales ejecutoriadas antes de su entrada en vigencia (arts. 14, C.C. y 58, C.P.M.).

b) Interpretación judicial. Esta especie de interpretación es la que hacen los Tribunales, Jueces, Funcionarios Públicos y, a veces, el Congreso (juicios contra el Presidente de la República y otros funcionarios públicos a que se refieren los arts. 174 y 178 de la Constitución Nacional, así como también determinadas autoridades administrativas y algunos particulares (conciliadores y árbitros) investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, cuando aplican la ley a los casos concretos que se someten a su decisión (art. 116 de la C.N.). Esta interpretación por '*vía de doctrina*' no obliga de manera

general, como sí ocurre con la interpretación '*legislativa*' sino de manera particular y limitada al caso objeto de la controversia, de ahí que se le denomine también '*interpretación por vía de decisión o especie*'.

“La Corte Suprema –dice esta corporación al respecto– no tiene facultad para fijar de un modo general el sentido y el alcance de una disposición legal. El alcance que tenga un precepto de la ley no puede fijarlo sino por vía de doctrina cuando tenga que darle aplicación en un caso determinado que se halle sometido a su decisión. Esto es, pueden interpretarse en los negocios que esperan su solución los preceptos legales que reconocen el punto debatido, pero en tal evento su teoría o doctrina no tiene carácter general y puede ser revisada por la Corte”¹¹⁴.

Refiriéndose a esta especie de interpretación, el artículo 26 del Código Civil, expresa:

“Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por ‘vía de doctrina’ en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares”.

A esta interpretación por ‘vía de doctrina’ que hacen concretamente los Tribunales, algunos, suelen llamarla ‘*Interpretación Jurisprudencial*’, ya que, “por aplicar repetidamente la ley en casos semejantes, tienen ocasión de declarar su alcance en todos los aspectos”. “*Interpretación Jurisprudencial*, expresa Carrejo al respecto, es la que se realiza por obra del juez, el cual al decidir un conflicto intersubjetivo, compara la hipótesis concreta que resuelve con la disposición de la ley, y por ello la interpreta con vista en un caso real. De ahí su importancia y su interés jurídico, y por ello dijimos que la ‘*Jurisprudencia*’ constituye una de las autoridades más atendibles en materia de interpretación de la ley”¹¹⁵.

Comentando esta especie de Interpretación el profesor Valencia, por su parte manifiesta: “Sólo la aplicación de la ley constituye la auténtica Interpretación, pues únicamente en ella se da el caso del tránsito de una norma abstracta a una concreta. La Interpretación Judicial nos muestra, pues, el derecho en movimiento, y nos enseña si un orden jurídico en su totalidad regula convenientemente o no las relaciones sociales y económicas de un pueblo”¹¹⁶.

INTERPRETACIÓN PRIVADA. La Interpretación Privada o ‘*doctrinal*’ cuyo valor es simplemente científico y moral ya que no obliga normativamente al fallado, es la que hacen, en forma desinteresada y sistemática, los

jurisconsultos, tratadistas, profesores y estudiosos en general no oficiales de las disciplinas jurídicas. El valor de esta clase de Interpretación depende de la autoridad del intérprete y de su contenido científico y lógico.

Al conjunto de opiniones, tendencias, postulados, hipótesis y teorías sobre el Derecho expuestas en sus obras jurídicas por los intérpretes privados (no oficiales) suele denominarse '*doctrina*'.

La importancia de la Interpretación Privada o Doctrinal se fundamenta en que, además de hacer avanzar el estudio teórico del Derecho, con frecuencia es materia de legislación posteriormente.

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN. Toda norma de derecho, ya se dijo, necesita y debe ser interpretada, como que éste es el fin para el cual ha sido creada; pero esta labor no siempre es fácil, pues además de ser la regla jurídica, concretamente la escrita, formulada de manera general e impersonal que no siempre comprende todos los casos que en la vida real se pueden presentar, la terminología empleada en su texto adolece muchas veces de imprecisiones, ambigüedades y confusiones que, en la práctica, origina múltiples dudas al intérprete. De ahí la gran importancia de la '*hermenéutica legal*', la cual, indudablemente constituye la vía más adecuada que la ciencia jurídica emplea para poder resolver con mayor acierto los problemas que diariamente se le plantean. Para el efecto, el intérprete debe recurrir a menudo a variedad de elementos tales como el gramatical, el lógico, el analógico, el cronológico, el sistemático, el histórico, etc., los cuales debe utilizar en la proporción más adecuada, con la mayor objetividad y rigor científico posibles, pues ellos conforman los instrumentos metodológicos necesarios para cumplir su misión interpretativa.

En cuanto a las '*vías de obrar*' o '*métodos*' (Gr. '*edos*', '*meta*', camino hacia) que se han ideado y aplicado a lo largo del tiempo y del espacio para solucionar el problema de la Interpretación de la Ley, se pueden mencionar principalmente los siguientes:

1. **Método tradicional.** Los orígenes del Método Tradicional de interpretación de la ley se remontan a los '*glosadores*' de la Edad Media que trataron de interpretar y explicar el Derecho Romano, particularmente el '*Corpus Juris Civilis*' Justiniano, mediante '*glosas*' (Lat. '*glossae*', nota, comentario o explicación de un texto oscuro o difícil de entender) y cuyos principales representantes fueron los italianos Irnerio (1055-1130) y Accursio (1182-1260). Según este método, llamado también '*exegético*' o '*dogmático*', el intérprete, por lo general, siempre que el sentido de la ley sea claro y preciso,

debe aplicarla apiegándose a su letra, no importa lo severa y dura que aquella le parezca (*'Dura lex, sed lex'*).

Pero cuando el texto de la ley ofrezca ambigüedades o sea oscura, debe el juzgador averiguar una supuesta '*voluntad del legislador*' haciendo uso de razonamientos lógicos y gramaticales, o, en último caso, procediendo analógicamente cuando la ley adolezca de lagunas.

Este método está consagrado en nuestra legislación, especialmente al tenor de lo establecido, en primer lugar, en el artículo 27 del Código Civil, que reza:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

“Pero bien se puede, para interpretar una expresión ‘oscura’ de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Y, en segundo lugar, en el artículo 31 de la misma obra, que expresa:

“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.

El Método Exegético ha sido fuertemente atacado, especialmente por el exagerado '*culto*', rayano en el '*fetichismo*', que rinde a la ley al referir el Derecho únicamente a esta fuente formal, haciendo caso omiso de las Fuentes Reales, que es donde aquel verdaderamente palpita. En efecto, no es cierto que '*el derecho esté contenido todo en la ley*', pues ésta generalmente es superada por la vitalidad del progreso social, de tal manera, que puede decirse que la ley va a la zaga, por lo general, de la diaria realidad que inclemente gravita sobre los seres humanos. Asimismo, la pretendida '*voluntad del legislador*' no es más que una ficción, pues como lo demuestra cada día la experiencia, el transcurso del tiempo y el incontenible devenir de la sociedad van creando nuevas relaciones y situaciones jurídicas que no existían en la época en que la norma fue dictada, y las cuales el Legislador no pudo tener en cuenta, como es obvio, para su formulación.

Sobre el particular comenta Bonnecase: ‘Contrariamente al sistema de la escuela de la exégesis, es preciso en primer lugar rechazar de manera absoluta el principio de la interpretación, que atribuye una fuerza de extensión indefinida a la ley, y limita en todo caso la acción de la jurisprudencia al descubrimiento del sentido de la ley. Este principio se condena por sí mismo. Nadie defiende en la actualidad la existencia en el legislador de un don de previsión sin límites. Ningún legislador jamás lo ha previsto todo ni puede

preverlo todo”. Más adelante el mismo autor agrega: “Toda ley tiene un alcance esencialmente limitado y objetivo, que determina, por una parte, con la ayuda de la fórmula literal del texto, y, por otra, con la del fin social perseguido en el momento de la elaboración de la ley interpretada”¹¹⁷.

2. Método histórico. De conformidad con este método, denominado también ‘de la Evolución Histórica’ o simplemente ‘Evolutivo’, el contenido de la norma jurídica debe adecuarse por el intérprete a las condiciones económicas y particularidades del medio social en su ‘significación histórica’ vigentes en el momento actual, independientemente de la voluntad presunta que tuvo el legislador al crearla; es decir, que este método de interpretación busca acomodar el texto legal a las circunstancias y necesidades propias del momento histórico en que se aplica.

El jurista francés R. Saleilles, distinguido representante del Método de la Evolución Histórica, consideraba que dicho método, como el exegético, admitía la base fundamental de los textos legales, pero que no era directamente en éstos, sino en “sus causas y en su significación histórica, como elemento vivificador de las leyes” donde había que buscar el sentido de la ley, pues ésta, una vez creada por el legislador, adquiría existencia propia sujeta a las transformaciones de la vida social a cuya realidad debía adaptarse. Saleilles condensa sus ideas al respecto de este método en su conocida expresión: “Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil” (*‘Au-de-là du Code civil, mais par la code civil’*).

Comentando el Método Histórico, M. Caamaño afirma que él “se apoya en la concepción de que la ley no es la expresión de una voluntad difícil de conocer, sino la expresión de la justicia. Una vez expedida tiene vida propia y ha de adaptarse a las necesidades de la vida social, para que no choque con aquella característica primordial, haciéndose inocua. Una vez adoptada una ley, se desprende del pensamiento del legislador y lleva una vida propia e independiente, sujeta a las transformaciones evolutivas, esencialmente subordinadas al medio social, cuyos movimientos debe seguir. El autor de la ley no ha tenido un concepto y una voluntad personales. El contenido de la ley dependerá de la conciencia popular que interpreta cada día”. Y luego agrega: “Siguiendo el sistema, los jueces no aplican un texto muerto, sino prescripciones continuamente vivificadas”¹¹⁸.

El Método Histórico ha sido criticado por varios autores, Bonnecase entre ellos, quien afirma que dicho método “atribuye al texto legal sentidos que varían con el tiempo y da por misión a la jurisprudencia el fijar, tanto en cada época como en cada caso, el alcance del texto de una ley, en conformidad con

el estado social presente. Efectivamente, un método semejante conduce a la arbitrariedad más completa, y, al amparo de los textos, el juez puede dar libre curso a su fantasía”¹¹⁹.

3. Método de la libre investigación científica. Los propugnadores de este método (Geny, etc.), afirman que ante los vacíos o insuficiencias de la Ley, el juez al aplicar el Derecho “debe formularlo entonces como lo hiciera el legislador, libremente; pero utilizando elementos objetivos que eviten la arbitrariedad y que la ciencia le ha de suministrar, es decir, debe acudir para establecer el Derecho a las fuentes reales de éste”¹²⁰. Como se ve, ya sea para suplir la ausencia de texto legal o conformar la deficiencia del mismo a las necesidades sociales del momento, el intérprete al formular su solución al caso concreto, debe en cierta forma erigirse en legislador, con el apoyo racional y metódico de todos los elementos objetivos pertinentes (lógicos, históricos, científicos, etc.) y en los datos reales del derecho, evitando en lo posible cualquier injerencia subjetiva. Sobre el particular, el citado Saleilles propone la frase: “Por el Código, pero más allá del Código”.

LA ANALOGÍA. Es importante tener en cuenta que es imposible que todo el derecho esté comprendido en la Ley, como que ésta materialmente no puede “prever todas las situaciones y adaptarse a todas ellas”, pues, como bien lo expresa Geny: “No todo el derecho está legalizado”. Conforme con esta realidad y habida cuenta de la obligación que tienen los jueces de fallar so pena de incurrir en ‘denegación’ de justicia¹²¹, nuestra legislación contempla dicha circunstancia inevitable y establece, en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, la regla siguiente para llenar las ‘lagunas’ o vacíos legales:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Es decir, que al tenor de la disposición transcrita, los vacíos de nuestra legislación civil se llenan primeramente mediante el procedimiento de ‘analogía’, en su defecto aplicando la doctrina constitucional y en última instancia, empleando una regla general de derecho.

En el campo del Derecho Laboral, se ha aceptado también el procedimiento analógico, como que el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S. de T.) a la letra dice:

“Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican la que regule caso o materias semejantes, los principios que se derivan de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios y recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del

país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad”.

En la órbita del Derecho Penal, en tratándose de las ‘sanciones’ no es pertinente la aplicación de la analogía, pues, como ya se dijo en su oportunidad, si no hay norma clara al respecto, no hay sanción (*'Nulla poena sine praevia lege penale'*). Al respecto, el artículo 6º del Código Penal, como ya se dijo, dispone expresamente: “la analogía sólo se aplicará en materias permisivas”.

El Código de Comercio vigente (Decreto 410 de 1971), recomienda también la aplicación analógica. En efecto, el artículo 1º del citado texto, a la letra expresa:

“Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

En el área del Derecho Adjetivo o Procedimental, también se tiene en cuenta el muy útil procedimiento de la analogía. Así se tiene que el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), consciente de sus deficiencias y vacíos, establece en su artículo 5º lo siguiente:

“Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.

Por su parte el Código Procesal del Trabajo (C.P. del T.) consagra también la aplicación analógica, pues su artículo 145, textualmente establece:

“A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial”.

La ‘analogía’ es un razonamiento que se fundamenta en la ‘*similitud*’ o ‘*semejanza*’ y que consiste, desde el punto de vista de la Lógica, en ‘*concluir un caso por lo que de otro semejante hemos concluido*’, y cuya aplicación en el terreno jurídico se puede enunciar así: “A las situaciones de hecho semejantes debe aplicarse la misma regla de derecho” (*'Ubi aedem est legis ratio, ibi est legis dispositio'*).

El procedimiento analógico en el campo del Derecho está encaminado a solucionar un problema que suele afectar a éste en todas sus ramas, o sea las llamadas ‘lagunas’ o vacíos que pueden presentarse debido a que la ley, por bien concebida y amplia que pueda ser, no comprende, como ya se dijo, a muchos casos distintos de los que ella expresamente prevé.

La Analogía puede ser, en rigor, de dos clases, así:

1. Analogía legis, y
2. Analogía juris.

Analogía legis. Esta clase de Analogía consiste en aplicar una disposición legal que regula cierto caso, a otro no previsto expresamente en ella, pero que es semejante y tiene el mismo fundamento (*'ratio juris'*) (Fig. N° 10), es decir, cuando se extiende la aplicación del texto legal a un caso distinto de los que dicho texto ha previsto. Por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 303 del Código Civil, respecto a la necesidad de *'licencia'* (autorización) judicial, con conocimiento de causa, para que los padres puedan enajenar (vender, permutar, etc.) e hipotecar los bienes raíces de sus hijos menores, se aplica por analogía a los tutores y curadores que administran bienes de sus pupilos.

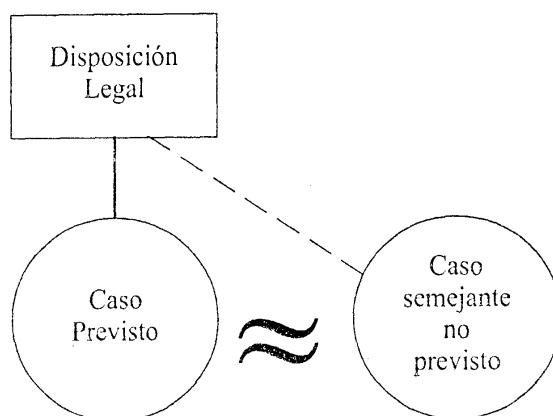


Figura No. 10

Analogía juris. Esta clase de analogía se presenta cuando un conjunto de disposiciones legales que forman una institución reguladora de una situación determinada, se aplica a otra que es semejante (Fig. N° 11). Como se puede apreciar, en la Analogía *'Juris'* no se aplica un texto legal determinado, una sola disposición, sino que se acude o a un conjunto de ellas que conforman reglas más o menos amplias o los principios generales de derecho. Sobre el particular expresa el jurista Di Ruggiero, que se procede por Analogía Juris “cuando se opera con *'principios'* que regulan una materia análoga, o bien con los *'principios generales'* del sistema”.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Analogía *Legis* difiere de la Analogía *Juris* en que, mientras ésta comprende la aplicación ya sea de *'reglas'* comunes formadas por un conjunto de textos legales o de *'principios generales'* de derecho, aquella consiste simplemente en extender la aplicación de una disposición legal aislada.

Refiriéndose a esta clase de analogía, el artículo 32 del Código Civil expresa a la letra:

"En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Como ejemplo de Analogía Juris, se puede mencionar lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual '*los contratos deben ejecutarse de buena fe*', principio general este que debe aplicarse analógicamente a los actos jurídicos unilaterales sobre los cuales la legislación no ha dicho nada al respecto.

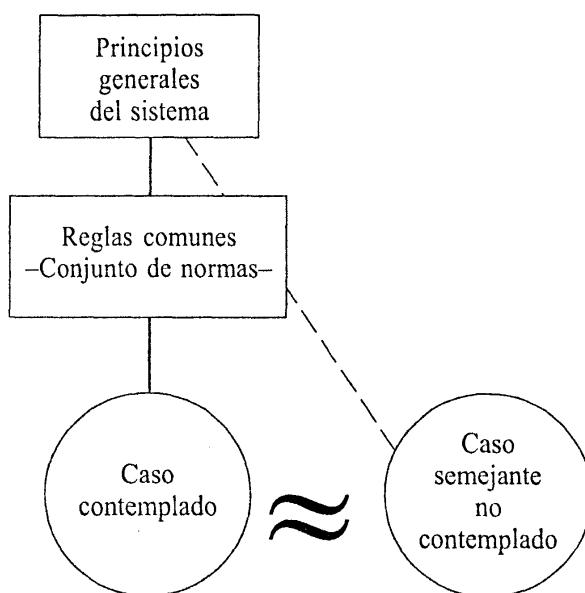


Figura No. 11

Tratando este tema, el profesor Valencia Z., comenta: "Mediante la analogía se trata de elaborar una regla jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos". Y continúa el citado expositor: "Podemos suponer que una ley regula concretamente un caso de la vida real; pero, dadas determinadas condiciones, consideramos que dicha solución puede extenderse a otro caso semejante ('analogía legis'). Pero también es posible que se trate de una regla general que se aplicó a determinados casos y se estima que debe aplicarse todavía a otros casos ('analogía juris')"¹²².

Haciendo referencia al mismo asunto, la Enciclopedia Monitor, por su parte, manifiesta: "La doctrina distingue entre 'analogía legis', en que la identidad de 'ratio' se induce partiendo de una sola disposición, y 'analogía

juris', en la que se inducen principios comunes –aplicables por deducción al caso no expresamente previsto– tomando como punto de partida la regulación de varias instituciones".

La aplicación por analogía no es arbitraria, sino que ella debe someterse a varias prescripciones, entre las cuales se cuentan la siguientes:

1. *'Identidad esencial'*, que debe existir entre el caso no previsto y el previsto en la ley;
2. *'Utilidad'* del resultado, la cual debe tenerse en cuenta para saber si una norma legal es aplicable por analogía, en qué sentido y con qué alcance;
3. Que sea *'racional'* el resultado;
4. Que no se trate de *'sanciones'*, pues en este caso, como ya se ha dicho, no tiene cabida la analogía, y
5. Que el caso de que se trate no constituya una excepción a una regla general. Evidentemente, cuando el caso concreto regulado por la ley es una excepción a una regla general no debe emplearse la analogía. En este caso es la regla la que se aplica y no la excepción. Y esto es así ya que siempre se ha considerado que las *'excepciones'* son de interpretación restrictiva.

Capítulo X

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN

Los Principios Generales del Derecho, que constituyen la fuente última a que debe acudir el juzgador cuando requiera colmar los vacíos o deficiencias legales, y a los cuales hicimos referencia al tratar de las '*Clases de Fuentes Formales*', son aquellos fundamentos esenciales generalmente aceptados procedentes de la ciencia del Derecho sobre los cuales se levanta una estructura jurídica; son como axiomas, si cabe la expresión, cuyos contenidos de justicia y sentido común son tan obvios, que prácticamente no necesitan demostración. Estos principios equivalen, al decir de Carrejo, "de ese modo, al espíritu de la legislación; están formados por las ideas fundamentales de las cuales ella toma origen, y se deducen a través de un procedimiento de generalización, del conjunto de las disposiciones del derecho positivo y de los elementos históricos y éticos que lo presiden"¹²³.

Comentando al respecto, el español Legaz y Lacambra manifiesta que ellos son "principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta: principios de derecho natural, si quiere usarse esta terminología. Pero en tanto que se hable de estos principios, no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva; de lo contrario, su validez ideal no será título suficiente para que puedan ser alegados como fuente de derecho"¹²⁴.

La Jurisprudencia Nacional, con fundamento en el ya mencionado artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y el derecho positivo mismo ha dado cabida a algunos de esos '*principios generales*', entre los cuales explicamos someramente los siguientes:

1. Del enriquecimiento sin causa,
2. Del abuso de los derechos,
3. De la buena fe,

4. Del error común hace derecho,
5. Del fraude a la ley, y
6. De la imprevisión.

EL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Se formula este principio diciendo: “A nadie es lícito enriquecerse con detrimento del caudal ajeno (*'Nemini locupletari licet cum alterius injuria vel jacturia'*), es decir, que ninguna persona puede obtener ventajas en su peculio a expensas del patrimonio ajeno, sin una causa que lo justifique. Por consiguiente, todo sujeto que obtenga un enriquecimiento injusto con perjuicio de la hacienda de otro, debe indemnizar el valor del empobrecimiento correlativo. Como ejemplos de este principio se señalan *'el pago de lo no debido'*, el caso de que al vendedor se le antice el pago y no venda, etc.

Refiriéndose a este Principio, comenta Valencia que “El enriquecimiento ilegítimo se produce todas las veces que un patrimonio recibe un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. Todo patrimonio (conjunto de derechos de que es titular una persona) bien administrado debe producir aumentos o ventajas; pero ellos deben ser el fruto de la industria o el trabajo; además, un patrimonio puede recibir incrementos por causa de donaciones o por la misma ley. La herencia que se reparte entre los herederos o legatarios, el dominio que una persona gana por usucapión (o prescripción adquisitiva), el usufructo legal que se otorga al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos, son ventajas que reconocen como fuente la ley o la voluntad de una persona”. Y a continuación agrega el citado autor: “En general, todo sistema jurídico trata de evitar que se realicen enriquecimientos ilegítimos; se persigue que la fortuna de las personas reconozcan causas legítimas. ¿Cómo pueden realizarse estos fines del derecho? No de otra manera sino prohibiendo los enriquecimientos ilegítimos, es decir, sin causa justificativa. Constituye, por tanto, una norma de todo sistema la siguiente regla general: “Cuando un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro sin una causa justificativa, el titular del patrimonio enriquecido queda obligado a indemnizar el valor del empobrecimiento”¹²⁵.

Para que exista el Principio del Enriquecimiento sin Causa (considerado también como Fuente de Obligaciones como se verá más adelante) se requiere, según nuestra jurisprudencia, que se reúnan los cinco elementos constitutivos siguientes:

1. Que el obligado se haya enriquecido, es decir, que exista en su favor una ventaja patrimonial;

2. Que haya un empobrecimiento correlativo, es decir, que el enriquecimiento se haya efectuado a costa del empobrecido;
3. Que el desequilibrio entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido se haya producido sin causa jurídica;
4. Que el perjudicado carezca de otra acción originada por otra fuente de obligación distinta del Enriquecimiento sin Causa, pues la única acción que puede prosperar en razón de este principio es la denominada '*in rem verso*', encaminada a impedir todo enriquecimiento injusto, y
5. Que la mencionada acción '*in rem verso*' no pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley, pues en dicho caso, la acción referida no procede¹²⁶.

No sobra anotar que el comentado Principio del Enriquecimiento sin Causa está expresamente contemplado en el Código de Comercio vigente (D. 410 de 1971), cuyo artículo 831 a la letra reza:

“Nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE LOS DERECHOS. Según este Principio, los derechos de los individuos no son absolutos sino relativos, y no puede hacerse uso de ellos sino con motivo legítimo y noble y sin apartarse del espíritu que los inspira. Por tanto, la persona que en el ejercicio abusivo de sus derechos ocasiona perjuicio a otra, debe indemnizar.

Tratando de la Teoría del Abuso del Derecho, dice la Corte Suprema de Justicia, que ella “Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercitarse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque –como dicen los tratadistas de esta teoría– “no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas no corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”¹²⁷. Como ejemplos de este principio se pueden señalar los siguientes: el embargo en exceso de bienes del deudor, el abuso del derecho a litigar, la formulación temeraria de denuncia criminal, cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, etc.

Para que exista el Abuso del Derecho se requiere la reunión de las dos condiciones siguientes:

- a) Que se carezca de un interés legítimo y serio, es decir, que no exista un fin útil, y
- b) Que al ejercerse el derecho haya intención de dañar.

Este principio general, como el anterior, se halla contenido también en el Código de Comercio mencionado. En efecto, el artículo 830 de dicha obra textualmente dice:

“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE. De acuerdo con el Principio de la Buena Fe (*'bona fides'*), en el ejercicio de los derechos y en la ejecución de los actos jurídicos las personas deben obrar lealmente, proceder de buena fe. “En el derecho –comenta Valencia– la expresión de buena fe indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social, en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una ‘*lealtad (o buena fe) activa*’, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una ‘*lealtad pasiva*’, si consideramos el derecho que tenemos de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente”¹²⁸.

Al respecto de este principio, el artículo 769 del Código Civil expresa:

“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

“En todos los otros, la mala fe deberá probarse”.

Además del precepto transscrito, el Código Civil contiene muchas disposiciones referentes a la Buena Fe, por ejemplo, el artículo 768 que define la Buena Fe en la adquisición del dominio¹²⁹; el 963, sobre el poseedor de Buena Fe; el 1324, sobre la Buena Fe en la ocupación de la herencia; el 1603, referente a la Buena Fe en la ejecución de los contratos, etc.

En el mismo sentido que el artículo 769 del C.C. anotado se pronuncia el artículo 835 del Código de Comercio, pues textualmente dispone:

“Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”.

EL PRINCIPIO DEL ERROR COMÚN HACE DERECHO. El Error Común hace Derecho (*'Error communis facit jus'*) se presenta cuando el acto que ejecuta una persona “es producto de un error invencible, común a muchos, la simple apariencia se convierte en realidad”, es decir, se requiere que el individuo haya incurrido de buena fe en un error común o colectivo,

invencible y excusable. “Con la expresada máxima, dice la Corte, tiene íntima relación la llamada teoría de la apariencia, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. “La situación de hecho contraria al derecho, nacida de error invencible, debe ser mantenida, agrega dicho autor... No habría seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto que parece dirigir nuestra jurisprudencia en todas las ramas del derecho”¹³⁰. Como ejemplo de este importante principio se señala el establecido en el inciso segundo del artículo 947 del Código Civil, que se refiere a las cosas compradas en ferias, tienda, almacén u otro establecimiento industrial, cuya restitución no podrá hacer su verdadero dueño si no reembolsa lo que el comprador de buena fe haya dado por ellas. Comentando esta disposición nuestro más alto Tribunal de Justicia dice: “El inc. 2º del art. 947 es una aplicación de la regla ‘*error communis facit jus*’; en él, a la apariencia razonable de derecho se le hace producir, en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo: basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que –como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella– no puede el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho”¹³¹.

Para la aplicación de la regla ‘*Error Común hace Derecho*’, dice también la jurisprudencia, se requiere la concurrencia de los dos requisitos siguientes:

- a) Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal, pero sí colectivo, y
- b) Que el error haya sido invencible o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido.

EL PRINCIPIO DEL FRAUDE A LA LEY. Este principio consiste en que la Ley se viola a través de su aplicación indebida y maliciosa; es decir, se actúa

aparentemente conforme a la regla jurídica, pero en verdad se está infringiendo la ley misma y causando perjuicios, por lo general, a tercera personas. “En lo general, ha dicho la Corte Suprema, no se viola la ley con el propósito de violarla, sino con el de lograr fines distintos para los cuales la violación es sólo un medio; pero esta consideración no se opone al concepto de fraude. En otras palabras, puede haber aquel propósito y buscarse por sí mismo, pero no es necesario que lo haya para que el fenómeno se produzca, y generalmente no lo hay. Del propio modo si en lo general ese fraude daña a terceros, este elemento tampoco es necesario para que se produzca”¹³². Como ejemplo de este principio puede citarse la insolvencia maliciosa del deudor para burlarse de sus acreedores, llamada comúnmente ‘fraude a terceros’. En este evento, los acreedores burlados pueden obtener la revocación de los actos celebrados en su perjuicio por el deudor, ejerciendo la llamada ‘acción pauliana’ o ‘revocatoria’, la cual está consagrada en muchas disposiciones del Código Civil, por ejemplo, en los artículos 862, 1441, 1451, 1295, 1636 y, especialmente, el 2491.

La dicha Acción Pauliana, como se puede inferir, está encaminada a obtener la reintegración al patrimonio del deudor de aquellos bienes que salieron de él, en perjuicio y fraude de los derechos de los acreedores. El deudor trámposo, para efectos de lo anterior, ha podido efectuar dos clases de actos, así:

- a) A título oneroso, en cuyo caso la acción pauliana está condicionada que el acto ejecutado haya causado o cause daño a los acreedores (*‘eventus damni’*) y que haya habido entendimiento defraudatorio entre el deudor y el tercero (*‘consilium fraudis’*), y
- b) A título gratuito, caso en el cual, basta la mala fe del deudor (*‘animus nocendi’*) y el perjuicio a los acreedores (*‘eventus damni’*).

EL PRINCIPIO DE LA IMPREVISIÓN. Según este principio, cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato, determinan un desequilibrio en las prestaciones de futuro cumplimiento de alguna de las partes resultándole excesivamente perjudicial dicho cumplimiento, puede la parte afectada pedir a la autoridad competente su modificación. El Principio de la Imprevisión está expresamente contemplado en el artículo 868 del Código de Comercio.

Al respecto comenta la Corte Suprema de Justicia: “Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento

sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.”¹³³.

LA EQUIDAD. Para superar la posible situación de injusticia que puede presentarse por la aplicación inflexible, estricta de la ley (*'Summum jus summa injuria'*), el juzgador, dice Aristóteles, debe acudir a la ‘Equidad’ (Lat. ‘aequitas’, ‘atia’, de ‘aeocus’, igual) como elemento morigerador que atempere en los casos concretos el rigorismo de la ley y cuya forma de realizarse es mediante el fallo que adapta la norma a los hechos, así como las reglas lesbianas gracias a su ductilidad se adaptaban con gran precisión a las sinuosidades de las rocas.

Se supone que todo ser humano tiene un sentido natural de lo que debe ser el derecho en los casos concretos sometidos a su decisión, de tal manera, que cuando se presenten eventualmente varias aplicaciones posibles escoja la más justa y conveniente a las circunstancias. No sobra anotar que por ‘justo’, o mejor por ‘justicia’, debe entenderse como dice el jurista latino Domicio Ulpiano (Roma, 170-228), la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual lo suyo (*'Perpetua et constans voluntans ius suum cuique trahiendi'*). Este sentimiento oportuno de Justicia es lo que suele llamarse ‘equidad’. A esta concepción de ‘equidad’ es a la que se refieren varias disposiciones de nuestra Legislación¹³⁴, que más que una fuente de derecho, la consideran un recurso supletorio que debe utilizar el fallador cuando no pudiere aplicar las otras reglas de interpretación de la ley y ésta presentare oscuridades e incongruencias.

En refiriéndose a este tema Bonnecase comenta: “Como lo hemos declarado, el derecho puede encontrarse en contradicción con la ley, y es por esto por lo que algunos autores estiman que en esta hipótesis, el derecho no es otra cosa que la noción de equidad, debido a que no quieren separar el derecho de la ley. Para otros autores, la noción de equidad sería la noción de la justicia, pero de ahí surge una confusión terminológica inadmisible. La noción de equidad reviste un carácter esencialmente vago. Si queremos poner de relieve el alcance que le atribuyen sus partidarios, nos daremos cuenta de que no es otra cosa que la concepción subjetiva que cada uno tiene del derecho y de la justicia. Es ni más ni menos la noción de derecho considerada al través del romanticismo jurídico; es la noción de derecho reducida a un puro sentimiento, y desde luego tan variable, aún en su fundamento, como lo son los móviles individuales y las circunstancias”¹³⁵.

Capítulo XI

LA JURISPRUDENCIA

CONCEPTO

Según algunos tratadistas, la Jurisprudencia es otra fuente formal del Derecho, pues la consideran con suficiente autonomía e independencia de las otras dos fuentes primeramente vistas: la Costumbre y la Ley.

Empero, muchos juristas no le reconocen a la Jurisprudencia categoría de fuente formal del Derecho autónoma, ya que la juzgan incapaz de crear por sí sola reglas obligatorias de conducta social, con independencia de la norma escrita, constituyendo ella, simplemente, la interpretación por vía de doctrina que hacen los Magistrados en busca del verdadero sentido de la ley.

Así tenemos, por ejemplo, que al respecto el autor francés Bonnecase comenta: “La Jurisprudencia no es en manera alguna una fuente formal de reglas de derecho y de instituciones jurídicas. Al contrario, es más exacto sostener que los tribunales tienen por función primordial el ser guardianes de la ley y el asegurar la plenitud de su aplicación. Los buenos fundamentos que tiene nuestra afirmación, surgen de una serie de comprobaciones. En primer lugar, de la excepción de inconstitucionalidad de las leyes, como también de la excepción de ilegalidad de los reglamentos, que acabamos de estudiar. En virtud de la primera, los tribunales han sido erigidos en guardianes de la Constitución, según se ha indicado, y en virtud de la segunda, cumplen las mismas funciones ante la ley ordinaria. Y es la misma impresión la que se deduce de estas dos comprobaciones: la Jurisprudencia no puede tener en el mecanismo del derecho positivo la misma función que la ley, cuya observancia asegura”¹³⁶.

Comúnmente se entiende por Jurisprudencia al derecho decantado en las sentencias de los Tribunales, pero en sentido más estricto y técnico se puede definir esta fuente, siguiendo al autor latino, como “la manera constante y uniforme como se interpreta y aplica la ley positiva en los casos similares sometidos a su decisión por los altos tribunales de justicia”.

“La Jurisprudencia –expresa Radbruch– es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello la obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarla o aprobarla”¹³⁷.

Volviendo a Bonnecase, este distinguido expositor manifiesta que “Se designa con el nombre de Jurisprudencia, oponiendo siempre este término a la doctrina y a la práctica extrajudicial, el estado actual del derecho, tal como es reflejado por el conjunto de soluciones que, en una materia determinada, se encuentran consagradas por las decisiones de los tribunales”¹³⁸.

Para evitar el peligro de la dispersión de la ley determinado por las distintas y variadas interpretaciones que los juzgadores pueden hacer de ellas, con la consiguiente inseguridad que produciría en las actuaciones jurídicas, hay un poder central (en la organización jurisdiccional colombiana es la Corte Suprema de Justicia) que por medio de la Sala de Casación (Fr. ‘*casser*’, romper, anular o quebrar) correspondiente dirige y controla la interpretación uniforme de las leyes.

Así se tiene que la misión de la Sala de Casación consiste en ‘*unificar la jurisprudencia nacional*’¹³⁹, para lo cual se interpone ante ella el ‘*recurso de casación*’ acusando las sentencias de los Jueces y Tribunales que reúnan ciertas condiciones establecidas en la legislación pertinente. La Sala de Casación respectiva (Civil, Penal, Laboral, etc.) no conoce cuestiones de hecho, sino si la ley ha sido interpretada debidamente o no por el funcionario correspondiente. Si la Sala considera que en la sentencia acusada la ley se ha aplicado mediante una correcta interpretación, rechaza el recurso; en caso contrario, es decir, si juzga que ha habido una interpretación incorrecta de la norma legal, acepta el recurso, y anula la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra, cuya finalidad es corregir la indebida interpretación que de la ley se había hecho.

“Las interpretaciones sucesivas y uniformes de la Sala de Casación, dice Valencia, suelen adquirir una fuerza obligatoria semejante a la de la ley, y se imponen a los jueces y tribunales, pues aunque la ley les da libertad para apartarse de ellas, no obstante la Sala garantiza su imperio mediante posteriores interpretaciones. De ahí que al lado del derecho que contienen las leyes exista el derecho jurisprudencial, que indica el derecho que efectivamente se practica y el cual es necesario conocer de manera preferente”¹⁴⁰.

Además de buscar la aplicación uniforme y exacta de la ley, la Corte Suprema de Justicia tiene como misión llenar los vacíos de la legislación, así como también corregir y completar los textos legales contradictorios e insuficientes.

Debe anotarse que el Consejo de Estado, como el más alto tribunal en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en cierta forma cumple una función similar a la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a la unificación de la interpretación de las normas de su incumbencia.

EL SILOGISMO JURÍDICO

Es conveniente, para terminar esta parte, hacer un breve comentario sobre el '*Silogismo Jurídico*', que tuvo notable importancia en el pasado, especialmente en el siglo XIX, en el campo práctico de la interpretación del Derecho, pero cuya bondad y eficacia son objeto de intensa controversia en la actualidad.

En efecto, para sus partidarios, el acto de administrar justicia por parte del juzgador, mediante la sentencia o fallo, contiene una forma de razonamiento, una inferencia mediata, que los lógicos denominan '*Silogismo*' y cuyo empleo en el terreno del Derecho toma el nombre de '*Silogismo Jurídico*'.

El Silogismo, considerado como la forma más perfecta del razonamiento deductivo, consiste en una conclusión mediata (conclusión en sentido estricto) en que de un juicio se obtiene una '*conclusión*' mediante otro u otros juicios que se interponen entre el juicio inicial del cual arranca y el juicio derivado o conclusión. Como se puede apreciar, el Silogismo está formado por tres juicios, en tal forma relacionados, que dados los dos primeros se deduce necesariamente el tercero.

El Silogismo, como ya se dijo, está compuesto de tres proposiciones, así: dos que forman el '*antecedente*' y que se conocen con el nombre de '*premisas*' (Lat. '*praemisa*', puesta o colocada delante), y otra, la cual se deduce de las dos anteriores, que constituyen el '*consecuente*' llamado también '*conclusión*'. Cada una de estas tres proposiciones consta de dos términos: el sujeto y el predicado. Como en las tres proposiciones cada término está tomado dos veces, en total no hay más de tres términos, que se denominan '*términos extremos*' o simplemente '*extremos*' (el '*mayor* y el *menor*') y el término '*medio*'.

El '*término mayor*' (P), o simplemente '*mayor*', desempeña el oficio de predicado en la '*conclusión*' y el '*término menor*' (S), o sencillamente '*menor*', hace de sujeto de la misma. El '*término medio*' (M) es el que relaciona los dos extremos, figurando, por consiguiente, en cada una de las dos premisas sin aparecer nunca en la conclusión. De las dichas premisas, la '*mayor*'

contiene el extremo mayor y enuncia una relación entre éste y el término medio y la '*menor*' que contiene el extremo menor enuncia la relación entre éste y el término medio. El '*término medio*' (M) es como una especie de intermediario entre el '*término mayor*' (P) de la premisa mayor y el '*término menor*' (S) de la premisa menor. El enlace que debe existir siempre entre las anteriores tres proposiciones se llama '*consecuencia*', de ahí que cuando dicho enlace no aparece se diga en rigor que se ha incurrido en una '*inconsecuencia*'.

El silogismo puede esquematizarse en la forma siguiente:

M Ó P (Premisa Mayor)

S Ó M (Premisa Menor)

Luego: S Ó P (Conclusión)

Como ejemplo de Silogismo se tiene:

Las flores (M) son bellas (P)

La rosa (S) es una flor (M)

Luego: La rosa (S) es bella (P)

El tipo perfecto de Silogismo, según Aristóteles, es el llamado de la '*subsunción*' que es aquel en el cual se establece una relación de dependencia entre dos conceptos, en tal forma, que la extensión del concepto particular está comprendida en la extensión del concepto general, así como la que existe entre el género y la especie, y que en el campo jurídico, sería aquél, mediante el cual, el juez '*subsume*' un hecho cierto dentro de una disposición general que es aplicable al caso.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Silogismo Jurídico se estructuraría así:

1. Premisa Mayor, que contiene el fundamento normativo (Regla de Derecho, principio jurídico o cualquier verdad filosófica, científica, etc.), general y abstracta, aplicable al caso concreto sometido a decisión del juzgador;

2. Premisa Menor, que está constituida por el hecho o hechos que se pretenden y a los cuales deben estar suficientemente probados dentro del proceso, y

3. Conclusión, que contiene lo que se demanda o pretende, es decir, la prestación u objeto de la regla jurídica que, como expresa Latorre, se "obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa mayor".

Un ejemplo de Silogismo Jurídico sería el siguiente:

1. El homicidio, es decir, “el que matare a otro incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años” (Premisa mayor constituida por la disposición legal contenida en el artículo 103 del Código Penal;

2. Pedro ha causado intencionalmente la muerte de Pablo (hecho debidamente probado dentro del proceso, incluyendo un estudio sobre el estado psíquico del sindicado y las circunstancias en que se realizó el homicidio, que constituye la Premisa Menor), y

3. Luego, condénase a Pedro a X años (entre diez y quince según lo expuesto en la parte motiva de la providencia) de prisión (Fallo o Sentencia propiamente dicha que constituye la Conclusión).

El Silogismo Jurídico ha sido objetado, como ya se dijo, por muchos juristas (Holmes, etc.) quienes, además de señalar la dificultad que entraña determinar exactamente la '*'premisa mayor'*' o sea la regla jurídica aplicable, arguyen, entre otras muchas razones, que el intérprete debe llegar a una decisión judicial, apoyándose más en el conocimiento profundo que debe tener de los fenómenos sociales (Económicos, etc.), que determinan el Derecho, que el simple empleo de razonamientos lógicos y procedimientos de subsunción, pues, los intereses y necesidades de los hombres en cada momento histórico, las ideas religiosas y políticas, las prácticas morales, etc., son factores que han tenido en la modelación del Derecho mayor influencia que los procesos lógico-mecánicos de deducción inflexible, y fundamentos en el presunto dogma de la existencia de un sistema jurídico completo y sin lagunas que debe llenar el juzgador.

Capítulo XII

EL SUJETO DE DERECHO

CONCEPTO

Toda norma jurídica ‘*supone un sujeto de derecho*’, como que no puede existir un derecho sin sujeto, siendo el ser humano, mediata o inmediatamente, el ‘*destinatario de todos los derechos*’. Este sujeto de derecho se denomina ‘*persona*’ y constituye, ya sea activa o pasivamente considerado, un elemento fundamental e inseparable de la regla jurídica, como se explicó en su oportunidad al tratar de los “Elementos Esenciales del Derecho” (Ver págs. 25 y ss.).

Antropológicamente, ‘*persona*’ significa ‘*hombre*’, o sea individuo de la especie humana; jurídicamente, es ‘*todo ente capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones*’, es decir, sujeto activo o pasivo de la relación jurídica.

Es importante no confundir los términos de ‘*persona*’ y ‘*hombre*’, pues no son sinónimos, ya que mientras el primero, por constituir una categoría jurídica que sólo se le atribuye a los seres dotados de ‘*personalidad*’, únicamente tiene existencia en el ámbito del Derecho; el segundo, por ser un ente físico, existe realmente en la Naturaleza, en el mundo cósmico: es el ser humano, de ‘*carne y hueso*’ como se dice vulgarmente.

Ahora bien, una cosa es la ‘*personalidad*’, o sea el atributo que se predica de ciertos seres y que determina que estos puedan tener capacidad jurídica, es decir, aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, y otra cosa es el ‘*ente*’ dotado de ella, o sea la ‘*persona*’.

Persona, en sentido jurídico, opina Pineda, “quiere decir ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho, capacidad para el goce de derechos subjetivos. En el campo del derecho –afirma Ferrara– el concepto de persona no coincide con el de hombre y es más amplio que éste. Como lo reafirma el derecho positivo de todos los pueblos, nada obsta para que haya personas que no sean hombres. La doctrina dominante llega al resultado de que ‘*persona*’, en el sentido técnico-jurídico, quiere decir sujeto de derechos. “Se

trata, pues, de una categoría jurídica, que por sí no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido. El ser punto de reunión de derechos subjetivos, basta formalmente para que haya un sujeto, y la cualidad de ser tal, forma la personalidad. Personalidad, por tanto, es sinónimo de capacidad jurídica, de subjetividad de derechos y obligaciones, de receptividad de los efectos del orden jurídico, y es una situación jurídica, un '*status*', no un derecho"¹⁴¹.

CLASES DE PERSONAS

Según que el ser humano se considere en sí o agrupado en una formación colectiva organizada en cierta forma (ente colectivo), las personas en derecho pueden ser de dos clases, así:

1. Personales naturales, y
2. Personas jurídicas.

PERSONA NATURAL

La Persona Natural, llamada también '*física*', es todo individuo de la especie humana. Todo ser humano, por el simple hecho de serlo es '*persona*' (pero no toda '*persona*' es ser humano), de ahí que nuestro Código Civil acorde con este principio diga, en su artículo 74, lo siguiente:

"Son '*personas*' todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición".

Como ya se dijo, una cosa es la '*personalidad*' y otra cosa el '*ente*' dotado de ella. Cuando se trata del ser humano, la personalidad que se le atribuye recibe el nombre de '*personalidad física*' o '*personalidad natural*'. A los seres humanos dotados de personalidad, expresa Valencia, se les denomina '*personas físicas*' o '*personas naturales*'.

La '*personalidad*' del hombre no requiere que sea reconocida expresamente, pues por ser un atributo sin condiciones del ser humano, constituye un supuesto de orden jurídico. Por el simple hecho de su nacimiento se le concede personalidad al individuo de la especie humana, la cual se extingue en el momento de ocurrir su muerte.

Históricamente no siempre el ser humano ha sido considerado como '*persona*', pues hasta hace unos pocos decenios, muchos hombres infelices eran tenidos como '*esclavos*' (V. gr., los ilotas de Lacedemonia, etc.), es decir, como simples cosas y, por ende, objeto de derecho de propiedad por parte de sus '*amos*' (Jurídicamente el esclavo era considerado como una cosa, como

un semoviente de propiedad privada, sujeto a la voluntad y albedrío de su amo o señor). En la actualidad la esclavitud ha sido abolida en la mayoría de los países del orbe. Aún quedan residuos de esta absurda e inmoral institución en grupos socialmente primitivos.

En Colombia, hace más de un siglo fue suprimida la institución de la esclavitud¹⁴². Al respecto nuestra Constitución Política, en el artículo 17, claramente dispone:

“Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”.

Anteriormente existió también una institución denominada '*muerte civil*', la cual, por una ficción jurídica, establecía que, como consecuencia de cierta categoría de condenas legales, el hombre quedaba privado de casi la totalidad de sus derechos, quedándole únicamente aquellos meramente indispensables para poder sobrevivir materialmente. Por ejemplo, la '*capitis deminutio*' romana, que era la pérdida total o parcial del estado jurídico, así: si la pérdida era total, que ocurría cuando el sujeto caía en la esclavitud, se denominaba '*máxima*'; si el individuo perdía el derecho de ciudadanía se llamaba '*media*' y tomaba el nombre de '*mínima*' cuando se producía un cambio en la familia, dejando subsistentes la libertad y la ciudadanía.

Existió también en algunos países (Francia, Chile, etc.) hasta hace unos pocos lustros, una especie de '*muerte civil*', especialmente referida a derechos de propiedad, aplicada únicamente a los individuos que seguían la profesión monástica.

COMIENZO DE LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO

La existencia física del ser humano principia con la concepción, es decir, desde el instante en que se opera la fusión de la cédula masculina (espermatozoide) con la femenina (óvulo), verificándose así la fecundación, esta '*maravillosa simbiosis*', como expresa Uribe Cualla, que da comienzo a la vida del huevo o embrión y cuyo período de desarrollo (embarazo o gestación) tiene una duración normal en la mujer, por término medio, de doscientos ochenta días.

Pero la Personalidad o '*existencia legal*' del ser humano principia a transcurrir desde el momento del nacimiento, esto es, cuando la criatura se separa completamente del vientre materno.

Para que se produzca el nacimiento del individuo de la especie humana se requiere que '*haya nacido vivo*', es decir, que una vez que se ha separado

completamente de su madre haya sobrevivido '*un momento siquiera*'. El nacido muerto, ya sea porque muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, como expresa el artículo 90 del Código Civil, se reputará no haber existido jamás. En otras palabras, el ser humano que nace muerto no alcanza a gozar de personalidad.

Para saber si un niño muerto alcanzó a vivir '*un momento siquiera*', se emplea, entre otras pruebas, la denominada '*docimasia pulmonar*' (Gr. '*dokimasia*', de '*dokimizein*', probar, ensayar, contrastar), la cual toma el nombre de '*hidrostática*' cuando se emplea agua a fin de sumergir en dicho líquido los pulmones de la criatura muerta y comprobar si alcanzó a respirar (cuando la respiración ha sido plena, los pulmones flotan en la superficie del agua debido a la presencia de aire dentro de sus alvéolos; si ha sido mediana, quedarán los pulmones intermedios entre el fondo y la superficie del líquido, y si las vísceras se hallan completamente libres de aire por no haberse respirado en absoluto, se hunden hasta el fondo del recipiente), o cuando el examen de los pulmones se hace a simple vista o utilizando aparatos apropiados (lentes, microscopio, etc.), caso en el cual se denomina '*óptica*'.

No siempre la Personalidad o existencia legal de una persona natural o física comienza con el nacimiento, pues hay casos, como el de los hijos '*póstumos*' (Lat. '*postumus*' nacido después de muerto el padre), en que el derecho reconoce la personalidad desde antes del nacimiento, a partir del momento de la concepción. Así, al tenor del artículo 93 del Código Civil, el hijo póstumo tiene derecho a heredar a su padre como si hubiese nacido antes de la muerte de éste. Lo único que se exige es que dicho hijo póstumo nazca con vida.

En lo concerniente a su integridad física, la ley protege también la vida de la criatura que está por nacer (art. 91, C.C.); castiga el aborto (arts. 122 y ss. C.P.); la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia de la imputada o acusada, cuando a ésta le faltaren dos (2) meses o menos para el parto o estuviese dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento (art. 314 C.P.P.); otorga beneficios a la mujer trabajadora en estado de embarazo o preñez, tales como el derecho a gozar de una licencia remunerada de ocho semanas en la época de alumbramiento, descanso remunerado durante la lactancia, no poderla despedir el patrono del trabajo por motivo de embarazo o lactancia, conservación del puesto a la parturienta, prohibición al patrono de emplear a la mujer embarazada en trabajos peligrosos, insalubres o que requieran grandes esfuerzos, etc. (arts. 236 y ss., C.S.T.).

En razón de lo anterior, es importante, en muchos casos, determinar el momento de la concepción que, no obstante ser un hecho oculto que escapa a la observación, está relacionada íntimamente con el momento del nacimiento que sí es un suceso conocido. Sabiéndose el momento del nacimiento se puede colegir de la concepción, pues, según el artículo 92 del Código Civil, se presume de derecho, es decir, que no admite prueba en contrario, “que la concepción, ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principió el día del nacimiento”.

Se anota que la expresión '*presunción de derecho*' a que se refiere el mencionado artículo 92 del C.C., fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, según Sentencia C-04 de enero de 1998, quedando la presunción establecida en esta norma simplemente '*legal*', es decir que sí admite prueba en contrario.

TERMINACIÓN DE LA PERSONALIDAD DEL SER HUMANO

La Personalidad o existencia legal del individuo termina con la cesación definitiva de sus funciones vitales, o sea la muerte. Es decir, con la ocurrencia de este fenómeno inevitable deja el '*hombre*' de ser sujeto de derechos y obligaciones. Tanto el ser humano muerto, como la criatura que nació sin vida, no son sujetos de derechos y obligaciones.

Pero hay casos en que la muerte del ser humano no coincide con el fin de su personalidad, ya sea porque ésta le sobrevive, como en la '*presunción de muerte por desaparecimiento*', o coincide o no con ella, como cuando se trata de los '*connorientes*'.

En efecto, cuando una persona física se ausenta de su domicilio, ignorándose su paradero (art. 96, C.C.) y sin saberse si realmente está muerta o aún vive, continúa existiendo jurídicamente hasta cuando el Juez correspondiente señale el día de su muerte '*presunta*', el cual, al tenor del numeral 6º del artículo 97 del Código Civil, será “el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias...”.

Es conveniente anotar que en Colombia, mientras el matrimonio católico no se disuelve por la '*presunción de muerte*' de uno de los cónyuges, el matrimonio civil, sí. Evidentemente, el artículo 1º de la Ley 1ª de 1976 textualmente dice:

“El artículo 152 del Código Civil quedará así:

“Artículo 152. El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado”.

Por otro aspecto, cuando dos o más personas naturales mueren en un mismo acontecimiento (V.gr. accidente aéreo, naufragio, incendio, batalla, etc.) y no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, presume la Ley (Presunción legal de '*conmoriencia*' que admite prueba en contrario) que todas han perecido simultáneamente, es decir, en un mismo momento (art. 95, C.C.).

PERSONA JURÍDICA

No solamente el ser humano es sujeto de derechos y obligaciones, pues hay también ciertas agrupaciones de individuos y ciertos patrimonios en determinada forma organizados, denominados '*personas jurídicas*' (algunos prefieren llamarlas '*personas morales*') que tienen una estructura orgánica y una personalidad jurídica propias completamente diferenciadas e independientes de la personalidad de cada uno de sus miembros componentes, y cuyos derechos, obligaciones y patrimonios son distintos y separados de los derechos, obligaciones y patrimonios de los hombres (personas naturales o físicas) que las forman. Por ejemplo, la República de Colombia, el Departamento de Cundinamarca, el Distrito Especial de Bogotá, el Municipio de Girardot, el Instituto de Crédito Territorial (I.C.T.), el Hospital de San José, el Banco de Bogotá, la Empresa de Cervecería Bavaria S.A., el Club Musical Colombiano ('*Camucol*'), la Fundación Universidad Central, etc.

NATURALEZA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Para explicar la naturaleza de las Personas Jurídicas que, como es obvio, no es igual a la de las personas naturales, se han formulado varias teorías las cuales se pueden resumir en las tres siguientes:

1. TEORÍA DE LA FICCIÓN. Según esta teoría, que constituye la clásica y que está consagrada en nuestra legislación¹⁴³, solamente los seres humanos, por ser los únicos capaces de '*voluntad*', pueden considerarse como '*personas*'. Por tanto, sólo en virtud de una ficción el Derecho considera a esos seres colectivos –incapaces de voluntad– como titulares de derechos y obligaciones, asimilándolos a las personas naturales.

El jurista Savigny, importante defensor de este punto de vista, afirmaba que al lado de las personas físicas o naturales aparecían otras creadas artificialmente, que eran meras '*ficciones*', es decir, que no pertenecían al mundo de las realidades sino que existían únicamente para fines jurídicos, pues su personalidad reposaba necesariamente sobre una ficción legal, a las

cuales denominaba personas jurídicas, y agregaba, que era necesario recurrir a la abstracción a fin de aislar el interés colectivo de los intereses particulares de los individuos asociados.

Este concepto de que la Persona Jurídica es una creación del Legislador, es decir, una ficción legal, inspiró el artículo 633 del Código Civil Colombiano, que a la letra reza:

“Se llama ‘persona jurídica’, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...”.

No está demás aclarar, ampliando el anterior concepto, que las Personas Jurídicas, no solamente actúan en el campo civil, pues ellas pueden ser capaces también de ejercer derechos y contraer obligaciones en las áreas del derecho mercantil, laboral, administrativo, etc., con la excepción de la órbita del Derecho Penal o Criminal, en la cual no pueden operar como sujetos activos. En efecto, ya lo ha dicho la Jurisprudencia: “Las entidades de derecho público: la nación, los departamentos y los municipios, y las personas jurídicas en general, no son capaces, como sí lo son las personas naturales, de cometer delitos que caen bajo la sanción del Código Penal”¹⁴⁴.

2. TEORÍA DEL PATRIMONIO PARA UN FIN. A la luz de esta teoría (cuyos principales representantes son Planiol, Bring, etc.), en la persona jurídica no hay sino un patrimonio común, sin sujeto, distinto del patrimonio de cada uno de los individuos que la componen; es decir, una propiedad colectiva distinta de la individual, perteneciente a un fin para el cual subsiste y constituye su razón de ser.

Tratando de esta teoría, expresa Pineda: “No hay –dice Bring– junto a las personas naturales una segunda especie de personas (las jurídicas), sino por el contrario, una segunda especie de patrimonio. La esencia del patrimonio consiste en tener o permanecer en una relación jurídica invisible entre bienes y personas. Pero esta relación o ligazón puede existir también entre fines y bienes, subrogándose la persona un cierto fin. Se concibe que el patrimonio pertenezca, no solo a alguno, sino también a alguna cosa. Por lo demás, del hecho de que el patrimonio carezca de dueño no se debe deducir que no es objeto de derecho, puesto que puede ser protegido por el orden jurídico del mismo modo que si perteneciese a alguien. Y la razón consiste en el fin para el cual subsiste el patrimonio. Se da entonces el caso de un patrimonio que no pertenece a nadie, pero pertenece a alguna cosa. Como no hay una persona a la cual pertenezca el patrimonio, y sin embargo debe haber alguna cosa a la cual pertenezca, pertenece a un fin: existe un patrimonio impersonal a favor de un fin”¹⁴⁵.

3. TEORÍA DE LA REALIDAD JURÍDICA. La Teoría de la Realidad Jurídica de la persona colectiva (defendida por Gierke, Josserand, etc.), considerada por muchos entendidos como la más científica, sostiene que la persona jurídica no es una creación de la ley (ficción legal) ni la pretendida propiedad colectiva sin sujeto (Patrimonio colectivo para un fin) sin las características peculiares de la propiedad, sino un hecho natural, un organismo supraindividual, la cual, aunque consistente en un ser abstracto, pertenece a la realidad de los hechos sociales. Su ser obedece a la existencia de intereses colectivos específicamente distintos a los intereses individuales de cada uno de los miembros que la componen. La persona jurídica, como ente colectivo, agregan sus defensores, es semejante a la persona natural ya que tiene una '*voluntad*' propia (fundamento de la personalidad) para realizar fines que no están al alcance del esfuerzo individual y que se deben delimitar perfectamente en sus '*estatutos*', según la dirección que quieran darle sus fundadores.

Al respecto el tratadista Bonnecase comenta: “Durante mucho tiempo se vio en la personalidad moral una pura ficción destinada a permitir artificialmente a los grupos aprovecharse de las ventajas de la personalidad física. Ahora bien, esto es un error. Si se hace una observación atenta y ante todo desprovista de prejuicios dogmáticos sobre el mundo social actual, se ve uno conducido inevitablemente a reconocer la realidad de las personas morales al lado de las personas físicas. En efecto, de todas partes surgen intereses colectivos que se caracterizan por una fisonomía claramente distinta de la de los intereses individuales, y esos intereses colectivos, por la misma razón que los individuales, no son menos una expresión cierta de aspiraciones humanas a la acción, en su infinita variedad; siempre con el mismo fundamento, exigen con insistencia la personificación”¹⁴⁶. A continuación el distinguido profesor francés resume la ‘teoría de la personalidad moral fundada sobre la idea de la realidad’, por medio de las siguientes proposiciones:

“*Primera Proposición:* La personalidad moral supone la existencia de un interés colectivo, por oposición a la personalidad física, que es la expresión del conjunto de los intereses inherentes a cada individuo y que se impone a la protección del derecho”.

“*Segunda Proposición:* La personalidad moral necesita la existencia de un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asociados o la utilización de los bienes comunes en la realización del fin que domina el interés colectivo que está en juego en cada caso”.

“Tercera Proposición: La personalidad moral implica, de parte de sus miembros o de sus beneficiarios, la conciencia real supuesta o impuesta, del interés colectivo en juego y del fin realizado o por realizar en función de este interés”.

“Cuarta Proposición: El reconocimiento de la personalidad moral se impone científica y razonablemente desde el momento en que una agrupación o una obra revisten una individualidad social suficientemente caracterizada”.

“Quinta Proposición: Unidad de la noción de persona moral y su identidad con la noción de sujeto de derecho, y, por tanto, existencia de un vínculo indisoluble entre la noción de persona moral y la noción de persona física”.

Ahora bien, por ser la Persona Jurídica un ente abstracto (no importa cuál sea su verdadera y auténtica naturaleza y la teoría más aceptable al respecto) no puede desempeñar su capacidad de ejercicio señalada por el Derecho, como sería obligarse, actuar judicialmente, etc. (siendo plena su capacidad de goce de acuerdo a su naturaleza), sino mediante un órgano (Representante legal) que es el que actúa en su nombre, el cual se refiere en definitiva a una o varias personas naturales. Los actos ejecutados por el ‘representante’ o ‘representantes’ (Presidente, Gobernador, Gerente, Administrador, Rector, Director, o como se les quiera denominar) de la Persona Jurídica se consideran ejecutados por ésta, siempre y cuando hayan sido realizados dentro de sus funciones respectivas señaladas en las normas pertinentes. Por ejemplo, el Presidente de la República de Colombia, el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, el Gerente de la Sociedad Agra Ltda., el Rector de la Fundación Universidad Central, etc., obligan a las entidades en cuyo nombre actúan siempre y cuando, como ya se dijo, obren dentro de sus correspondientes atribuciones, ya sean éstas constitucionales, legales, reglamentarias, estatutarias, etc.

DIVISIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas Jurídicas suelen dividirse en dos grandes categorías, así:

1. De derecho público, y
2. De derecho privado.

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO

Las Personas Jurídicas de Derecho Público, que constituyen la personificación de la Autoridad Social, emanan directamente del derecho positivo (Constitución, Ley, etc.), el cual determina sus atribuciones y

funciones y tienen como fin esencial la satisfacción de los '*servicios públicos*', entendiéndose por estos, en sentido amplio, todas las actividades estatales dirigidas a satisfacer las necesidades colectivas, de manera regular y continua, y de acuerdo con un régimen jurídico especial¹⁴⁷. Se consideran como servicios públicos, por ejemplo, los que se presten en cualquiera de las ramas del Poder Público; los de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones; los de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas, etc. (art. 430, C.S. de T.).

Las Personas Jurídicas de Derecho Público pueden subdividirse en dos clases, a saber:

- a) Corporaciones públicas administrativas, y
- b) Establecimientos públicos.

CORPORACIONES PÚBLICAS ADMINISTRATIVAS. Esta especie de Persona Jurídica de Derecho Público se refiere a aquellas entidades de '*existencia necesaria*' que poseen una base territorial determinada y, además de las funciones de policía, gozan de competencia general para organizar y poner en funcionamiento los servicios públicos, a fin de proveer a las necesidades de los habitantes de su circunscripción, para lo cual tienen asignado un conjunto de bienes. Son personas de esta clase el Estado (Nación), que forma la circunscripción administrativa más extensa y los departamentos que son categorías menores de administración, en cuyos territorios se encuentran a su vez administraciones locales que son los Municipios.

Sobre el particular, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, expresa:

"La nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas".

La Ley 2^a de 1976, por su parte, señala en el artículo 27, que son entidades de derecho público: "La Nación, los Departamentos, los Distritos Municipales, los Municipios y los organismos o dependencias de las ramas del poder público central o seccional".

ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. El Establecimiento Público es un servicio público especial personificado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio permanente adscrito a su actividad, separado, distinto e independiente de todo patrimonio general y cuya creación corresponde al legislador.

Las funciones del Establecimiento Público no van más allá del servicio especial asignado, como sí sucede a las Corporaciones Públicas Administrativas (Estado, Departamento, Distrito Capital y Municipio) que tienen que atender a la totalidad de las necesidades de su circunscripción, y, al contrario de lo que ocurre con dichas corporaciones, no tienen tampoco funciones de policía dentro de su respectivo territorio. Como ejemplos de establecimientos públicos se pueden señalar la Universidad Nacional de Colombia (UN), entidad creada por la Ley 68 de 1935 para prestar específicamente el servicio público de enseñanza superior; el Instituto Nacional de Transporte (INTRA), creado por el Decreto-Ley 770 de 1968, etc.

Refiriéndose a este tema, Castro M., se expresa así: “Un establecimiento público es un servicio público con personería jurídica y autonomía técnica, políticamente dependiente del Estado. Esta definición comprende las tres condiciones esenciales, que son: la supremacía del Estado para determinar lo relativo a la satisfacción de las necesidades generales mediante procedimientos que subordinan el interés individual al interés colectivo; la personería jurídica para administrar y disponer de un patrimonio según las conveniencias del servicio; y, por último, la autonomía técnica, que es la condición primordial para asegurar la eficacia del servicio así creado”¹⁴⁸. Sobre el mismo asunto el jurista Sarria comenta: “La entidad, creada por un acto legislativo con autonomía jurídica, administrativa y patrimonial, a cuyo cargo está una actividad o servicio público. El establecimiento público, en muchos casos es la misma entidad denominada instituto oficial o semioficial”.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Se anota a título de simple información que en 1968, en virtud de los Decretos 1050 y 3130 de ese año, se implantó en Colombia una reforma administrativa que unificó el régimen de los diversos organismos administrativos existentes y, entre otras disposiciones, estableció que las personas jurídicas del orden nacional conocidas en ese entonces con las expresiones ‘*instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales*’ se designarían con el nombre genérico de ‘*Entidades Descentralizadas*’, las cuales dividió en los tres tipos siguientes:

1. **Establecimientos públicos**, que “son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público, y que reúnen las siguientes características: a) Personería Jurídica; b) Autonomía Administrativa, y c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial” (art. 5º del Decreto 1050 de 1968).

2. Empresas industriales y comerciales del Estado, que “son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: a) Personería Jurídica; b) Autonomía Administrativa, y c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial” (art. 6º del Decreto 1050 de 1968).

3. Sociedades de economía mixta, que “son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social” (art. 9º del Decreto 1050 de 1968 y Título VII del Libro Segundo –arts. 461 a 468– del Código de Comercio).

PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

Las Personas Jurídicas de Derecho Privado son las que tienen origen en la iniciativa y actividad de las particulares (iniciativa privada) con las finalidades más o menos amplias de conformidad con lo que al respecto señale la ley.

“Toda persona jurídica –opina Valencia Z.– que no sea de derecho público es de derecho privado. Pueden, en consecuencia, definirse las personas jurídicas de derecho privado diciendo que son aquellas que se establecen mediante la iniciativa de los particulares (negocio jurídico), su funcionamiento se realiza mediante un patrimonio particular y son administradas por ‘órganos’ que no forman parte de la administración pública”¹⁴⁹.

Refiriéndose a esta clase de Personas Jurídicas, la Constitución Nacional, en su artículo 38 dispone lo siguiente:

“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

Como se infiere de la regla constitucional transcrita, en Colombia se garantiza el ‘derecho de asociación’, pudiéndose constituir asociaciones que puedan dedicarse a actividades de cualquier índole (cultural, espiritual, comercial, etc.), con la única limitación de que no atente contra la moral y el orden legal, bases fundamentales de la sociedad.

Las Personas Jurídicas de Derecho Privado, según la utilidad y finalidad que persigan, pueden subdividirse en dos clases, así:

- a) Asociaciones sin ánimo de lucro, y
- b) Sociedades con ánimo de lucro.

ASOCIACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO. Estas Personas Jurídicas de Derecho Privado se caracterizan porque el objeto principal que persiguen es el bienestar, ya sea físico, o intelectual, o social, o moral o espiritual de sus asociados. Estas asociaciones no tienen ningún fin de lucro, pues principalmente buscan o el mejoramiento cultural de sus miembros, o la defensa de los intereses profesionales gremiales, o la propagación de sus valores ideológicos, o la satisfacción de un servicio específico de utilidad común, o de beneficencia pública, o de interés colectivo o social, etc.

Según su finalidad y objeto específicos, las Asociaciones sin Ánimo de Lucro pueden clasificarse de la siguiente manera:

- 1. Corporaciones,
- 2. Fundaciones,
- 3. Sindicatos, y
- 4. Cooperativas.

Corporaciones. Esta especie de Asociación sin Ánimo de Lucro es un ente colectivo formado por la reunión de personas cuya finalidad es el bienestar de los asociados, ya sea físico, moral o intelectual y, obviamente, ajeno a todo interés pecuniario lucroso. Por ejemplo, el Club de Pesca '*La Trucha Dorada*', la '*Asociación Colombiana de Música*', el Club Deportivo '*Atlas*', etc.

Fundaciones. La Fundación o Institución de Utilidad Común es un conjunto de bienes dotados de personería jurídica y destinado a un fin especial de beneficencia o de educación pública. Por ejemplo, la Fundación Hospital San Carlos, la Fundación Universidad Central, etc.

Al respecto, el artículo 5º del Decreto 3130 de 1968, expresa:

“Son instituciones de Utilidad Común o Fundaciones las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores.

“Dichas instituciones, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas del derecho privado, y no están adscritas ni vinculadas a la Administración. La vigilancia e inspección que la Constitución autoriza continuará ejerciéndose por el Gobierno en los términos de la Ley 93 de 1938, y demás disposiciones pertinentes”.

Las Fundaciones, según opinión de Bonnecase, “son independientes de toda agrupación, y prácticamente se reducen a una obra caritativa, intelectual o de diversión, dotada de una organización material y agraciada con la personalidad, con el fin de facilitar su funcionamiento. Tal sería el caso de un hospital creado por una persona. No tiene en su base ninguna agrupación, y la obra se basta materialmente a sí misma y es independiente de sus futuros beneficiarios, los enfermos, que son en relación con ella un elemento externo”. Más adelante agrega este expositor: “El decano H. Berthélemy presenta en esta forma el problema: la fundación es la afectación perpetua de un fondo productivo de rentas, a la creación, sostenimiento, o acrecentamiento de un servicio determinado. Ejemplo una fundación de escuela, de asilo, de hospicio; o también una fundación de premio, de becas, de camas de hospital, etc. Toda fundación supone una liberalidad onerosa para quien la instituye”¹⁵⁰.

No obstante ser ambas instituciones sin finalidad lucrativa, no deben confundirse las Corporaciones con las Fundaciones, pues, mientras éstas constituyen simplemente un conjunto de bienes determinados (*'universitas bonorum o rerum'*) dotados de personería jurídica, destinados por acto irrevocable de su fundador y con carácter de perpetuidad o de duración indefinida, a fines de beneficio comunitario, aquellas están formadas por una reunión de individuos (*'universitas personarum'*) y su objeto es el bienestar (intelectual, recreativo, deportivo, etc.) de los mismos. “En suma, como dice la Jurisprudencia, en la Corporación hay asociación de personas, en la Fundación predestinación de bienes a fines sociales”¹⁵¹.

Sindicatos. Los Sindicatos son asociaciones que tienen como finalidad particular la defensa, en su aspecto moral y económico, de los intereses de sus afiliados, no pudiendo, por consiguiente, tener por objeto la explotación de negocios o actividades que persigan fines lucrativos. Por ejemplo, el Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Construcción, etc.

“El sindicato profesional, dice W. Linares, puede definirse como una asociación formada, sea entre patronos, sea entre obreros o empleados o entre trabajadores independientes o intelectuales, o entre patronos y obreros o empleados, que ejerzan una misma profesión o profesiones conexas, en orden a estudiar y defender sus intereses profesionales; por tanto, el sindicato constituye una forma de asociación cuya base es el vínculo profesional y cuyo objetivo es el interés profesional”¹⁵².

Refiriéndose a esta clase de entidades, el artículo 12 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), dispone:

“El Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga, en los términos prescritos por la Constitución Nacional y las Leyes”.

Asimismo, el artículo 353 del mencionado Estatuto Laboral (C.S.T.) establece:

“De acuerdo con el artículo 12, el Estado garantiza a los patronos, a los trabajadores y a todo el que ejerza una actividad independiente, el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, y a éstos el derecho de unirse o federarse entre sí...”.

Según los elementos que los constituyen, los Sindicatos pueden ser de ‘*patronos*’ o ‘*patronales*’, cuando están integrados por patronos o capitalistas; de ‘*obreros*’, los formados por trabajadores, y ‘*mixtos*’, los compuestos por patronos y trabajadores.

Los sindicatos de obreros o trabajadores, a su vez, según el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo, se clasifican así: a) De Base, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que presten sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución; b) De industrias, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial; c) Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y d) De Oficios Varios si están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas.

Cooperativas. Estas asociaciones sin ánimo de lucro, que tuvieron su origen en Rochdale (Inglaterra) a mediados del siglo XIX, son entidades de utilidad pública y de interés social y cuyo fin principal es dar a sus socios bienes y servicios a precios inferiores a los regulares del mercado. Las cooperativas pueden ser de consumo, de ahorro y crédito, de producción, de trabajo, de seguros, de construcción y vivienda, de producción y distribución de maquinaria agrícola, etc. Por ejemplo, la Cooperativa del Colegio Nacional de Abogados, Coopenalbos Ltda., etc.

Las sociedades cooperativas en Colombia están regidas por normas imperativas de carácter especial (Decreto 1598 de 1963, Decreto 2059 de 1968, Ley 24 de 1981, Ley 79 de 1988, Ley 454 de 1998, etc.) y cuya inspección, vigilancia permanente y control correspondió anteriormente al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, el cual, ahora, en virtud de la Ley 454 de 1998, se ha transformado en el denominado Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, cuya sigla es DANSOCIAL. Se anota que para efectos de esta ley, se denomina Economía Solidaria “al sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por

el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía” (art. 2º de Ley 454 de 1998).

“Es cooperativa, dice el art. 4º de la Ley 79 de 1988, la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Respecto a la naturaleza de las cooperativas, el artículo 5º de la mencionada Ley 79 de 1988, dispone:

“Toda cooperativa deberá reunir las siguientes características:

- “1. Que tanto el ingreso de los asociados como su retiro sean voluntarios;
- “2. Que el número de asociados sea variable e ilimitado;
- “3. Que funcione de conformidad con el principio de la participación democrática;
- “4. Que realice de modo permanente actividades de educación cooperativa;
- “5. Que se integre económica y socialmente al sector cooperativo;
- “6. Que garantice la igualdad de derechos y obligaciones de sus asociados sin consideración a sus aportes;
- “7. Que su patrimonio sea variable e ilimitado; no obstante, los estatutos establecerán un monto mínimo de aportes sociales no reducibles durante la existencia de la cooperativa;
- “8. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente;
- “9. Que tenga una duración indefinida en los estatutos, y
- “10. Que se promueva la integración con otras organizaciones de carácter popular que tengan por fin promover el desarrollo integral del hombre”.

Las cooperativas son entidades de responsabilidad limitada, pues la responsabilidad de los asociados se limita al valor de sus aportes.

En razón del desarrollo de sus actividades, las Cooperativas pueden ser de las siguientes clases:

A) Especializadas, cuando se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural;

B) Multiactivas, si se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica, y

C) Integrales, o sean aquellas que en desarrollo de su objeto social, realicen dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios (arts. 61 y ss., L. 79/88).

SOCIEDADES CON ÁNIMO DE LUCRO. Estas personas jurídicas, como su denominación lo indica, son las que constituyen los particulares para la realización de actos permitidos por la ley y con finalidad eminentemente lucrativa. Estos entes colectivos, cuyo origen siempre es una relación contractual, se caracterizan, al decir de Pineda, “porque tienen a su base una agrupación de personas físicas, cuyo fin y razón de ser no es otro que el de obtener un beneficio de orden pecuniario, un resultado de orden económico, que sólo aprovecha o perjudica a sus propios miembros o socios”¹⁵³.

Según la naturaleza del objeto a que están destinadas, las sociedades con ánimo de lucro, pueden clasificarse de la manera siguiente:

1. Sociedades civiles, y
2. Sociedades mercantiles.

Sociedades civiles. Se llaman así aquellas sociedades que persiguen fines de lucro y que se forman para ejecutar actos, operaciones y empresas civiles.

Sobre el particular, el Código Civil, en su artículo 2079, a la letra reza:

“La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

“La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Las Sociedades Civiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2087 del Código Civil y la Ley 124 de 1937, pueden ser de las siguientes clases:

a) *Colectivas*, que son aquellas en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo;

b) *En comandita*, o sean aquellas en que uno o más de los socios se obligan hasta la concurrencia de lo que hubieren aportado a la sociedad;

c) *Anónimas*, cuya reglamentación jurídica es la misma que la de las sociedades comerciales homónimas, son aquellas en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones, y no es conocida por la designación de individuo alguno, sino por el objeto a que la sociedad se destina, y

d) *De responsabilidad limitada*, que son aquellas en que la responsabilidad de los socios, como su nombre indica, queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique en la escritura social.

Sociedades comerciales. Son Comerciales aquellas sociedades con ánimo de lucro que se constituyen para ejecutar actos, operaciones y empresas mercantiles. Si la empresa social comprende un objeto mixto, es decir, actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será considerada comercial.

El Código de Comercio vigente (Decreto 410 de 1971), por su parte, siguiendo el criterio contractualista del Código Civil, al tratar de las Sociedades Comerciales, en su artículo 98, textualmente dice:

“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

De las anteriores definiciones se infiere que la ‘sociedad’ o ‘compañía’, ya sea Civil o Comercial, además de los elementos esenciales de todo contrato (Capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita), presupone, como ha dicho la Corte, la reunión de cinco elementos esenciales, así: 1) Un grupo de dos o más personas; 2) Un aporte de cada una de ellas; 3) La persecución de ganancias para dividirlas; 4) La participación de todos los asociados en los beneficios y su contribución en caso de insuceso en las pérdidas, y 5) La ‘*affectio societatis*’, de colaboración económica en el objeto materia de la sociedad¹⁵⁴.

En relación a este género de entes colectivos con ánimo de lucro, el Código de Comercio trata de las ‘sociedades regulares’, o sean las que se constituyen por escritura pública, las cuales clasifica así:

a) *Colectivas*, que son aquellas sociedades comerciales formadas por dos o más socios que responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales y cuya administración corresponde a todos y cada uno de ellos, quienes podrán delegarla en sus consocios o en extraños y la cual girará bajo una firma o razón social formada con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios seguido de las expresiones ‘y compañía’, ‘hermanos’, ‘e hijos’, u otras análogas, si no se incluyen los nombres completos o los apellidos de todos los socios (arts. 294 a 322 del C. de Co.). Por ejemplo, Pedro Pérez y Compañía, etc.

b) *En comandita*, o sean las que se forman siempre entre uno o más socios (gestores o colectivos) que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios (comanditarios) que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes y cuya administración está a cargo de los socios colectivos, quienes podrán

ejercerla directamente o por sus delegados y la cual girará bajo una razón social formada con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregaría la expresión '*y compañía*' o la abreviatura '& Cia.', seguida en todo caso de la indicación abreviada '*S en C*', si es simple o de las palabras '*Sociedad Comanditaria por Acciones*' o su abreviatura '*S.C.A.*', si es por acciones (arts. 323 a 352 del C. de Co.). Por ejemplo 'Pablo Parra y Compañía, S. en C.', etc.

Las Sociedades en Comandita se dividen así: 1) Simples, si el capital social se forma con los aportes (cuotas) de los socios comanditarios o con los de estos y los de los socios colectivos simultáneamente, y 2) Por acciones, cuando el capital de la sociedad está representado en títulos de igual valor (acciones). Esta especie de sociedad no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.

c) *De responsabilidad limitada*, que es la compañía formada por dos o más socios, sin exceder de veinticinco, que responden hasta el monto de sus aportes y a las prestaciones accesorias o garantías suplementarias, que a más de estos, se estipule en los estatutos y cuya representación y administración corresponde a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarlas en un gerente y la cual girará bajo una denominación o razón social, en ambos casos seguida de la palabra '*limitada*' o de su abreviatura '*Ltda.*'. El capital de la sociedad, que estará dividido en cuotas de igual valor, debe pagarse íntegramente al momento de su constitución (arts. 353 a 372 del C. de Co.). Por ejemplo, Libros Didácticos Ltda., etc.

d) *Anónima*, que es la formada por la reunión de un capital o fondo social, dividido en acciones (nominativas o al portador) de igual valor, suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, administrada por gestores temporales y revocables y con una denominación seguida de las palabras '*sociedad anónima*' o de las letras '*S.A.*'. Esta persona jurídica no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas y al conformarse deberá inscribirse no menos del cincuenta por ciento de capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba (arts. 373 a 460 del C. de Co.). Por ejemplo, la Empresa Editorial AGRA S.A., etc.

La dirección y administración de la Sociedad Anónima corresponde a los siguientes órganos: a) La Asamblea General, constituida por los accionistas reunidos con el *quórum* y en las condiciones estatutarias; b) La Junta Directiva, integrada por no menos de tres miembros elegidos por la Asamblea General para períodos determinados y por cuociente electoral, y c) Un representante

legal, por lo menos, designado por la Junta Directiva o la Asamblea General para períodos determinados, reelegible indefinidamente o removible en cualquier tiempo.

e) *De economía mixta*, que son aquellas sociedades, como ya se vio al tratar de las '*Entidades Descentralizadas*' (ver pág. 185), que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (arts. 461 a 468 del C. de Co.).

f) *Extranjeras*, que son aquellas compañías constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. Para que una entidad de esta clase pueda emprender negocios permanentes en Colombia requiere establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual ha de cumplir varios requisitos legales, tales como protocolizar en una notaría del lugar elegido como domicilio en el país, ciertos documentos (copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, etc.) y obtener permiso de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, para funcionar en el país. Estas sucursales estarán sometidas a la vigilancia del Estado colombiano, que la ejercerá a través de las Superintendencias atrás mencionadas (arts. 469 a 497 del C. de Co.).

El referido Código de Comercio regula también las '*Sociedades Irregulares*', que son aquellas que requiriendo un permiso de funcionamiento actuaren sin él; las '*Sociedades de Hecho*', o sean las que no se constituyen por escritura pública y las '*Cuentas en Participación*', que al tenor del artículo 507 del dicho Código, "Es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida".

Debe tenerse en cuenta que las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, se regirán por las normas que regulan a las compañías comerciales (art. 100 del C. de Co.).

Para concluir esta parte, pueden considerarse también como Personas Jurídicas de Derecho Privado, a las sociedades Masónicas, las Sociedades Ordinarias de Minas y las diversas Academias (de Jurisprudencia, de la Lengua, de Historia, etc.).

La anterior clasificación de las Personas Jurídicas (de Derecho Público y de Derecho Privado) ha sido objetada por algunos ilustres juristas, quienes proponen otras clasificaciones que la brevedad del presente curso nos obliga a omitir.

COMIENZO DE LA PERSONA JURÍDICA

La existencia de las Personas Jurídicas, según sea la clase de la institución de que se trate, no está referida a las mismas calidades y elementos. En efecto, mientras unas, como las entidades de Derecho Público (Nación, Departamentos, etc.), adquieren su existencia por creación de la Ley, las otras, las de Derecho Privado (Sociedades con ánimo de lucro, etc.), nacen a la vida jurídica mediante el lleno de algunos requisitos previamente establecidos por el legislador.

En relación a este tema, la Corte Suprema de Justicia expuso: “La calidad de persona jurídica se adquiere por creación legal o por reconocimiento administrativo, según sea la naturaleza de la asociación o entidad de que se trate. Las personas jurídicas de creación legal son las entidades de derecho público enumeradas en el artículo 80 de la Ley 153 de 1887. Las demás asociaciones, de carácter civil, comercial o gremial, adquieren la categoría de personas jurídicas, mediante ciertos requisitos, por reconocimiento del órgano ejecutivo”¹⁵⁵.

En lo concerniente a las Personas Jurídicas de Derecho Privado, no siempre ocurre su nacimiento de la misma manera ya se refiera a Corporaciones, Fundaciones, Sindicatos, Cooperativas o Sociedades con Ánimo de Lucro, pues cada uno de estos tipos o modalidades, tiene una forma específica de surgir a la vida del Derecho, no obstante que todas ellas requieren como presupuesto imprescindible la declaración de voluntad de los asociados, fundadores o socios.

Así tenemos que las Asociaciones sin ánimo de lucro son solemnes, pues para ingresar a la vida jurídica necesitan cumplir ciertos requisitos legales, tales como el ‘acta de constitución’ y aprobación (reconocimiento por la Administración como persona jurídica) de los Reglamentos o Estatutos originarios y sus reformas por parte del Estado. Aprobación o Reconocimiento de la Personería Jurídica que la Rama Ejecutiva del Poder Público concede a la entidad si su objetivo, organización y funcionamiento no son contrarios al orden público o a las buenas costumbres, como dispone el artículo 636 del C.C.

Ningún Sindicato, valga el ejemplo, puede actuar en Colombia como tal, mientras no tenga reconocida su ‘personería jurídica’ (debiera decirse ‘Personalidad Jurídica’), por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y previo el cumplimiento de los requisitos y tramitación señalados en los artículos 364 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, para que una Cooperativa, que es una Entidad de responsabilidad limitada constituida por documento privado, pueda entrar en

funcionamiento requiere el reconocimiento de su ‘personería jurídica’, por el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria (antes Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas –Dancoop–), para lo cual deben cumplirse algunos requisitos, tales como solicitud escrita de reconocimiento de personería jurídica por parte del representante legal de la cooperativa, acta de la Asamblea de Constitución, texto completo de los estatutos, constancia de pago de por lo menos el 25% de los aportes iniciales suscritos por los fundadores, etc. (art. 15 de Ley 79 de 1988).

En cuanto a lo que atañe a las Sociedades con fines de lucro, debe recordarse que éstas se dividen en dos clases (Civiles y Comerciales), cuyos objetos y regímenes legales son distintos.

Las Sociedades Mercantiles (Colectivas, Comanditarias, de Responsabilidad Limitada, Anónimas, sucursales de Sociedades Extranjeras, etc.) son esencialmente solemnes, pues han de someterse en su formación a determinados requisitos legales para nacer a la vida jurídica (escritura pública). La copia de la escritura social o de constitución de la sociedad comercial regular debe inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal; a veces debe registrarse también en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la misma jurisdicción, cuando ha habido aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, tal como lo dispone el artículo 111 del Código de Comercio.

El Contrato de Sociedad Comercial regular será ‘*ponible*’ a terceros, desde el momento en que la escritura social se hubiere registrado en la Cámara de Comercio correspondiente.

La Sociedad Comercial que no se constituya por escritura pública será ‘*de hecho*’, como ya se dijo, lo que determina que no sea considerada como persona jurídica.

Las Sociedades Civiles, por su parte y al contrario de lo que ocurre con las Mercantiles, no están sometidas todas en cuanto a su constitución a un patrón común, pues mientras unas (las de Nombre Colectivo y las En Comandita Simple) pueden constituirse por documento privado simplemente, las otras (las de Responsabilidad Limitada, las Anónimas, y las En Comandita por Acciones) son solemnes y deben sujetarse, por tanto a las mismas condiciones de las sociedades comerciales, es decir, deben constituirse, como ya se expresó, por escritura pública.

EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Las Personas Jurídicas por lo general tienen, como las Personas Naturales, una existencia limitada en el tiempo, con excepción de las de Derecho Público, cuya duración en muchos casos es prácticamente indefinida, como sucede, por ejemplo, con las Corporaciones Públicas Administrativas (la Nación, etc.). Pero si se trata de la otra categoría de Personas Jurídicas de Derecho Público, es decir, de los Establecimientos Públicos, éstos pueden extinguir su existencia legal, como ocurre a veces, de la misma manera como han sido creados, o sea por disposición legal.

En cuanto a las Personas Jurídicas de Derecho Privado, su existencia legal termina, es decir, se extingue su personalidad (perecen jurídicamente), en virtud de su '*disolución*' y su consiguiente '*liquidación*'.

La '*disolución*' de la Persona Jurídica puede estar referida a diversidad de causales, así: vencimiento del término estipulado, imposibilidad de desarrollar la empresa social, realización del objeto social, por reducción del número de socios señalados por la ley, por la declaración de quiebra, por mutuo acuerdo de los asociados, por decisión de la autoridad competente en los casos expresamente señalados por el Legislador, por muerte de alguno de los socios si no hubiere estipulación de que continuaría con uno o más de los herederos o con los socios supérstites, por incapacidad sobreviniente a alguno de los socios, por reducción del capital por debajo del cincuenta por ciento (50%) en los casos señalados por la ley, por las causales que se estipulen en el contrato, etc., cuando se trate de sociedades civiles o comerciales; o por resolución debidamente adoptada por la Asamblea General, por haberse reducido el número de socios a menos del establecido en la ley, por fusión o por incorporación en otras entidades similares, por incapacidad económica para cumplir el objeto social, por cualquier causa que haga imposible el cumplimiento de los fines sociales, etc., en el caso de las Cooperativas; o por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en los estatutos para este efecto, por acuerdo cuando menos de las dos terceras partes (2/3) de los miembros de la organización, por sentencia judicial, por reducción de los afiliados a un número inferior al señalado por la ley, etc. si la persona jurídica es un Sindicato; por la destrucción de los bienes destinados a su manutención cuando se refiera a las Fundaciones; etc. (arts. 652 y 2124 y ss., C.C.; arts. 218, 219, 333, 370, 457, etc., C. de Co.; art. 76 del Decreto 1598 de 1963; art. 401, C.S. del T., etc.).

Disuelta la Persona Jurídica se procede a su '*liquidación*', o sea la división y adjudicación de su haber social de acuerdo con la ley.

Para terminar esta parte, no sobra transcribir la siguiente consideración que al respecto hace la Corte Suprema de Justicia: "Por el hecho de la disolución no se extingue la personalidad de la sociedad, esta subsiste hasta el momento en que termine completamente su liquidación. Puédese afirmar sin hipérbole que este último es el período más importante de su vida jurídica, porque el hacinamiento completo del activo y su transformación en dinero es la consecuencia de todo lo realizado durante la actuación comercial o financiera de la sociedad..."¹⁵⁶.

Capítulo XIII

ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

CLASES DE ATRIBUTOS

La Personalidad implica una serie de cualidades o atributos que permite distinguir a cada persona de sus semejantes. Estos atributos son comunes tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, con las excepciones y limitaciones propias derivadas de la naturaleza de cada una de estas clases de personas, como es obvio.

Los Atributos de la Personalidad, generalmente aceptados, son los siguientes:

1. El nombre y apellido,
2. El domicilio,
3. La nacionalidad,
4. La capacidad,
5. El estado civil, y
6. El patrimonio.

DEL NOMBRE Y APELLIDO

El Nombre y Apellido que, al decir de A. Colin y H. Capitant, son la '*marca distintiva de la filiación*', hacen referencia al conjunto de vocablos que sirven para designar, identificar e individualizar a las personas naturales y revelar su situación en el medio familiar y social.

Gracias al Nombre y Apellido se destaca la personalidad de cada sujeto, se evita la posible confusión de las personas y se facilita la comunicación de éstas entre sí. Además es indudable que el derecho al Nombre y Apellido que tienen las personas constituye la más marcada manifestación de la necesidad de corroborar su propia personalidad e identificarla de las demás. Actualmente, en la mayoría de los países del mundo, el Nombre y el Apellido son objeto de tutela jurídica, por la cual se reconoce a toda persona el derecho de llevar

nombre completo, formado generalmente por el nombre propio o de '*pila*' y por el apellido o nombre de familia o estirpe.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el artículo 3º del Decreto-ley 1260 de 1970, establece:

"Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo.

"No se admitirán cambios, agregaciones o rectificaciones del nombre, sino en las circunstancias y con las formalidades señaladas en la ley. El Juez, en caso de homonimia, podrá tomar las medidas que estime pertinentes para evitar confusiones".

No siempre el Nombre y el Apellido se han utilizado juntos, como que en un principio y en los grupos sociales reducidos era suficiente el empleo del simple nombre (nombre propio o de '*pila*') para diferenciar a los miembros de la comunidad; nombre este que por lo general se escogía (y se sigue escogiendo en la actualidad) libremente. Pero el desarrollo de la agrupación social y el consiguiente aumento del número de sus miembros, obligó al empleo de un segundo nombre calificativo de las personas, naciendo así lo que hoy en día llamamos '*apellido*'.

En la creación originaria de los apellidos no siempre se siguió un mismo sistema. Así tenemos, por ejemplo, que los griegos solían añadir al nombre del padre al nombre propio; los romanos, por su parte, aplicaron un sistema anomástico consistente en que al nombre propio ('*praenomen*') agregaban el nombre de la estirpe, o sea la '*gens*' (conjunto de familia de un mismo origen), lo que constituía el '*nomen*', al cual añadían el '*cognomen*', que indicaba la rama de la '*gens*' a la cual pertenecía el sujeto. V.gr., Caius ('*praenomen*') Julius ('*nomen*') Caesar ('*cognomen*'). En épocas más recientes, muchos apellidos, como los llamados '*toponímicos*' (Gr. '*topos*', lugar y '*ónoma*', nombre), nacieron tomando denominaciones de lugares y accidentes geográficos, de naciones, provincias, ciudades, villas, etc. (Por ejemplo España, Francia, Colina, del Valle, Montes, Montaña, Bojacá, Madrid, Chía, Belalcázar, Ríos, del Mar, Mar, Vega, Isla, etc.); otros, los '*indicativos de actividades*', se crearon teniendo en cuenta la profesión u oficio que el sujeto ejercía o desempeñaba (V.gr., Herrero, Cantor, Zapatero, Molinero, Escribano, Trompetero, Sacristán, Verdugo, Botero, Sastre, Pescador, etc.); o en razón de '*peculiaridades físicas o psicológicas*' (defectos físicos, cualidades, virtudes, etc.) del individuo (por ejemplo Sordo, Valiente, Modesto, Calvo, Velludo, Delgado, Gordo, Largo, Feo, Feito, Amarillo, Rojo, Blanco, Colorado, Verde, Tranquilo, etc.); o se tuvo en cuenta la denominación de objetos inanimados o de seres animados ('*zoonímicos*')

(V.gr., Mesa, Tapia, Peña, Arenas, Plata, Acero, Puerta, Roca, Espejo, Naranjo, Clavel, Cangrejo, León, Palomo, Vaca, Toro, Pájaro, Conejo, Caimán, Delfín, etc.), o como los '*patronímicos*' (Gr. '*pater*': padre y '*ónoma*', nombre) derivados del nombre del progenitor, los cuales se formaron anteponiendo o agregando el término '*hijo*' al nombre del padre. Como sucedió en España, por ejemplo, en donde al nombre Gonzalo, del padre, se le añadió la partícula '*ez*' y se obtuvo '*González*', hijo de Gonzalo; así se obtuvieron Ramírez, de Ramiro; Rodríguez, de Rodrigo; Domínguez, de Domingo; Benítez, de Benito; Jiménez, de Jimeno; Sánchez, de Sancho; Hernández, de Hernando; Fernández, de Fernando; Bernández, de Bernardo, etc. Lo mismo ocurrió en Inglaterra con la palabra '*son*', en Irlanda con '*mac*', etc., que dieron lugar a apellidos como Williamson, MacArthur, etc. En Rusia, por su parte, ha imperado la costumbre de colocar el nombre del padre entre el nombre propio y el apellido.

Relativo a los Nombres existe la '*Onomástica*' (Gr. '*ónoma*', nombre y '*manteia*', adivinación), que es una rama de la Lingüística que estudia los nombres propios, ya sea que se trate de los geográficos ('*toponimia*') o los concernientes a las personas ('*antropónimia*').

Como la legislación colombiana no reglamenta el empleo del nombre de '*pila*', se aplican las normas que al respecto ha impuesto la costumbre. Así se tiene que de la voluntad o mejor el capricho de las personas (padres, parientes, amigos, vecinos influyentes, etc.) depende el nombre propio o de '*pila*' que se impone al individuo. El apellido, por su parte, tiene su fuente en la familia a la cual pertenece el sujeto y está regulado jurídicamente por varias disposiciones, entre ellas, el Decreto-Ley 1260 de 1970 y la Ley 5^a de 1975 principalmente. De lo anterior se puede inferir que el nombre de '*pila*' de una persona puede ser cambiado si ésta considera que el que actualmente lleva es irrisorio, denigrante, perjudicial, etc. Dicha variación, cambio o alteración en la inscripción correspondiente, se efectuará por el funcionario encargado del registro del estado civil con fundamento en autorización judicial y mediante el trámite legal señalado (art. 6º del Decreto 999 de 1988). En cambio, el apellido, por hacer referencia a la familia o estirpe, por lo general es inmodificable, con las excepciones legales por cambio de la situación jurídica del sujeto (por ejemplo, el hijo legitimado, etc.). Al respecto, el Decreto 999 de 1988, autoriza a las personas inscritas en el Registro Civil para cambiar de nombre, mediante escritura pública.

Para determinar el '*apellido*' de las personas se aplican en Colombia las siguientes reglas:

1. Los hijos legítimos y los legitimados llevan el apellido del padre seguido del de la madre;

2. Los hijos extramatrimoniales (así denomina la Ley 29 de 1982 a los que anteriormente eran llamados hijos '*naturales*'), es decir, los nacidos fuera del matrimonio y que han sido reconocidos por sus padres o con paternidad judicialmente declarada, pueden llevar el apellido de sus progenitores; cuando no han sido reconocidos o sin paternidad judicialmente declarada, se les asignará el apellido de sus madres;

3. El niño recién nacido expósito o que por otro motivo se ignore el apellido de sus padres, se le impondrá, por parte del funcionario encargado de llevar el registro del estado civil (Notario, Registrador Municipal del Estado Civil, Cónsul, etc.), un apellido usual en Colombia;

4. En lo que respecta a la mujer casada o viuda, el Decreto 1003 de 1939 que había dispuesto llevaran en los actos de la vida civil su nombre y apellido y el apellido de su marido precedido en la partícula '*de*' o '*viuda de*', fue totalmente derogado por el Decreto-ley 1260 de 1970, al señalar que el nombre y apellido de las personas sólo podían ser variados en virtud de decisión de juez competente en proceso de jurisdicción voluntaria. Desde entonces la mujer casada, así como también la viuda, la que hubiere contraído varios matrimonios y la divorciada, han quedado en la libertad de agregar o dejar el apellido del esposo precedido de la mencionada partícula '*de*' o '*viuda de*'.

Por consiguiente y de conformidad con la Resolución N° 2234 de 1987 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en adelante todas las cédulas de ciudadanía de las mujeres casadas aparecerán sólo con el nombre y apellidos con que figure en su registro civil de nacimiento, sin la partícula '*de*';

La mujer casada que actualmente tenga su cédula de ciudadanía con el mencionado '*de*', puede voluntariamente, mediante escrito dirigido al señor Registrador Nacional del Estado Civil, indicar que quiere utilizar sólo su nombre y apellidos de nacimiento, sin dicha partícula.

Ahora bien, si la mujer casada quiere utilizar el '*de*' seguido del apellido del esposo y que así aparezca en su cédula de ciudadanía, debe acudir a un Juez de la República para que mediante un proceso de jurisdicción voluntaria se le adicione a su nombre y apellidos de cuna.

Lo mismo puede aplicarse a las mujeres viudas respecto de la característica expresión '*viuda de*';

5. El adoptivo llevará como apellidos los del adoptante. En cuanto al nombre sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de 3

años, o consciente en ello o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio¹⁵⁷.

Se anota que el Código de Menor, en su art. 103, eliminó la figura de la adopción ‘simple’ a que se refería el anterior régimen legal (Ley 5^a de 1975), estableciendo, para todos los casos, una sola clase de adopción. La ‘plena’, llamada así, porque el adoptante y el adoptivo adquieran por ella, los mismos derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos legítimos.

Las personas *Jurídicas*, por su parte, tienen también un ‘*nombre*’ que les permite, como en el caso de las Personas Naturales, identificarse frente a terceros, como sujetos de derecho.

El Nombre de las Personas Jurídicas, de Derecho Público, es señalado en la misma norma que las ha creado; en las de Derecho Privado sin ánimo de lucro, su denominación es indicada en el acto mismo que las constituye, ya sea que se llame ‘*acta de constitución*’, o ‘*escritura constitutiva*’, o ‘*escritura social*’, etc. Por ejemplo, República de Colombia, Departamento de Cundinamarca, Distrito Especial de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, etc., de las primeras, y Club de Cacería Diana, Fundación AGRA, Sindicato de Trabajadores de Empresas AGRA, etc., de las segundas.

En las Sociedades con Ánimo de Lucro, más concretamente en las Sociedades Comerciales (Colectivas, Comanditarias, de Responsabilidad Limitada, Anónimas, etc.), el ‘*nombre*’ toma la denominación de ‘*razón social*’ o ‘*firma social*’ que tendrá una manera específica de formarse según sea la especie de compañía de que se trate, tal como se expuso al hablar de dichas personas jurídicas (Ver ‘*De las Sociedades con Ánimo de Lucro*’, págs. 191 y ss.).

Es muy importante que las sociedades atrás señaladas (Colectivas, en Comandita, etc.) giren bajo las denominaciones o razones sociales apropiadas, porque de lo contrario, en defensa de los intereses de terceros, los asociados o los administradores serán afectados con una mayor responsabilidad que las que les correspondería regularmente, ya sea presumiendo de derecho que es una sociedad colectiva cuando se trate de una Sociedad en Comandita por Acciones y no se hubiere agregado las expresiones o las abreviaturas señaladas por la ley, o respondiendo todos los asociados solidaria e ilimitadamente cuando se refiera a una sociedad de Responsabilidad Limitada y se hubiera omitido en los estatutos las expresiones o abreviaturas indicadas para este tipo de compañía en su razón social, o si se trata de una Sociedad Anónima, respondiendo sus administradores solidariamente de las operaciones sociales

que realicen, en el evento de que dicha persona jurídica se forme, se inscriba o se anuncie sin las especificaciones en su denominación prescritas en la ley.

DEL DOMICILIO

Toda persona está relacionada con un lugar determinado del país en donde habitualmente ejerce su profesión u oficio, suele vivir en forma continua, tiene el principal asiento de sus actividades, ha radicado sus principales intereses familiares y pecuniarios, en fin, en donde ha concentrado sus vinculaciones jurídicas; este lugar no es propiamente el '*domicilio*', que es un concepto de orden intelectual, pero sí constituye su objeto principal. De ahí que el '*Domicilio*' (Lat. '*domicilium*', de '*domus*', casa) se pueda definir como "el lazo o vínculo jurídico que une a una persona con un lugar determinado", lugar este que se identifica con una circunscripción territorial municipal.

Al respecto, el artículo 78 del Código Civil, expresa:

"El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su '*domicilio*' o '*vecindad*'".

No debe confundirse el '*domicilio*' con la '*residencia*', mucho menos con la '*habitación*', pues son conceptos distintos, como que el primero es una relación jurídica (relación de derecho) entre una persona y un lugar determinado cualquiera (Municipio); el segundo hace referencia a la casa donde vive una persona, es decir, es una noción de orden material (noción de hecho) y el último se refiere al sitio donde actualmente se aloja un sujeto de manera transitoria.

Es de suma importancia determinar el domicilio de una persona, pues él tiene la función de señalar dónde dicha persona debe pagar ciertos impuestos; servir de jurado de votación en las elecciones populares; intervenir como jurado de conciencia en las causas criminales; dar cumplimiento de sus obligaciones; ser demandada para satisfacción de sus deberes; es llamada a cumplir sus obligaciones militares; celebrarse el matrimonio (en el domicilio de la mujer); abrirse la sucesión del causante (en el último domicilio); tramitarse el proceso de adopción (Juez de Menores del domicilio del adoptante); etc.

CLASES DE DOMICILIO. El Domicilio, según el criterio más generalizado, puede ser de las siguientes clases:

1. **Legal.** El Domicilio Legal, llamado también '*de dependencia*' o de '*derecho*', es el que la ley impone directamente a ciertas personas en razón de su condición o estado civil.

Esta clase de domicilio, según la ley colombiana, se impone en los siguientes casos:

- a) Los hijos bajo patria potestad siguen el domicilio de los padres cuando estos la ejerzan conjuntamente, o el domicilio del padre que la ejerza, cuando falte el otro (art. 87, C.C. y arts. 1º y 24 del D. 2820 de 1974);
- b) El que vive bajo tutela o curatela sigue el domicilio de su tutor o curador (art. 88, C.C.);
- c) Los criados y dependientes tienen el domicilio de sus patronos cuando residan en su misma casa (art. 89, C.C.);
- d) El confinado o desterrado retiene el domicilio anterior mientras conserve en él su familia y el principal asiento de sus negocios (art. 81, C.C.)¹⁵⁸, y
- e) En cuanto a la mujer casada, el régimen del Código Civil (art. 87) la obligada a seguir el domicilio del marido. Pero esta situación anacrónica cambió gracias al Decreto 2820 de 1974 (art. 70) que derogó tal disposición. Ahora, los esposos tienen como domicilio conyugal el lugar donde viven de consumo, y, en su defecto, cada uno de ellos tiene su propio domicilio.

2. De origen. Se llama '*Domicilio de Origen*' a aquel que la persona tiene en el momento en que llega a ser capaz de escoger uno libremente como propio y que mantiene hasta el momento en que adquiera otro. Por lo general el Domicilio de Origen se determina por el '*de Dependencia*', pues al cesar éste sigue teniendo como domicilio '*de origen*' el mismo que la ley le había impuesto hasta ese día. Por ejemplo, el individuo bajo patria potestad tiene como domicilio '*de dependencia*' el de sus padres hasta el día en que es emancipado. A partir de ese momento tiene ese como '*domicilio de origen*', el cual continuará hasta tanto no se opere un cambio de acuerdo con la ley.

3. Voluntario. El Domicilio Voluntario, o '*de adquisición*', llamado también '*real*' o '*de escogencia*', es aquel que la persona puede optar libremente cuando adquiere la capacidad legal de tener uno que sea personal, es decir, propio,

Para determinar el '*Domicilio Voluntario*' se necesita la concurrencia de dos elementos: el uno de orden '*material*' (residencia en un lugar), y el otro, de naturaleza '*moral*' o '*psicológica*' (la intención de permanecer en dicho lugar). De conformidad con lo anterior, el artículo 76 del Código Civil, textualmente expresa:

“El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”.

En cuanto a los mencionados elementos, no hay duda respecto del primero ('*residencia en un lugar*') que por tratarse de un hecho perceptible por los sentidos, no es difícil probar su existencia; lo que no ocurre con el segundo elemento ('*ánimo de permanecer en un lugar*'), cuya naturaleza subjetiva impide establecer con facilidad. Para obviar las dudas que el elemento psicológico dicho pueda engendrar, el Código Civil, en relación al Domicilio, ha establecido las siguientes presunciones legales, es decir, que admiten prueba en contrario:

1. *Positivas.* Según esta clase, se presume el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar: a) Por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; b) Por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; c) Por otras circunstancias análogas, y d) Por manifestación expresa de dicho ánimo ante el respectivo Alcalde o Corregidor (arts. 80 y 82, C.C.).

2. *Negativas.* De conformidad con esta clase, no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio en un lugar; a) Por el sólo hecho de habitar un individuo, por algún tiempo casa propia o ajena en él, si se tiene en otra parte su hogar doméstico; b) Cuando por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante, y c) Por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior (arts. 79 y 81, C.C.).

Por lo demás, debe anotarse que cuando una persona no tiene domicilio en otra parte, se presume que el lugar en donde reside es su domicilio, pues, en estos casos, como dispone el artículo 84 del Código Civil, "la mera residencia hará las veces de domicilio civil".

4. *Contractual.* Se llama así aquel domicilio especial que las partes pueden señalar expresamente en una cláusula inserta en el texto de un contrato, para los actos y fines que dicha convención pudiera causar. Así, por ejemplo y como dispone el artículo 1645 del Código Civil, el pago debe hacerse en un lugar designado de común acuerdo por los contratantes. Esta clase de domicilio está contemplado en el artículo 85 del Código Civil, que a la letra dice:

"Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que tiene lugar el mismo contrato".

Es importante saber que al respecto de esta clase de domicilio, el numeral 5º del art. 23 del C.P.C., declara:

“De los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez del lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación de domicilio contractual se tendrá por no escrita”.

Para terminar esta parte, no sobra comentar que la legislación colombiana acoge el principio de la ‘*pluralidad del domicilio*’, es decir, reconoce la posibilidad de que las personas puedan tener más de un domicilio. En efecto, el artículo 83 del Código Civil dispone textualmente:

“Cuando ocurran en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene; pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, ella sola será para tales casos el domicilio civil del individuo”.

En lo concerniente a las Personas *Jurídicas*, éstas, como toda persona natural, tienen ‘*domicilio*’ también. Dicho ‘*domicilio*’ debe indicarse claramente en la norma o acto jurídico que da nacimiento a la persona jurídica.

Al respecto, el artículo 86 del Código Civil, expresa:

“El domicilio de los establecimientos, corporaciones y asociaciones reconocidas por la ley, es el lugar donde está situada su administración o dirección, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales”.

Cuando se trate de Sociedades con Ánimo de Lucro (Colectivas, Comanditarias, de Responsabilidad Limitada, Anónimas, etc.), el Domicilio de éstas debe estipularse en la escritura pública de constitución, así como también el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto constitutivo (art. 110 del C. de Co.).

DE LA NACIONALIDAD

Por el hecho de nacer o de convivir una persona en un medio social organizado, adquiere ciertos vínculos que engendran, por una parte, derechos en su favor, y, por otra, obligaciones para con los demás miembros del grupo y para con el mismo grupo político y jurídicamente organizado (Estado); es decir, que se crean derechos y obligaciones recíprocos entre el Estado y el individuo. De ahí que la ‘*Nacionalidad*’ pueda definirse como “un vínculo jurídico y político que une a una persona a un Estado determinado”.

El fundamento jurídico de la Nacionalidad se encuentra en la reglamentación legal que el Estado, en un acto de creación unilateral, expide al respecto en ejercicio de su soberanía y en defensa de sus derechos y teniendo en cuenta aquellos intereses aceptables de los individuos. El concepto de Nacionalidad se ha venido asentando tradicionalmente sobre los postulados

básicos siguientes: a) Toda persona debe tener Nacionalidad; b) La Nacionalidad no se impone, y c) Ningún individuo debe tener más de una nacionalidad. Sin embargo, la nueva Carta Constitucional Colombiana, rompe con este último principio por demás anacrónico, y acoge con gran acierto la llamada '*doble nacionalidad*' al establecer, en el artículo 96, que la calidad de nacional colombiano "No se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad", así como tampoco, los extranjeros que adquieran Carta de naturalización "no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción".

SISTEMAS PARA DETERMINAR LA NACIONALIDAD. Como el vínculo de la Nacionalidad implica, como ya se dijo, la existencia de derechos y obligaciones entre el Estado y cada uno de sus súbditos, es importante, por consiguiente, establecer claramente esa relación jurídico-política. Para el efecto, es decir, para determinar la Nacionalidad de una persona hay varios medios o sistemas fundamentales los cuales pueden resumirse en los siguientes:

1. Jus sanguinis. Según este sistema, la Nacionalidad se determina por los lazos de sangre que unen a los individuos con sus ascendientes, en tal forma, que los hijos tienen la nacionalidad de sus progenitores.

El sistema del '*jus sanguinis*' se denomina '*perfecto*' o '*doble*' cuando ambos padres son de una misma nacionalidad; y cuando ellos son de diferente nacionalidad, es decir, cuando el padre es nacional de un país y la madre de otro, se llama '*imperfecto*' o '*medio*'.

2. Jus soli. Por el sistema del '*Jus Soli*' la Nacionalidad de un individuo se determina por el territorio de su nacimiento; es decir, el sujeto es nacional del país en cuyo territorio haya nacido, sin consideración a la nacionalidad de sus padres.

3. Jus domicilii. Por el principio del '*Jus Domicilii*' o '*Animus mamendi*', la nacionalidad de una persona se determina por la nación donde ella fija su domicilio, es decir, donde se ha establecido en forma permanente y radicado sus principales intereses de familia y patrimoniales.

4. Privilegio legal. Según este sistema, un extranjero adquiere la nacionalidad por razón de haber ejecutado ciertos actos positivos señalados para el efecto por el Estado otorgante. Un país otorga la nacionalidad a una persona como un honor, como una recompensa por un acto considerado benéfico que ésta ha realizado.

5. Anexión territorial. Este principio consiste en otorgar la nacionalidad a los individuos pertenecientes a los territorios conquistados o anexados y que, por consiguiente, hubieren perdido su soberanía.

6. Adopción. Por el sistema de la '*adopción*', todo individuo que reúna las condiciones establecidas para el efecto por un Estado, puede solicitar y otorgársele la nacionalidad (Naturalización) de éste. Este sistema, por exigir entre otros requisitos un determinado lapso mínimo de permanencia del sujeto aspirante ('*animus mamendi*'), está íntimamente ligado con el ya relacionado principio de '*Jus Domicilii*'.

No sobra anotar, por otro aspecto, que cuando un individuo se encuentra sin nacionalidad, lo cual puede ocurrir cuando haya perdido la nacionalidad de origen y no hubiere adquirido otra, se dice que están en estado de '*apatria*'.

En lo concerniente a Colombia al respecto de la Nacionalidad, la Constitución Política adopta un sistema que puede considerarse '*mixto*', ya que combina el '*ius sanguinis*', el '*ius soli*', y el '*ius domicilii*', estableciendo además el '*privilegio legal*' en favor de ciertos extranjeros (brasileños e hispanoamericanos) y sin descartar obviamente la '*adopción*', tal como lo establece en su artículo 96, que textualmente dispone:

“Son nacionales colombianos:

“1. Por nacimiento:

“a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento;

“b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República.

“2. Por adopción:

“a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

“b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de la reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren;

“c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

“Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

“Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

El ser nacional colombiano, al tenor de lo anteriormente transrito, no siempre produce los mismos efectos jurídicos. Evidentemente, mientras los nacionales por '*nacimiento*' gozan de todos los derechos constitucionales, los nacionales por '*adopción*' tienen ciertas limitaciones que les impide ejercer algunos cargos y dignidades exclusivas para los que hayan nacido en el territorio del país. Por ejemplo, para ser Presidente de la República, Senador, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, miembro del Consejo Superior de la Judicatura, etc., no es suficiente ser nacional colombiano, sino que debe serlo por nacimiento (arts. 172, 191, 232 y 255, C.N.).

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. "Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en esta Constitución implica responsabilidades". Todo colombiano tiene la libertad de adoptar la nacionalidad que considere prudente. Pero el ejercicio de este derecho no exime a la persona para guardar lealtad y respeto por su patria de origen. De ahí que el colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, que actúe contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia, será juzgado y penado como traidor. Por la misma razón, los colombianos por adopción y los extranjeros domiciliados en Colombia, no podrán ser obligados a tomar las armas contra su país de origen, así como tampoco lo serán los colombianos nacionalizados en país extranjero, contra el país de su nueva nacionalidad (art. 97, C.N.).

La '*Nacionalidad*' de un individuo no es inmutable, pues puede perderse por renunciar y adquirirse '*carta de naturalización*' en otro país, fijando domicilio en el exterior. Asimismo, puede recobrarse la Nacionalidad de la forma establecida por las leyes colombianas al respecto.

A los colombianos mayores de 18 años se les confiere la calidad de '*ciudadanos*'. Calidad esta que es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para elegir y ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción (art. 99, C.N.).

La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que señale la ley. Las personas que hayan sido suspendidas en el ejercicio de la ciudadanía podrán solicitar su '*rehabilitación*' (art. 98, C.N.).

No debe olvidarse que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º del Plebiscito del 1º de diciembre de 1957, las mujeres tienen "los mismos derechos políticos que los varones".

Las Personas '*Jurídicas*', como las naturales, tienen también '*nacionalidad*', con las obligaciones y derechos inherentes a este atributo de la personalidad propios de su naturaleza. Por consiguiente, la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas colombianas, se determinará por la legislación nacional.

Las Sociedades Extranjeras, o sean las constituidas conforme a las leyes de otro país y con domicilio principal en el exterior, para que puedan emprender negocios permanentes en Colombia requieren establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deben cumplir con ciertos requisitos legales, tal como se expresó al tratar de esta clase de personas jurídicas con ánimo de lucro (Ver '*Sociedades Comerciales*', págs. 192 y ss.).

CLASES DE EXTRANJEROS. En lo que concierne a los '*extranjeros*', estos pueden ser de tres clases, así:

1. **Transeúntes**, o sean los que residen transitoriamente en Colombia y no tienen domicilio en ésta;
2. **Domiciliados**, o sean los extranjeros que residen en el país, con ánimo de permanecer en él, y
3. **Naturalizados**, que son aquellos que han obtenido carta de naturaleza en Colombia de acuerdo con la ley nacional.

SISTEMAS RESPECTO DE DERECHOS DE EXTRANJEROS. Ahora, en cuanto a los principios que deben regular los derechos de los extranjeros en un país, existen varios sistemas que pueden resumirse en los cuatro siguientes:

1. **De la limitación de derechos.** Según este sistema, los extranjeros deben disfrutar en general de los mismos derechos y garantías que se conceden a los nacionales, pero con ciertas limitaciones establecidas en la ley por razones de conveniencia nacional o de orden público.

Este sistema ha sido adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano, tal como aparece consignado en el artículo 100 de la Constitución Nacional, cuyo texto se transcribió al tratar de la '*Aplicabilidad de la Ley*' (Ver pág. 115).

2. **De la igualdad de derechos.** Este sistema consiste en que deben concederse a los extranjeros los mismos derechos que se otorguen a los nacionales, sin ninguna salvedad.

3. **De la reciprocidad legislativa.** Según este sistema, deben reconocerse normativamente al extranjero las mismas garantías y derechos que se reconocen a los nacionales por las leyes de la nación a la cual el extranjero pertenece.

4. De la reciprocidad diplomática. Para este sistema, los extranjeros deben gozar de los mismos derechos y prerrogativas que se reconozcan a los nacionales en los tratados públicos que se celebren con el país al cual los extranjeros pertenezcan.

DE LA CAPACIDAD

Jurídicamente, en el sentido más amplio se entiende por '*Capacidad*' a la aptitud de una persona para ser titular de derechos y la aptitud para ejercerlos.

De acuerdo con el anterior concepto, la Capacidad puede ser de dos clases, así:

1. Capacidad jurídica, y
2. Capacidad de obrar.

CAPACIDAD JURÍDICA. La aptitud para ser sujeto de derechos, es decir, la idoneidad para ser titular de ellos, se denomina '*Capacidad Jurídica*' o '*de Derecho*' (algunos juristas suelen llamarla '*Capacidad de Goce*'), la cual, en cuanto se trata de derechos civiles de carácter patrimonial, tiene toda persona, natural o jurídica, por el simple hecho de serlo, independiente de toda condición y sin que requiera algún grado especial de discernimiento. Esta clase de capacidad, cuya existencia es independiente del hecho de que el sujeto sea efectivamente titular de determinado derecho, implica la posibilidad abstracta y general de que aquellos derechos previstos en el ordenamiento jurídico, se radiquen en cabeza de una persona. Así se tiene que tanto los niños como los ancianos, los hombres como las mujeres, los cuerdos como los enajenados mentales, las personas físicas como las jurídicas, etc., puedan ser titulares, por ejemplo, de derechos reales (propiedad, etc.), de derechos sucesoriales, etc.

En el mismo sentido conceptúa Mariano Aramburo cuando dice que Capacidad Jurídica es "la facultad por la cual el hombre es sujeto de derechos".

CAPACIDAD DE OBRAR. La aptitud para el ejercicio de los derechos de que está investida una persona toma el nombre de '*Capacidad de Obrar*' o '*Capacidad de Ejercicio*' (o '*Capacidad Negocial*' como prefieren denominarla algunos estudiosos de las disciplinas jurídicas). Esta clase de Capacidad está subordinada a la existencia de cierta madurez del sujeto; es decir, que para que a una persona se le considere con '*capacidad de obrar*' respecto de ciertos derechos de los cuales es titular, debe estar dotada de voluntad plenamente desarrollada, reflexiva, con discernimiento.

La Capacidad Jurídica se diferencia de la Capacidad de Obrar, en que mientras aquella se refiere a la simple '*titularidad*' de los derechos, ésta hace relación al ejercicio de los mismos.

La Capacidad de Obrar implica, como ya se dijo, la existencia de cierto grado de reflexión, de normalidad psíquica, de madurez en el individuo, de tal suerte, que le permita cuidar de sí mismo y de sus intereses sin supeditación a la voluntad de otra persona.

A esta clase de Capacidad alude el Código Civil en su artículo 1502, cuyo texto reza:

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

El ordenamiento jurídico colombiano concede la plena capacidad de obrar, es decir, la capacidad legal, a las personas naturales que han alcanzado la mayoría de edad (actualmente 18 años), con excepción de los enfermos mentales, los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los disipadores.

Para algunos tratadistas, no es suficiente que una persona disponga de capacidad de goce y de ejercicio, sino que requiere, además, en cada acto jurídico concreto, que tenga '*legitimación*', o sea la idoneidad para realizarlo eficaz y válidamente. Por ejemplo, el propietario de un inmueble, con plena capacidad legal, tiene la aptitud, es decir, la '*legitimación*' para enajenarlo, pues solamente él como titular puede realizar con validez negocios jurídicos sobre tal bien raíz.

La '*legitimación*', dice al respecto Carmelutti, "es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto". La '*legitimación*' puede ser '*activa*' si se trata de la posibilidad concreta que tienen las personas para disponer de sus propios intereses (autonomía privada) dentro de las limitaciones legales, y '*pasiva*', cuando se refiere a la posibilidad de aceptar y recibir válidamente un derecho de acuerdo con la ley.

INCAPACIDAD. Por lo general toda persona física, por el simple hecho de serlo, tiene '*capacidad jurídica*', es decir, puede ser titular de toda clase de derechos (herenciales, patrimoniales, reales, inmateriales, de crédito, etc.), con excepción de unos pocos que, como los derechos políticos, únicamente pueden gozar los ciudadanos, o sean los colombianos (varones o mujeres) mayores de 18 años. Por lo consiguiente, los extranjeros, como ya se mencionó en su oportunidad, y los menores de esa edad no pueden elegir ni ser elegidos (Ver '*Nacionalidad*', págs. 207 y ss.). Asimismo, los condenados por delitos

quedan privados temporalmente de los derechos políticos de acuerdo con el derecho positivo (art. 44 C.P.) (Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas).

No es suficiente ser titular de derechos, es decir, tener '*capacidad jurídica*', es preciso poder ejercitar esos derechos, o sea, como tantas veces se ha dicho, tener '*capacidad de obrar*' o '*de ejercicio*'.

No siempre las personas que son titulares de derechos tienen la posibilidad jurídica de ejercitálos, pues hay circunstancias que, como la minoría de edad, las enfermedades mentales que alteren la voluntad, algunas deficiencias o limitaciones físicas como la sordomudez y cierto concepto absurdo y práctico imprudente de la economía como la dilapidación, les incapacita, absoluta o relativamente, para poder ejercer esos derechos cuya titularidad tienen. A estas personas que tienen capacidad jurídica o de goce y que, por consiguiente, pueden ser sujetos de relaciones jurídicas, pero que por una determinada causa legal no pueden ejercitar derechos, se les denomina genéricamente '*incapaces*'.

Al respecto, el artículo 1503 del Código Civil, señala:

"Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

De acuerdo con esta disposición, puede afirmarse entonces que la '*capacidad*' es la regla general y la '*incapacidad*', la excepción, es decir, que la ley presume (Presunción '*juris tantum*') o relativa que permite prueba en contrario) la capacidad para ejecutar un acto jurídico o celebrar un contrato, y si se alega '*incapacidad*' de uno de los contratantes o ejecutantes del dicho acto o contrato, debe demostrarse, probarse ese estado por parte de quien lo alega.

Los '*incapaces*', a la luz del artículo 1504 del Código Civil, pueden ser de dos clases, así:

1. Incapaces absolutos. Son absolutamente incapaces aquellas personas que por carecer del suficiente discernimiento no tienen idoneidad para cuidar de sí mismas y de sus propios intereses, por tanto sus actos "no producen ni obligaciones naturales, y no admiten caución"¹⁵⁹. Estos incapaces están privados por completo del ejercicio de todos los derechos; es decir, carecen en forma absoluta de capacidad de obrar. Los actos y contratos que efectúan las personas absolutamente incapaces están viciados de '*nulidad absoluta*', la cual puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin que haya petición de parte, es decir, oficiosamente, cuando aparezca de manifiesto en dicho acto o contrato (arts. 1744 y ss. del C.C.).

Los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, son absolutamente incapaces.

2. Incapaces relativos. Se consideran relativamente incapaces aquellos sujetos que tienen cierto principio de capacidad de obrar sin llegar a la plenitud de idoneidad de los capaces, en tal forma, que muchos de sus actos pueden tener valor jurídico “en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”. Los actos y contratos que realicen las personas relativamente incapaces están viciados de ‘*nulidad relativa*’, la cual únicamente a petición de parte puede ser declarada por el Juez. Las nulidades relativas no pueden alegarse sino por aquellos individuos en cuyo beneficio las han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y pueden sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes (art. 1743, C.C.). Los menores adultos, los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo y las personas jurídicas adolecen de incapacidad relativa.

Antes de la Ley 27 de 1977 (por la cual se fijó en el campo civil la mayoría de edad a los 18 años, unificándose así en dichos años la mayoría de edad prácticamente en las varias ramas del derecho), regía la edad de 21 años establecida al respecto por el Código Civil (art. 34). De acuerdo con el referido régimen, en buena hora derogado, las personas naturales, cuya edad en ese entonces estaba comprendida entre los 18 y 21 años, si lo solicitaban y un interés legítimo lo justificaba, podían mediante sentencia de Juez competente, obtener la así denominada ‘*habilitación de edad*’, la cual consistía en un privilegio que la ley concedía a esos menores, para que pudieran celebrar todos los actos y contraer las obligaciones que a la sazón eran capaces los mayores de 21 años, con ciertas excepciones que claramente había señalado el Legislador, tales como efectuar negocios dispositivos que recayeran sobre bienes raíces (V. gr., venta de inmuebles, hipotecas, etc.), ser tutores, curadores, etc. Ahora, con la mayoría de edad a los 18 años, gracias al nuevo estatuto, queda derogado tácitamente el Título XIX del Código Civil (arts. 339 a 345) que trata de la mencionada ‘*Habilitación de Edad*’.

No sobra agregar, por su parte, que los mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente, no propiamente en virtud de la precitada Ley 27 de 1977, sino porque así lo había dispuesto ya el Decreto 2820 de 1974 (art. 2º).

EDAD. En lo concerniente a la ‘*edad*’ de las personas naturales, siguiendo en cierta forma a la misma naturaleza humana que impone diversos grados de desarrollo psicofísico en el hombre y de conformidad con el artículo 34 del Código Civil y la Ley 27 de 1977, se distinguen dos grandes categorías, así:

1. Menores de edad. Los '*menores de edad*' o simplemente '*menores*' son las personas físicas que no han cumplido dieciocho (18) años. En esta minoría de edad se pueden distinguir los siguientes períodos:

a) *Infantes o niños*, o sean los menores de siete (7) años, sin distinción de sexo. Estos menores por carecer de discernimiento son absolutamente incapaces y los negocios que celebren son '*inexistentes*',

b) *Impúberes*, o sean los varones que no han cumplido catorce (14) años y las mujeres que no han alcanzado los doce (12) años de edad (es decir, los varones mayores de 7 años y menores de 14, y las mujeres mayores de 7 años y menores de 12). No obstante que los '*impúberes*' tienen cierto grado de discernimiento la ley los considera absolutamente incapaces y los negocios que efectúen quedan viciados de '*nulidad absoluta*'.

c) *Menores adultos*, o sean los varones mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) y las mujeres mayores de doce (12) años y menores también de dieciocho (18). (Es decir, los '*menores que han dejado de ser impúberes*'). Esta clase de menores por tener un mayor grado de madurez la ley los considera relativamente incapaces y los negocios que realicen en el campo jurídico quedan afectados de '*nulidad relativa*'.

2. Mayores de edad. Los '*mayores de edad*' o simplemente '*mayores*' son las personas naturales que han cumplido dieciocho (18) años. Las personas mayores de edad gozan de capacidad de obrar, como ya se vio, con la excepción de los enfermos mentales, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores que se hallen bajo interdicción judicial.

La obtención de la '*capacidad*' a los dieciocho (18) años opera plenamente no sólo en el campo del derecho civil, como atrás se anotó, sino también en otras órbitas jurídicas. Por ejemplo, en las áreas del Derecho Laboral, Comercial, etc.

En la esfera del Derecho del Trabajo o Laboral, únicamente tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo todas las personas físicas que hayan cumplido 18 años de edad. Los menores de esta edad necesitan autorización escrita de sus representantes legales, y, en su defecto, de la autorización de autoridades competentes (Inspector de Trabajo, o Alcalde o Inspector, o Corregidor de Policía del lugar donde deba cumplirse el contrato) (art. 30, C.S. del T.). La edad mínima de admisión al trabajo es de catorce (14) años.

En la órbita del Derecho Mercantil o Comercial, al tenor del artículo 12 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), para ejercer la industria del

comercio se requiere la '*capacidad legal*' o sea la general que establecía el Código Civil y que ahora instituye la Ley 27 de 1977, que es la que se adquiere, como ya se explicó en su oportunidad, cuando el sujeto llega a la mayoría de edad (18 años) y no ocurre ninguna de las circunstancias que hacen que una persona mayor de edad sea considerada '*incapaz*' (Demencia, sordomudez y disipación). Asimismo, los incapaces según las leyes comunes son incapaces para ejercer el comercio.

De conformidad con el régimen anterior a la Ley 27 de 1977, cuando la mayoría de edad en el campo civil se adquiría a los 21 años, los menores '*habilitados de edad*' podían ejercer libremente el comercio y enajenar o gravar, en desarrollo del mismo, toda clase de bienes, como si fueran entonces mayores de edad. Asimismo, al tenor de las disposiciones derogadas aludidas, los menores no habilitados de edad que habían cumplido 18 años y tenían '*peculio profesional*', podían ejercer también el comercio y obligarse en desarrollo del mismo hasta concurrencia de dicho peculio. Ahora, en virtud de las tantas veces mencionada Ley 27 de 1977, toda esa situación respecto de las personas que cumplan 18 años cambió fundamentalmente, pues al llegar a dicha edad adquieran la plena capacidad para actuar mercantilmente.

El '*peculio profesional*' o '*industrial*' de un menor, no sobra mencionarlo, está constituido por los bienes adquiridos por éste como fruto de su trabajo o industria (art. 291, C.C. y 26, Decreto 2820 de 1974).

Los menores adultos, por su parte, pueden con autorización de sus representantes legales, ocuparse en actividades mercantiles en nombre y por cuenta de otras personas y bajo la dirección y responsabilidad de éstas (art. 12, C. de Co.).

En el ámbito del derecho penal solamente los mayores de 18 años están sujetos al régimen general de penas contemplado en las normas respectivas (Código Penal, etc.). Los menores de dicha edad se consideran, para todos los efectos, penalmente inimputables y sometidos a jurisdicción y tratamiento especiales (Código del Menor, etc.). Al respecto el Código Penal en el artículo 33, dice que "Los menores de dieciocho (18) años estarán sujetos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil".

El menor infractor de 12 a 18 años deberá estar asistido durante el proceso por el defensor de familia y por su apoderado si lo tuviere. Los padres del menor podrán intervenir en el proceso.

Los jueces de menores y los promiscuos de familia conocerán en única instancia de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores

o partícipes los mayores de 12 años y menores de 18 años, con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad.

Las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los menores de 12 años serán de conocimiento de los defensores de familia, con la finalidad de ofrecerles la protección especial que su caso requiera y procurar su formación integral (arts. 165 y ss. del D.L. 2737 –Código del Menor–).

Los defensores de familia seguirán conociendo de las contravenciones en las que intervengan como autores o partícipes menores de 18 años, salvo la de hurto calificado que será de conocimiento de los jueces de menores y promiscuos de familia (art. 16, Ley 228 de 1995).

Si se ha establecido plenamente la infracción o el hecho que motivó la investigación, el Juez competente puede aplicar una o varias de las siguientes medidas: 1) Amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa; 2) Imposición de reglas de conducta; 3) Libertad asistida; 4) Ubicación institucional y 5) Cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor. Se procurará que estas medidas, que podrán ser ejecutadas directamente por el juez o por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), se cumplan, en cuanto fuere posible, en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor, y con carácter eminentemente pedagógico y de protección. Además, dichas medidas no tienen carácter definitivo, ya que pueden ser modificadas, suspendidas, dejadas sin efecto o revocadas por el juez, de oficio o a instancia del defensor de familia, de su apoderado, de sus padres o del director del centro donde se encuentre el menor, si es el caso (arts. 204 y 216 del C. del Menor).

En cuanto a las *Personas Jurídicas*, ya se sabe que pueden, como las personas naturales, ser titulares de derechos y obligaciones, es decir, tener capacidad Jurídica o de Goce, con las excepciones propias determinadas por su naturaleza. Así se tiene que estos entes no pueden ser titulares de derechos familiares, ni políticos, ni algunos derechos personales que, como el derecho a la vida, a la integridad física, etc., son exclusivos de las personas naturales. Tampoco pueden celebrar el contrato laboral en calidad de '*trabajadores*' pues uno de los elementos esenciales de dicho contrato lo constituye '*la actividad personal del trabajador*' (art. 23, C.S.T.), y solamente la persona física puede realizar actividades por sí misma.

Por otro aspecto, como ya se comentó anteriormente, las Personas Jurídicas en general, no son capaces, como sí lo son las personas naturales,

de cometer delitos e incurrir en culpas que caen bajo el imperio de las normas punitivas correspondientes (Ver '*Personas Jurídicas*', págs. 180 y ss.).

En lo referente a la Capacidad de Ejercicio o Capacidad de Obrar, las Personas Jurídicas, como ya se anotó en su oportunidad también, están asimiladas a las personas relativamente incapaces.

REPRESENTACIÓN DE LOS INCAPACES. La Incapacidad de Obrar que impide al afectado por ella ejercer por sí mismo sus derechos, no significa en modo alguno que el '*incapaz*' esté jurídicamente indefenso, desprotegido, pues existen instituciones que, como la '*Patria Potestad*', la '*Tutela*' y la '*Curatela*', amparan al incapaz completando su capacidad según las circunstancias.

La representación de los incapaces tiene su fuente y limitaciones en la misma ley que la organiza. "En la representación de los incapaces –comenta al respecto Pérez Vives– la sustitución de la voluntad de estos, que por defecto de su facultad de obrar no pueden expresarse directamente de modo válido, se verifica por disposición de la ley"¹⁶⁰. Como el incapaz está impedido, para su defensa, de ejercer personalmente sus derechos, la ley permite que los derechos de que éste sea titular sean ejercidos por otra persona que sí es plenamente capaz de ejercer los suyos. Esta persona se denomina '*representante legal*' y '*representación legal*' a esta clase de representación. Por ejemplo, el padre y la madre, quienes ejercerán conjuntamente la Patria Potestad sobre sus hijos menores de edad, serán los representantes legales de estos y si faltare uno de ellos, la representación será ejercida por el otro; los tutores y los curadores son los representantes legales de sus pupilos (menores de 18 años no sometidos a patria potestad, dementes, disipadores y sordomudos que no pudieren darse a entender por escrito) sobre quienes ejercieren la guarda¹⁶¹, las personas jurídicas tienen como representantes las personas que autoricen las leyes, reglamentos o estatutos correspondientes¹⁶², etc.

Según lo enunciado, para efecto de la representación de los incapaces, la ley ha establecido las siguientes instituciones:

1. **La patria potestad.** Para facilitar el cumplimiento de los deberes que su calidad de padres les impone, la Ley reconoce a estos sobre sus hijos no emancipados (hijos de familia) un conjunto de derechos que constituyen la '*Patria Potestad*' (art. 19, Ley 75 de 1968), la cual, como ya se citó, será ejercida conjuntamente por sus padres (autoridad compartida), y si faltare uno de ellos (por muerte, ausencia, inhabilidad, etc.), será ejercida por el otro (arts. 39 y 40, D. 2820 de 1974).

En ejercicio de la Patria Potestad respecto de sus hijos menores, los padres tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos, sancionarlos moderadamente, dirigir su educación y formación moral e intelectual, administrar sus bienes sobre los cuales la ley concede el usufructo, celebrar contratos en su nombre en los casos permitidos por la ley y, en general, representarlos legalmente en el ejercicio de sus derechos (arts. 21 y ss., D. 2820 de 1974).

Se advierte que el padre y la madre gozan por iguales partes y hasta la emancipación del hijo de familia, del usufructo de los bienes de éste, con excepción de los que forman su peculio profesional o industrial, de los adquiridos a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto expresamente la exclusión de los padres, y los de las herencias y legados que hayan pasado al hijo por indignidad o desheredamiento de los padres. Los bienes del menor sobre los cuales los titulares de la Patria Potestad tienen el usufructo legal, forman el '*peculio adventicio ordinario*' del hijo y aquellos sobre los cuales ninguno de los padres tiene el usufructo, forman el '*peculio adventicio extraordinario*' (art. 26, D. 2820 de 1974).

La Patria Potestad se extiende a todo lo largo de la vida del menor hasta cuando ocurre un hecho que le pone fin, o sea la '*emancipación*'.

La emancipación. La Emancipación, o sea el hecho jurídico por el cual una persona sale del ámbito de la Patria Potestad, puede ser de las siguientes clases:

a) *Legal.* La Emancipación Legal ocurre cuando sucede una circunstancia señalada en la Ley. Por ejemplo la muerte real o presunta de los padres, el matrimonio del hijo, haber llegado el hijo a la mayor edad y por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido (art. 9º, D. 772 de 1975).

b) *Voluntaria.* Esta ocurre cuando los padres voluntariamente y por instrumento público, declaran emancipar al hijo adulto y este consiente en ello. Esta emancipación voluntaria requiere la autorización del Juez con conocimiento de causa para que tenga valor jurídico (art. 43, D. 2820 de 1974).

c) *Judicial.* Esta clase de emancipación es la que se efectúa por decreto del Juez, cuando los padres que ejerzan la Patria Potestad incurran en algunas de las siguientes causales: maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; haber abandonado al hijo; depravación que los incapacite de ejercer la Patria Potestad o por haber sido los padres condenados a pena privativa de la libertad superior a un año (arts. 45, D. 2820 de 1974 y 10, D. 772 de 1975).

2. La tutoría. Esta institución ha sido creada para proteger al impúber que no se halla bajo la Patria Potestad, para administrar sus bienes, salvaguardiar sus derechos y darle la protección debida. La Tutoría es ejercida por el '*tutor*' (Lat. '*tutor*', protector, guardián) quien representa legalmente al '*pupilo*' impúber en el ejercicio de todos sus derechos.

3. La curaduría. La Curaduría está instituida para proteger a los menores adultos, a los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho (interdicción o prohibición) de administrar sus bienes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. La Curaduría es ejercida por el '*curador*' (Lat. '*curador*', que cuida) quien protege al incapaz y lo representa legalmente.

Refiriéndose a lo anterior, el artículo 428 del Código Civil, expresa textualmente:

"Las '*tutelas*' y las '*curadurías*' o '*curatelas*' son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido¹⁶³, que pueda darles la protección debida.

"Las personas que ejercen estos cargos se llaman '*tutores*' o '*curadores*', y generalmente '*guardadores*'".

En resumen, la '*guarda*' (Tutela o Curatela) es una institución creada específicamente para protección de las personas incapaces.

Las Tutelas o Curatelas pueden ser de las siguientes especies:

- a) *Testamentarias*, o sean las que se constituyen por acto testamentario;
- b) *Legítimas*, que son las que se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo, y
- c) *Dativas*, o sean las tutelas o curatelas que confiere el Juez.

En tratándose de las Personas Jurídicas éstas, como ya se expresó en su oportunidad, son relativamente incapaces, necesitando, por consiguiente, de un '*representante legal*' que complete su capacidad. Este '*representante legal*' debe ser necesariamente una persona natural o física que goce de plena capacidad, como es obvio.

Es evidente que la '*incapacidad*' de que adolecen las Personas Jurídicas no es de la misma índole que la de las personas naturales, como que aquéllas, por su estructuración y naturaleza, requieren siempre de una persona física que cumpla la función de representarlas legalmente (llámese Presidente, Administrador, Gerente, Director, etc.); lo que no ocurre con las personas naturales, pues muchas de éstas pueden salir de esa incapacidad y obtener su plena aptitud para ejercer derechos mediante negocios jurídicos. Por ejemplo,

el individuo menor de edad sale de su incapacidad cuando cumpla 18 años, es decir, al llegar a la mayoría de edad, etc. Las Personas Jurídicas, en cambio, nunca podrán salir de su incapacidad como se advierte fácilmente.

Algunos juristas modernos no están de acuerdo con la tesis clásica de la incapacidad de obrar de las personas jurídicas, pues, afirman, que éstas son entes plenamente capaces de ejercer derechos de que, según su naturaleza, pueden ser titulares. Que así como las personas naturales o físicas requieren de 'órganos' (por ejemplo el cerebro, etc.) para exteriorizar su capacidad de ejercicio o capacidad '*negocial*', las personas jurídicas mediante sus respectivos 'órganos' (por ejemplo la Asamblea General, la Junta Directiva, el Gerente, etc.) expresan su voluntad. Claro está, y no hay que hacer mucho esfuerzo para comprenderlo, que la naturaleza, estructura y organización de esos 'órganos' no son iguales en estas dos categorías de personas.

LA REPRESENTACIÓN. Se entiende por '*Representación*', la facultad que, por ley o por convención, tiene una persona para celebrar negocios jurídicos en nombre de otra, produciendo efectos de derecho respecto del representado como si él hubiera celebrado el negocio personalmente. Este fenómeno jurídico está contemplado en el artículo 1505 del Código Civil, que dispone:

"Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo".

Como se puede apreciar, no solamente el incapaz necesita de la '*representación*' para actuar en el campo del derecho, pues la persona natural plenamente capaz requiere también en algunas circunstancias (enfermedad, ausencia, múltiples ocupaciones, etc.) acudir a otra persona mediante '*apoderamiento*', para que ésta ejecute en su nombre un acto jurídico.

Según su origen, la Representación puede ser de tres clases, así:

1. Legal, o sea aquella que tiene su fuente en la ley. Por ejemplo, la relativa a los incapaces que se acaba de comentar (Patria Potestad, Guarda, etc.).

2. Voluntaria, o sea la que una persona voluntariamente confiere a otra (apoderado) para que actúe en su nombre en un caso cualquiera sin que exista mandato. Por ejemplo, cuando Pedro otorga poder a Juan para que lo represente en la compra de un inmueble, etc.

3. Judicial, que es la representación conferida por el Juez en los casos legalmente permitidos. Por ejemplo, el '*curador ad litem*', etc.

DEL ESTADO CIVIL

Constituye el Estado Civil una serie de calidades jurídicas que relacionan la persona con el sexo (varón o mujer), la edad (mayor o menor), la familia de procedencia (hijo legítimo, extramatrimonial y adoptivo), la familia que forma (soltero o casado), la existencia (vivo o muerto), etc., que sirven para individualizarla e identificarla con mayor precisión, es decir, conforma la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones.

Conforme con el anterior concepto, el artículo 1º del '*Estatuto del Registro Civil de las Personas*' (Decreto 1260 de 1970), expresa:

"El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley".

Toda persona tiene un estado civil como que ella necesariamente o está viva o ha muerto, o es varón o es mujer, o es mayor de edad o es menor, o es soltera o casada o viuda, o es hijo legítimo o extramatrimonial, etc.

El Estado Civil de las personas está fuera del comercio, pues la filiación y la sangre no pueden ser objeto de negocios jurídicos. Asimismo el Estado Civil se caracteriza por ser intransmisible, intransferible, intransigible, irrenunciable e imprescriptible, además de ser uno e indivisible, no obstante que algunas calidades puedan variar. Por ejemplo, el individuo soltero puede adquirir la calidad de casado, el hijo extramatrimonial puede ser legitimado, en casos excepcionales por cierto la persona puede cambiar de sexo, etc.

Por otro aspecto, el estado civil de las personas "deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos", como señala el artículo 2º del Estatuto del Registro del Estado Civil mencionado. De lo anterior se infiere que aunque la persona no puede variar voluntariamente su estado ya que éste está fijado previamente por la ley, sí puede efectuar algunos actos que tienen por efecto, en ciertos casos, producir cambios o modificaciones del mismo. Por ejemplo, el matrimonio, etc.

Los hechos y los actos relativos al Estado Civil de las personas, según dispone el artículo 5º del citado Estatuto, deben ser inscritos en el Competente Registro Civil, especialmente los nacimientos, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, legitimaciones, adopciones, alteraciones de la patria potestad, emancipaciones, matrimonios, capitulaciones matrimoniales, interdicciones judiciales, discernimientos de guarda, rehabilitaciones, nulidades de matrimonio, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes,

cambios de nombre, declaraciones de seudónimos, manifestaciones de avecindamiento, declaraciones de ausencia, defunciones y declaraciones de presunción de muerte, etc. y en general, las declaraciones judiciales y administrativas que afecten el estado civil o la capacidad de las personas deben también inscribirse.

De acuerdo con la legislación vigente, la inscripción del nacimiento de una persona deberá hacerse ante el funcionario competente, dentro del mes siguiente a su ocurrencia; así mismo, los matrimonios que se celebren dentro del país deben inscribirse a más tardar treinta (30) días después de su celebración. El denuncio de las defunciones, por su parte, deberá formularse dentro de los dos (2) días siguientes al momento en que se tuvo la noticia del hecho, en la Oficina del Registro del Estado Civil correspondiente al lugar donde ocurrió el fallecimiento o se encontró el cadáver (arts. 48, 67 y 73 Decreto 1260 de 1970).

Los Notarios, y en los Municipios que no sean sede de Notaría, los Registradores Municipales del Estado Civil, o en su defecto, los Alcaldes Municipales (en casos excepcionales los delegados de los Registradores Municipales del Estado Civil o los Corregidores o los Inspectores de Policía), son los encargados de llevar el Registro del Estado Civil de las personas dentro del territorio nacional. En el exterior, los funcionarios consulares de la República deben llevar dicho registro (art. 10, Decreto 2158 de 1970).

Al respecto de lo anterior, se anota que últimamente ha habido un cambio importante, pues la Ley 96 de 1985 (art. 60) dispuso que la Registraduría del Estado Civil sería la única encargada de llevar en Colombia el registro civil de las personas, función que asumiría gradualmente esa dependencia a partir de 1987. En desarrollo de este cambio, varios Registradores Municipales del Estado Civil, especialmente de Cundinamarca, han asumido ya la realización de los trámites pertinentes.

Es importante tener en cuenta que las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, '*no podrán ser alteradas sino en virtud de decisión judicial*', y excepcionalmente, por disposición de los interesados o de la oficina central, en los casos expresamente señalados en la ley (art. 89, Decreto 1260 de 1970).

Las actas, partidas o folios de registro del estado civil únicamente pueden probarse mediante las copias y certificados de los mismos que expidan en legal forma los funcionarios encargados de llevar el Registro Civil de las Personas (Notarios, Registradores Municipales del Estado Civil, Cónsules, etc.), siempre y cuando se trate de los hechos y actos relacionados con dicho

estado civil, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, es decir, a partir del 15 de julio de dicho año¹⁶⁴.

Para terminar esta parte, se anota que la inscripción de los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas en el competente registro del Estado Civil es gratuito.

DEL PATRIMONIO

El Patrimonio, como atributo de la personalidad, suele definirse como “el conjunto de valores pecuniarios positivos o negativos, pertenecientes a una misma persona”.

Desde el punto de vista económico, se entiende por Patrimonio la totalidad de los derechos apreciables en dinero que posea una persona, deducido el monto de sus deudas. Es decir, el patrimonio (líquido) es la diferencia entre el activo y el pasivo.

El Patrimonio se caracteriza por ser un concepto de orden esencialmente pecuniario, cuya noción supone la existencia de un ‘activo’ (bienes y derechos) y un ‘pasivo’ (obligaciones, deudas, cargas, etc.). De ahí que aquellos derechos sin significación monetaria, como los extrapatrimoniales (Derechos de familia, políticos, etc.), no pueden ser objeto de negociaciones jurídicas.

Sin embargo, expresa al respecto la Enciclopedia Monitor, conviene destacar que el patrimonio en sentido jurídico es un conjunto de derechos (o, en su caso, de obligaciones) y no de bienes, es decir, que los bienes u objetos sobre los que recaen los derechos se toman en consideración desde el punto de vista jurídico y no económico”.

El Patrimonio constituye un conjunto de relaciones jurídicas de contenido pecuniario que integra una universalidad de derecho (*'universum jus'*), abstracta e independiente y distinta de los valores (bienes, deudas, etc.) que lo componen, pudiendo existir sin ellos. Por ejemplo, hay personas que no tienen ninguna clase de bienes y no obstante tienen un patrimonio.

Únicamente las personas (naturales y jurídicas) pueden tener un Patrimonio y, de acuerdo con el principio de la ‘*unidad patrimonial*’, necesariamente un solo patrimonio. No pueden existir, por consiguiente, personas sin patrimonio o con más de un patrimonio.

Algunos tratadistas consideran que el referido principio de la ‘*unidad patrimonial*’ no es de carácter absoluto, pues, arguyen, a veces ocurre que una misma persona puede tener varios patrimonios, distintos entre sí y separados unos de otros con relativa independencia. Por ejemplo, en el caso

de la herencia aceptada con '*beneficio de inventario*' el heredero aceptante no responde de las deudas del causante con sus propios bienes, sino hasta concurrencia del valor del total de los bienes heredados (art. 1304, C.C.); así mismo en el denominado '*beneficio de separación*', por el cual los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del heredero con los bienes del difunto y que de los bienes de éste se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias, con preferencia a las deudas propias del heredero (art. 1435, C.C.); igualmente sucede con los bienes que forman parte de un fideicomiso, entendiéndose por éste, es decir por '*fideicomiso*' (Lat. '*fides*', fe y '*comissus*', confiado) la constitución de la '*'propiedad fiduciaria*', o sea aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición (arts. 794 y ss., C.C. y 1226 y ss., C. de Co.).

El Patrimonio, además de indivisible, por ser una universalidad de derecho es inalienable también; por tanto, como ocurre con los otros atributos de la personalidad y con esta misma, no puede el Patrimonio ser objeto de forma alguna de enajenación (Venta, cesión, etc.).

“El Patrimonio –comenta Pineda sobre el particular– constituye un todo, y un todo de naturaleza jurídica; es una universalidad jurídica independiente de los elementos que la componen y difiere de las universalidades de hecho (*universum corpus*), que no son otra cosa que agregados materiales de unidades: una biblioteca, un rebaño. El Patrimonio es independiente de los elementos que él encierra, hasta el punto de poder existir sin ellos: hay personas que no tienen bienes y que sin embargo tienen un patrimonio. En este sentido, el Patrimonio es, pues, una noción abstracta, de orden intelectual, metafísica; es si se quiere, la aptitud para devenir el centro de relaciones jurídicas pecuniarias, o de otra manera, un receptáculo ideal, presto a recibir los valores positivos o negativos”. Y agrega el mismo autor: “En la universalidad jurídica que constituye el Patrimonio, los valores, positivos o negativos, tienen la aptitud de reemplazarse los unos a los otros: el bien que sale del patrimonio es reemplazado jurídicamente por el que le sucede. Este fenómeno no podría producirse en la universalidad de hecho; el individuo, libro o animal, que en una biblioteca o en un rebaño reemplaza a otro individuo de la misma especie, no lo sustituye jurídicamente”. “Por otra parte, continúa exponiendo el citado jurista, a la muerte de un individuo su patrimonio se transmite a los herederos en su generalidad, como universalidad jurídica, en bloque. De esta manera, los sucesores toman el lugar del difunto; la personalidad de éste se absorbe en la de sus continuadores...”¹⁶⁵.

SEGUNDA PARTE
Suplemento

Capítulo XIV

LOS DERECHOS REALES

DEFINICIÓN Y CLASES

Ya se dijo (ver pág. 79) que los llamados Derechos Subjetivos Patrimoniales podían ser Reales o Personales.

Los Derechos *Reales* (La. ‘*res*’, cosa) son aquellos en que su titular o sujeto activo tiene un poder directo, una potestad sobre una cosa (‘*jus in re*’), de manera inmediata, sin intermediario alguno y que produce efectos sobre todo el mundo (‘*erga omnes*’); es decir, son los derechos que, en forma directa y excluyente, se tienen sobre una cosa para obtener de ella el mejor provecho lícito, sin respecto de determinada persona (art. 665, C.C.).

Los Derechos Reales son de dos clases, así:

1. Principales, y
2. Accesorios.

DERECHOS REALES PRINCIPALES

Los Derechos Reales Principales son aquellos que subsisten por sí mismos y no necesitan de otro u otros para existir, es decir, son autónomos.

Los Derechos Reales Principales tradicionalmente se subdividen en los siguientes:

1. La propiedad,
2. El usufructo,
3. El uso,
4. La habitación, y
5. Las servidumbres.

LA PROPIEDAD. La Propiedad, llamada también ‘*Dominio*’, es el más importante, completo y discutido de los Derechos Reales, y consiste en la facultad jurídica que tiene una persona de aprovechar y disponer de una cosa,

de acuerdo con la ley, es decir, es el poder jurídico, en virtud del cual, una cosa queda sometida directa y totalmente al señorío de una persona, con las limitaciones señaladas en la ley.

El Código Civil Colombiano, en el artículo 669, dice al respecto:

“El ‘dominio’ (que se llama también ‘propiedad’) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

“La propiedad separada del goce de la cosa se llama ‘mera’ o ‘nuda propiedad’ .

La Propiedad, sobre la cual gira en gran parte la más notable controversia ideológico-política de la época contemporánea, puede ser de dos clases, así:

1. **Privada**, cuando el poder jurídico sobre las cosas se concede a los particulares, con las limitaciones señaladas en la ley, y

2. **Pública**, cuando ese poder jurídico sobre las cosas corresponde únicamente al Estado, es decir, cuando en virtud de dicho poder jurídico, las cosas quedan sometidas directa y exclusivamente al señorío estatal.

Debe anotarse que en Colombia, al tenor de lo preceptuado en el artículo 58 de la Constitución Nacional, la Propiedad ya no tiene en la actualidad el carácter egocéntrico e individualista del pretérito, especialmente el de la época romana, cuando era considerada como “un derecho de usar, de gozar, de abusar, etc. de las cosas...” (“*Dominus est ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienaendi, quatemus in ris ratio patitur*”) sino que ella trasciende del interés puramente individual para cumplir una finalidad comunitaria, es decir, “es una función social que implica obligaciones”.

MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. El ‘modo’ constituye la manera jurídica de obtener el traslado del derecho de dominio o propiedad, de un titular a otro.

El profesor J.J. Gómez define el Modo como “la forma jurídica mediante la cual se ejecuta o realiza el título cuando éste genera la constitución o transferencia de los derechos reales”.

La Propiedad puede adquirirse por las maneras jurídicas o ‘modos’ siguientes:

- a) Ocupación,
- b) Accesión,
- c) Tradición,
- d) Sucesión por causa de muerte, y
- e) Prescripción.

La ocupación es el modo de adquirir el dominio de una cosa que no pertenece a nadie ('*res nullius*'), por la apropiación lícita que de ella se hace. Son especies de ocupación la caza y la pesca de animales bravíos o salvajes, la invención o hallazgo de cosas inanimadas que no pertenecen a ninguna persona. V.gr., el descubrimiento de un tesoro, (arts. 685 y ss., Código Civil).

La accesión, que significa agregación de una cosa a otra con la que se incorpora, es un modo de adquirir por el cual el dueño o una cosa mueble o inmueble pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta o incorpora a ella. Por ejemplo, los frutos naturales (vegetales, granos, frutas, lana, leche, pieles, crías, etc.), los frutos civiles (precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, intereses de capital, etc.), el aluvión, la avulsión, la mutación del álveo o cambio de cauce de un río, la formación de isla, la adjunción, la especificación, etc. (arts. 713 y ss., C.C.)¹⁶⁶.

La tradición es el modo de adquirir el dominio de las cosas, consistente en la entrega que el dueño (tradente) hace de ellas a otro (adquirente), habiendo por una parte la facultad e intención de transferir la propiedad y por la otra la capacidad e intención de adquirirla. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales (art. 740, C.C.).

Para que la Tradición sea válida se requiere voluntad del tradente, consentimiento del adquirente, título traslático de dominio (venta, permuto, donación, etc.) y que no sufra de error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona del tradente o en cuanto al título.

La sucesión por causa de muerte ('*mortis causa*'), es la transferencia de los bienes (herencia, caudal hereditario, bienes relictos, etc.) dejados por un muerto (causante, '*de cuius*', etc.) a las personas señaladas en vida por éste (testamento) o a las determinadas por la ley.

Se puede suceder a una persona, dice el artículo 1008 del Código Civil, de dos formas, así:

1. *A título universal*, o sea cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos, como la mitad, la sexta, etc.

2. *A título singular*, o sea cuando se sucede al '*de cuius*' en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal inmueble, tal vehículo automotor; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como mil pesos, cinco vacas, cien libras de trigo, veinte galones de gasolina, etc.

Se denomina Sucesión '*Testamentaria*' a aquella en que se sucede en virtud de un testamento, y si se sucede en fuerza de la ley, toma el nombre de Sucesión '*Intestada*' o '*Abintestato*'.

El Testamento (Lat. ‘*testatio mentis*’, testimonio de voluntad), expresa el artículo 1055 del Código Civil, es “un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva”.

Se llaman ‘asignaciones por causa de muerte’ las que hace la Ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes.

La persona a quien se hace la asignación se denomina ‘asignatario’.

Las asignaciones a título universal se llaman ‘herencias’, y las a título singular, ‘legados’. El asignatario de herencia se denomina ‘heredero’, y el asignatario delegado ‘legatario’ (art. 1010 y ss., C.C.).

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas (adquisitiva) o de extinguir las acciones o derechos ajenos (extintiva), por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo y ocurridos los demás requisitos señalados en la ley (art. 2521, C.C.).

Al respecto, se entiende por ‘posesión’ al hecho consistente en la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño.

La Posesión se denomina ‘regular’ cuando procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, e ‘irregular’ si le falta alguno de los requisitos anotados.

Se llama ‘justo título’ el conforme a la ley¹⁶⁷.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere, que hay unos ‘modos’ en los cuales el derecho del adquirente no ha estado precedido de un titular anterior, es decir, que no ha habido derecho preexistente en otra persona, tal como ocurre con la Ocupación, la Accesión y la Prescripción, en los cuales los adquirentes entran a gozar de los correspondientes bienes sin que hayan sucedido a ningún antecesor (‘*ex novo*’). A los modos de esta clase se les denomina ‘Originarios’ o ‘Constitutivos’. Por el contrario, existen otros ‘modos’, en los que el derecho se transfiere de un titular anterior al adquirente actual, es decir, se sucede de un sujeto a otro, como ocurre con la Tradición y la Sucesión por Causa de Muerte. A los modos de esta clase se le llama ‘Derivados’ o ‘Traslaticios’.

EL USUFRUCTO. El ‘*Usufructo*’ (Lat. ‘*usus*’, uso y ‘*fructus*’, fruto), que constituye una limitación de la propiedad, consiste, al tenor del artículo 823 del Código Civil, “en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o

con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible”.

“Dos cosas son fungibles (Lat. ‘*fingere*’, desempeñar), dice Arteaga, cuando se puede cambiar la una por la otra. No fungibles cuando no se pueden cambiar. Los bienes son, pues, fungibles o no fungibles en relación con otros”.

El ‘*Usufructo*’ implica la coexistencia de dos derechos: el del ‘*nudo propietario*’, titular de un derecho teórico, y el del ‘*usufructuario*’, quien por tener a su favor el ‘*uso*’ y el ‘*disfrute*’ real de la cosa, ejerce prácticamente el derecho.

El Derecho Real de Usufructo puede constituirse de los siguientes modos:

1. Por la ley, como el del padre y la madre sobre los bienes del hijo de familia,
2. Por testamento,
3. Por donación, venta u otro acto entre vivos, y
4. Por prescripción.

EL USO. El ‘*Derecho de Uso*’, es también un derecho real que confiere a su titular (usuario) la facultad de gozar de las utilidades y frutos de una cosa (art. 870, C.C.).

LA HABITACIÓN. El ‘*Derecho de Habitación*’, es también un derecho real que confiere a su titular (habitador) la facultad de utilizar para su morada un inmueble.

Los derechos de ‘*Uso*’ y ‘*Habitación*’ son intransferibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse, así como tampoco son embargables.

De la misma manera que el Usufructo, se constituyen y pierden los derechos de Uso y Habitación.

LAS SERVIDUMBRES. ‘*Servidumbre Predial*’ o simplemente ‘*Servidumbre*’ es un gravamen impuesto sobre un predio (sirviente), en utilidad de otro predio (dominante) de distinto dueño (art. 879, C.C.).

Con respecto del predio dominante, la servidumbre se llama ‘*activa*’, y con respecto al predio sirviente, se denomina ‘*pasiva*’.

Las ‘*Servidumbres*’ pueden clasificarse en la forma siguiente:

1. **Continuas**, que son las servidumbres que se ejercen o pueden ejercerse continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre. Por ejemplo, la servidumbre de acueducto (‘*aquae aducendae*’), etc.

2. Discontinuas, las que se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo y suponen un hecho actual del hombre. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito ('iter actus vía'), etc.

3. Positivas, son aquellas que sólo imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito, la de luz ('luminium'), etc.

4. Negativas, son las que imponen al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo, que sin la servidumbre le sería lícito. Por ejemplo, la de no poder elevar sus paredes sino hasta cierta altura ('jus altius non tollendi'), etc.

5. Aparentes, son las servidumbres que están continuamente a la vista. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él, etc.

6. Inaparentes, o sean aquellas que, por consistir en hechos o actividades ocultas, no se conocen por una señal exterior. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito cuando no se hace por una senda o una puerta destinada a él, etc.

7. Naturales, son las que provienen de la situación misma de los predios, es decir, que nacen de la natural situación de los lugares, sin que intervenga la voluntad humana o la de ley para su imposición. Por ejemplo, las servidumbres de recibir las aguas de un predio más alto, etc.

8. Legales, que son las servidumbres impuestas por la ley en beneficio de un predio y a cargo de otro, sin que el propietario del predio sirviente pueda oponerse. Por ejemplo, la medianería; la servidumbre de acueducto, por la cual toda heredad está sujeta en favor de otro predio que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, pastos, etc.

9. Voluntarias, o sean aquellas que se originan en una relación contractual entre las partes, es decir, por un hecho voluntario del hombre, en cuanto no fuere contra la ley o el orden público (arts. 880 y ss., C.C.).

DERECHOS REALES ACCESORIOS

Los Derechos Reales Accesorios son aquellos que, como su nombre lo indica, necesitan de otro derecho (principal) para existir.

Estos Derechos Reales Accesorios se subdividen en las siguientes clases:

1. La prenda,
2. La hipoteca,
3. El censo, y
4. La retención.

LA PREnda. La '*Prenda*' es un derecho real accesorio de garantía del cumplimiento de una obligación, que recae únicamente sobre muebles, por el cual el acreedor pignoratario (acreedor prendario) tiene un poder de hecho actual y efectivo sobre la cosa pignorada (Lat. '*pignus*', *prenda*), ya sea que la tenga en su poder a título de mera tenencia (Prenda clásica o con tenencia del acreedor) o no la tenga en su poder sino que el deudor conserva su tenencia (Prenda sin tenencia del acreedor o mercantil) (arts. 2409 y ss., C.C. y 1200 y ss., C. de Co.).

No sobra mencionar la llamada '*prenda general*' que es, según expresa el artículo 2488 del Código Civil, el derecho que tiene el acreedor de toda obligación personal "de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros". Esta '*prenda general*' no da al acreedor un poder de hecho actual y efectivo sobre una cosa cierta dada en prenda por el deudor, como ocurre con el derecho real accesorio comentado (prenda con tenencia del acreedor), sino solamente le otorga un derecho sobre el patrimonio de éste. Por consiguiente, el deudor puede disponer libremente de sus bienes y el acreedor únicamente tendrá acción contra él, cuando demuestre que el deudor ha efectuado enajenaciones con la intención de defraudarlo ('*animus fraudandi*').

LA HIPOTECA. La '*Hipoteca*' es un derecho real accesorio de garantía del cumplimiento de una obligación, que recae sobre bienes raíces o inmuebles, por el cual se concede al acreedor hipotecario un poder directo o inmediato sobre el bien hipotecado, el cual continúa bajo el poder del deudor hipotecario (arts. 2432 y ss., C.C.). La Hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

EL CENSO. El '*Censo*' es un derecho real accesorio que recae sobre un inmueble, y consiste en que una persona (censatario), en contraprestación a un capital recibido de otra persona (censualista), grava una finca o predio de su propiedad con la pensión (censo) que se obliga a pagar a éste por un tiempo determinado.

Esta clase de Censo, ya en desuso, es el denominado '*consignativo*', y al cual se refiere el artículo 101 de la Ley 153 de 1887, que a la letra dice:

"Se '*constituye un censo*' cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente y gravando una finca suya con la responsabilidad del crédito y del capital...".

LA RETENCIÓN. La '*Retención*' es un derecho real accesorio en virtud del cual, cumpliendo ciertos requisitos y en los casos señalados en la ley, un

acreedor puede mantener en su poder (retener) una cosa de propiedad de su deudor, en seguridad del cumplimiento de una obligación, mientras ésta no sea satisfecha completamente. “El derecho de retención, dice la Corte Suprema de Justicia, puede ejercerse sólo mientras se tenga la cosa; perdida ésta, no hay nada que tener; el derecho de garantía específica desaparece y sólo queda un derecho personal del crédito”¹⁶⁸.

Gozan del derecho de Retención (*‘ius retentionis’*), entre otros, y en los casos legalmente establecidos, el usufructuario respecto de la cosa fructuaria (art. 859, C.C.); el arrendador sobre los frutos existentes de la cosa arrendada y los objetos con que la haya amueblado el inquilino (art. 2000, C.C.); el mandatario respecto de los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante (art. 2188, C.C.); el transportador sobre los equipajes y demás cosas del pasajero que conduzca (art. 1007, C. de Co.); el empresario hospedero respecto de los efectos o equipaje de su huésped (arts. 1198 y ss., C. de Co.); etc.

DE LOS BIENES

Para terminar este capítulo y como su complemento, es importante conocer, aunque sea someramente, algo sobre las cosas objeto del derecho, es decir, los ‘bienes’.

Se entiende por ‘bien’ toda ‘cosa’, que por ser limitada, apropiable y útil al hombre, jurídicamente tiene algún valor.

“En sentido muy amplio, dice la Enciclopedia Monitor, la expresión ‘bienes’ significa en Derecho todo interés merecedor de tutela jurídica, abarcando así, no sólo los bienes patrimoniales, sino también los extrapatrimoniales (vida, libertad, honor). En ocasiones la ley utiliza el término para designar los elementos patrimoniales activos (frente a los pasivos, es decir, las obligaciones o deudas). Pero en su acepción más técnica, ‘bien’ significa ‘cosa’ en sentido jurídico, es decir, cosa susceptible de apropiación y, por ende, susceptible de ser objeto de un derecho subjetivo. Así, una finca o un mueble son bienes, y no la luna o el aire, porque, siendo cosas en sentido vulgar, no son susceptibles de apropiación; en cambio, sí que son bienes las entidades inmateriales siempre que, por tener una realidad perceptible por los sentidos (como la electricidad), o puramente ideal (como una obra literaria o un invento), y por admitir un disfrute controlado y excluyente, son susceptibles de constituir el objeto de un derecho sobre ellas”.

Los Bienes pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Corporales o incorporales,
2. Muebles o inmuebles,
3. Consumibles o no consumibles,
4. Fungibles o no fungibles,
5. Divisibles o indivisibles,
6. Singulares o universales,
7. Presentes o futuros,
8. Principales o accesorios,
9. Mostrencos o vacantes, y
10. Baldíos.

BIENES CORPORALES. Estos bienes son realidades físicas que hacen parte del mundo cósmico; es decir, que por tener entidad corporal ocupan un lugar en el espacio y son susceptibles, por consiguiente, de ser percibidos por los sentidos corporales. Por ejemplo, un libro, un caballo, un automotor, etc.

BIENES INCORPORALES. Son aquellos bienes que no tienen un ser real y, por tanto, no pueden ser percibidos por los sentidos externos; es decir, únicamente tienen entidad intelectual y consisten en '*meros derechos*'. Por ejemplo, los créditos, etc.

BIENES MUEBLES. Son las cosas corporales que pueden trasladarse (moverse o desplazarse) de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza, sea moviéndose por sí (semovientes) como los animales, o que sólo se muevan por una fuerza exterior (cosas inanimadas), como una mesa, un libro, etc.

BIENES INMUEBLES. También llamados '*bienes raíces*' o '*fincas*', son aquellos que por estar arraigados al suelo no pueden trasladarse de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza, como un lote de terreno, etc.

Los bienes inmuebles pueden serlo por naturaleza, como un campo; por adhesión permanente (aunque por naturaleza sean muebles) como las puertas, las cañerías de un edificio, las piedras del pavimento, etc.; por destinación (aunque por naturaleza sean muebles), como los utensilios de labranza destinados al cultivo de una finca, etc.

BIENES CONSUMIBLES. Son consumibles aquellos bienes que se desaparecen, gastan, inutilizan o destruyen con el uso natural que de ellos se haga, como los alimentos, los combustibles, etc.

BIENES NO CONSUMIBLES. Estos son los bienes que son susceptibles de un uso natural continuado, sin que por ello se destruyan, inutilicen o desaparezcan, como una mesa, las herramientas, una casa, etc.

BIENES FUNGIBLES. Se denominan '*fungibles*' aquellos bienes que, por carecer de individualidad propia, pueden ser intercambiados por otros del mismo género y naturaleza. Estos bienes suelen determinarse por su número, peso, medida, volumen, etc. Por ejemplo, cinco arrobas de trigo, diez mil pesos, cien litros de vino, ocho metros de alambre, etc.

BIENES NO FUNCIBLES. Son los que tienen su propia individualidad y que, por consiguiente, no admiten que sean sustituidos por otros. Estos bienes suelen determinarse por sus notas y características que los individualizan. Por ejemplo, '*La Pietá*', célebre escultura de Miguel Ángel Buonarroti, etc.

BIENES DIVISIBLES. Se llaman '*divisibles*' aquellos bienes susceptibles de fraccionamiento en partes homogéneas y con la misma función que el todo, sin detrimento de sus caracteres ni disminución de su valor. Por ejemplo, el dinero, los granos, los líquidos, etc.

BIENES INDIVISIBLES. Son aquellos bienes que no pueden fraccionarse sin que mengüe su valor y cuyas partes resultantes, aunque sean homogéneas, no tienen la misma función que el todo. Por ejemplo, una mesa, una estatua, una casa, etc.

BIENES SINGULARES. Toman el nombre de '*singulares*' aquellos bienes que tienen una individualidad unitaria, ya sea simple, como un caballo, o compuesta, como una maquinaria.

BIENES UNIVERSALES. Son aquellos conjuntos de bienes que, no obstante no estar unidos materialmente entre sí, forman una totalidad.

Si la '*universalidad*' está formada por bienes homogéneos (V.gr., un rebaño) o heterogéneos (V.gr., un establecimiento de comercio), con una destinación común, presentando unidad económica como si fuera una sola masa y constituida simplemente por un conjunto de elementos activos, toma el nombre de '*universalidad de hecho*' ('*universitas facti*'), pero si esa '*universalidad*' está referida a relaciones de derecho con unidad jurídica y constituyendo un conjunto de elementos activos y pasivos (V.gr., el patrimonio, la masa hereditaria, etc.), toma la denominación de '*universalidad jurídica*' ('*universitatis juris*').

BIENES PRESENTES. Son bienes '*presentes*' aquellos que existen realmente en el momento de la constitución de una relación jurídica sobre ellos. Por ejemplo, la casa de Pedro, el automotor de José, etc.

BIENES FUTUROS. Son aquellos bienes que no existen realmente en el momento de constituir una relación jurídica sobre ellos, pero cuya existencia futura se espera. Por ejemplo, la casa que construirá Pedro, etc.

BIENES PRINCIPALES. Se llaman '*principales*' aquellos bienes que subsisten por sí mismos, independientes jurídicamente de otros a los cuales no están subordinados. Por ejemplo, un lote de terreno, etc.

BIENES ACCESORIOS. Son bienes '*accesorios*' aquellos que no tienen vida jurídica independiente, sino que su existencia está subordinada a la de otros bienes, sin los cuales no podrían existir. Por ejemplo, una edificación es accesoria respecto del terreno sobre el cual se ha levantado, etc.

En lo referente a los Bienes Incorporales o '*derechos*' también existe la noción de '*principales*' o '*accesorios*'. Por ejemplo, el derecho de propiedad o dominio, es principal; el derecho de servidumbre, es accesorio, etc.

BIENES MOSTRENCOS. Estos son los bienes corporales muebles sin dueño aparente o conocido que se encuentren dentro del territorio respectivo a cargo de la nación, como expresa el artículo 706 del Código Civil. "Para que una cosa se considere como bien mostrencó –conceptúa la Corte Suprema de Justicia– se necesita que sea corporal mueble que estuvo sometida a dominio particular y que en la actualidad se halla involuntariamente abandonada, es decir, sin dueño aparente o conocido, según la expresión de la ley. De esta manera se diferencia el bien mostrencó de la '*res nullius*', que no pertenece a nadie y se adquiere por ocupación, y de la '*res derelicta*', que el dueño abandona voluntariamente para que la haga suya el primer ocupante (art. 699). La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca..."¹⁶⁹.

BIENES VACANTES. Se denominan '*vacantes*' aquellos bienes inmuebles existentes dentro del territorio de la República que, habiendo tenido propietario anteriormente, en la actualidad no tienen dueño conocido o aparente, como dice también el mencionado artículo 706 del Código Civil.

BIENES BALDÍOS. Denomínanse '*Bienes Baldíos*' aquellos terrenos pertenecientes a la nación por no haberse trasmitido a persona alguna y que no han sido adquiridos particularmente con títulos legítimos.

No deben confundirse los bienes vacantes con los '*baldíos*', pues mientras los primeros, como ya se dijo, son los inmuebles que habiendo estado bajo el imperio del hombre, en la actualidad no tienen propietario conocido o apparente; los segundos, como ya se expresó también, son aquellos terrenos de la nación que no han sido apropiados por los particulares con títulos conforme a la ley. "Son bienes vacantes –ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el particular– los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen actualmente dueño apparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y haberlo éste abandonado (art. 706, C.C. y 1º y 5º, Ley 55 de 1905); los segundos son aquellas porciones del territorio de la nación que pertenecen a esta por no haber sido trasmisidos a persona alguna y que bajo el imperio de la actual legislación no han sido adquiridos particularmente con títulos legítimos. Para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño apparente, es preciso que hayan estado en dominio anterior del hombre, que hayan tenido dueño; si nunca han estado en dominio particular ni incorporados a un patrimonio privado, en tal caso no serían vacantes sino baldíos y no podrían ser objeto de una acción sobre declaración de vacancia"¹⁷⁰.

Capítulo XV

LOS DERECHOS PERSONALES

CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

Si en los Derechos Reales, como se expresó en su oportunidad, su titular o sujeto activo tiene un poder directo, una potestad sobre una cosa (*'jus in re'*), de manera inmediata, sin intermediario alguno y que produce efectos sobre todo el mundo (*'erga omnes'*), en los Derechos Personales u Obligaciones no ocurre lo mismo, pues en estos, ese poder no radica en la cosa misma, sino que se endereza a obtener que determinada persona (deudor) ponga el bien a disposición del titular (acreedor) de los mismos derechos (*'jus ad rem'*); es decir, esta categoría de Derechos Subjetivos Patrimoniales constituye una relación jurídica esencialmente personal y cuya esfera de aplicación es muy definida y en la cual intervienen al menos dos sujetos, el uno (el sujeto activo o acreedor) como titular de un derecho, y el otro (el sujeto pasivo o deudor) obligado a una prestación establecida. En este sentido, el artículo 666 del Código Civil, establece:

“Derechos personales o *'créditos'* son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones *'personales'*”.

Los romanos definieron la Obligación como “un vínculo de derecho que nos obliga a la prestación de alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad” (*'obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura'*)¹⁷¹.

Las Obligaciones, en el orden civil, son las responsabilidades exigibles que pesan sobre unas personas en favor de otras.

Se dice también que los Derechos Personales u Obligaciones o Derechos de Crédito, *‘son los que conceden a una persona llamada acreedor, la facultad de exigir de otra, llamada deudor, una determinada prestación’*, o como

expresa Mazeaud: "un vínculo de derecho entre personas, en virtud del cual, una, el acreedor, tiene derecho a una prestación valorable en dinero efectuada por el otro, el deudor, que está obligado a ella".

ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

Toda Obligación (Ver '*Elementos Esenciales del Derecho*', págs. 25 y ss.) consta de los siguientes elementos esenciales:

1. El acreedor,
2. El deudor,
3. La prestación,
4. El vínculo jurídico, y
5. Las formalidades.

EL ACREDITADOR. El Acreedor (*'creditor'*) de la prestación o Sujeto Activo, es el titular del derecho en cuyo beneficio existe el vínculo jurídico y quien tiene la facultad de exigir del *'deudor'* el cumplimiento de la prestación establecida.

EL DEUDOR. El Deudor (*'debitor'*) de la prestación o Sujeto Pasivo, es el paciente del derecho a cuyo cargo está el cumplimiento de la obligación.

LA PRESTACIÓN. La Prestación u *'objeto'* del vínculo jurídico es aquello que el deudor debe hacer o dar (positiva) o no hacer o abstenerse (negativa) en favor de su acreedor.

Las Prestaciones, además de ser Positivas (dar o hacer una cosa) o Negativas (no hacer o abstenerse de realizar un acto o una cosa), deben ser, como ya se ha dicho, determinadas, físicamente posibles, permitidas por la moral y que no estén prohibidas por la ley. Las Prestaciones deben ser también de carácter patrimonial, es decir, valorables económicamente, en dinero.

EL VÍNCULO JURÍDICO. El Vínculo Jurídico liga al deudor con su acreedor. Estos sujetos (activo y pasivo), por virtud de la obligación, están atados entre sí por un lazo normativo coercible que garantiza su cumplimiento (Garantía).

LAS FORMALIDADES. Las Formalidades, que no obstante no ser siempre de la esencia de las obligaciones, son requisitos *'formales'* que conviene mantener en ciertos casos en atención a la seguridad de las transacciones y defensa de los intereses de terceros. La compraventa de bienes raíces o inmuebles, por ejemplo, que es un contrato solemne, requiere

el cumplimiento de la formalidad externa de la escritura pública que la ley exige para su perfección.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Llámase '*fuente*' de las obligaciones el origen de éstas. El estudio de las '*Fuentes de las Obligaciones*' implica averiguar de dónde nacen, de dónde emergen, cómo se crean y cómo se forman las obligaciones, así como también, de qué una persona se obliga para con otra.

En lo concerniente a este tópico, es decir, a las '*Fuentes de las Obligaciones*', el Legislador colombiano adoptó la doctrina clásica de origen romano, que fue recogida por el jurista Pothier (Francia, 1699-1772) y acogida por el Código Civil Francés (Código Civil Napoleónico de 1804).

En efecto, según el artículo 1494 del Código Civil Colombiano, las obligaciones nacen:

1. Ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas (como en los contratos);
2. Ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga (como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos);
3. Ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona (como en los Delitos cuando ha habido intención de dañar o en los Cuasidelitos cuando no ha habido esa intención dañosa), y
4. Ya por disposición de la Ley.

La Jurisprudencia Nacional reconoce además, como fuente de las Obligaciones, al Principio denominado '*Enriquecimiento sin causa*' ya comentado al tratar de los Principios Generales del Derecho.

Es decir, al tenor de lo anteriormente expuesto, el derecho colombiano que sigue la teoría tradicional, considera como '*Fuente de las Obligaciones*', a las siguientes:

1. El contrato,
2. El cuasicontrato,
3. El delito,
4. El cuasidelito,
5. La ley, y
6. El enriquecimiento sin causa.

EL CONTRATO. El Contrato esencialmente es '*un acuerdo de voluntades con el ánimo de crear obligaciones*', o como dice el artículo 1495 del Código

Civil: “Un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer una cosa...”. Por ejemplo, el contrato de mandato (arts. 2142 y ss., C.C.), etc.

EL CUASICONTRATO. El Cuasicontrato (Lat. ‘*quasi ex contractu*’, a la manera de los contratos) es un hecho lícito y voluntario sin acuerdo entre las partes que lo ejecutan, del cual nacen obligaciones para éstas (art. 2302, C.C.). La agencia oficiosa o ‘*gestión de negocios ajenos*’, el pago de lo no debido y la comunidad son los principales cuasicontratos.

EL DELITO. El Delito es el hecho que infringe la ley penal ejecutado con la intención de causar daño. Además de las sanciones represivas señaladas en las respectivas normas jurídicas, genera obligaciones de resarcir el perjuicio causado, es decir, indemnizar. Por ejemplo, el homicidio voluntario, el peculado, etc.

EL CUASIDELITO. El Cuasidelito (Lat. ‘*quasi ex delicto*’, a manera de los delitos) es el hecho culpable cometido sin intención de causar daño y que infringe también la ley penal. Genera igualmente la obligación de reparar los perjuicios ocasionados, de indemnizarlos. Por ejemplo, el homicidio (culposo) en accidente de tránsito, etc.

LA LEY. La Ley, en sentido amplio, hace relación a cualquier regla de derecho formulada por escrito por el Poder Público, o sea, como expresa Bonnecase, la “disposición de orden general y permanente, que se refiere a un número indefinido de personas, de actos o de hechos y que se aplica a ellos *ipso jure* durante un tiempo indeterminado”¹⁷². Por ejemplo, el artículo 2354 del Código Civil, cuyo texto reza:

“El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Este principio, del que se trató en la pág. 162 establece que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás, es decir, que a ninguna persona le es lícito aumentar su patrimonio con detrimento del caudal ajeno. Esta clase de enriquecimiento se produce cuando el patrimonio de una persona crece a costa del empobrecimiento correlativo de otra, sin justa causa. Por ejemplo, en el caso de que al vendedor se le anticipase el precio y no venda, etc.

La Teoría Clásica de la Fuente de las Obligaciones acabada de exponer someramente, ha sido criticada fuertemente por muchos juristas de los últimos tiempos. En efecto, la doctrina moderna ha formulado varias clasificaciones de las Fuentes de las Obligaciones, que constituyen en cierta forma una revaluación de la tesis tradicional, de las cuales relacionamos la considerada más apropiada y racional y que ha sido defendida por tratadistas de la categoría de Josserand, Solus, etc., a la que agregamos el '*hecho jurídico*' y que puede resumirse así:

1. El acto jurídico,
2. El acto ilícito,
3. El enriquecimiento sin causa,
4. La ley, y
5. El hecho jurídico.

EL ACTO JURÍDICO. El Acto Jurídico es aquel en que interviene la voluntad humana con el fin de producir efectos de derecho; es decir, es una declaración de voluntad que persigue una finalidad jurídica consistente en la creación de obligaciones. Comprende los actos de '*formación plurilateral*' como los contratos (Compraventa, sociedad, etc.) y los de '*formación unilateral*' como la aceptación de una herencia, el testamento, etc.

EL ACTO ILÍCITO. El Acto Ilícito está constituido por aquella conducta del hombre que infringe directa o indirectamente el orden jurídico. Desde el punto de vista obligacional, esta clase de actos importa sólo en cuanto produzca daño o infieran ofensa a otra persona. Comprende los delitos y los cuasidelitos. Por ejemplo, unas lesiones personales, un accidente culposo, etc.

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Este principio, como ya varias veces se ha dicho, comprende aquella regla general de derecho de que nadie puede enriquecerse, de aumentar su patrimonio sin causa jurídica y con perjuicio de otro. Comprende esta clase de fuente a todas las formas de enriquecimiento indebido. Por ejemplo, el pago de lo no debido, etc.

LA LEY. O sea, como tantas veces se ha expresado también, la norma de conducta social obligatoria formulada por escrito por la autoridad competente. Es decir, los textos legales vigentes. Por ejemplo, las disposiciones comprendidas en el Código Civil, etc.

EL HECHO JURÍDICO. El Hecho Jurídico es aquel fenómeno (hecho) en cuya ocurrencia no interviene la voluntad humana para que produzca efectos de derecho. Por ejemplo, el nacimiento, la muerte natural, el aluvión, etc.

No todos los autores aceptan el '*hecho jurídico*' como una de las Fuentes de las Obligaciones, pues algunos lo consideran más bien como un fenómeno, un acontecer, al que la norma jurídica le ha dado eficacia por sí solo en la esfera del Derecho; es decir, indica una condición establecida para que se produzca un efecto jurídico determinado. El profesor Pérez Vives, por ejemplo, comenta al respecto: "Para nosotros, el hecho jurídico no es otra cosa que la condición o supuesto previsto por el legislador para que la norma jurídica entre en función, y, como tal, es mejor calificarlo de uno de los presupuestos de la aplicación del derecho, que de una de las fuentes, propiamente dichas de las obligaciones"¹⁷³.

Para el mencionado tratadista Pérez Vives, las fuentes de las obligaciones son las siguientes.

1. Los actos jurídicos,
2. El enriquecimiento sin causa,
3. La responsabilidad civil (Precontractual, contractual, post-contractual y extracontractual –delictual y cuasidelictual–), y
4. La ley.

EL NEGOCIO JURÍDICO

Una corriente doctrinaria actual sostiene que las palabras '*hecho jurídico*' son las más apropiadas para señalar toda forma de conducta humana, ya sea voluntaria o involuntaria, lícita o ilícita, que pueda dar nacimiento, modificar o extinguir derechos subjetivos¹⁷⁴. "Sabemos –dice Valencia al respecto– que estos hechos o causas capaces de dar nacimiento a un derecho, modificarlo, trasladarlo o extinguirlo, reciben el nombre, de '*hechos jurídicos*': también se les denomina '*supuestos de hecho*'. Los hechos jurídicos son conducta humana, es decir, hechos de la vida real de las personas, dotados de eficacia jurídica por el ordenamiento jurídico. Así, el nacimiento de una persona constituye un hecho jurídico, por cuanto el nuevo ser adquiere los derechos de la personalidad; el cumplir veintiún años es también un hecho jurídico, por cuanto se adquiere la capacidad de ejercicio de los derechos subjetivos; la muerte es otro hecho jurídico, por cuanto la persona cesa de ser sujeto de derechos, los que son adquiridos por sus herederos o legatarios. El simple transcurso del tiempo es también un hecho jurídico, por cuanto puede dar lugar a la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva o a la pérdida de un crédito por prescripción extintiva"¹⁷⁵.

Los '*Hechos Jurídicos*', según este punto de vista, comprenden dos categorías, así:

1. Hechos jurídicos voluntarios, y
2. Hechos jurídicos no voluntarios.

HECHOS JURÍDICOS VOLUNTARIOS. Como su nombre lo indica, son aquellos hechos jurídicos imputables a la voluntad de las personas y constituyen los '*Actos Jurídicos*' propiamente dichos. Estos pueden ser '*Lícitos*' o '*Ilícitos*', según que estén en armonía o contravengan el ordenamiento legal.

Los *Actos Jurídicos Lícitos*, es decir, los conformes a derecho, pueden ser de las siguientes clases:

a) *Negocios Jurídicos* o *Declaraciones de Voluntad*, que son los que comprenden toda clase de enunciaciones de voluntad dirigidas a una finalidad tutelada por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el contrato, el testamento, etc.

“El Negocio Jurídico –transcribe Danz– es una declaración privada de voluntad que tiende a alcanzar un resultado ‘jurídico’, resultado que el Derecho ordena que se produzca porque lo ‘quiere’ el declarante”¹⁷⁶. Se entiende por tal, es decir, por Negocio Jurídico, en opinión de Valencia, “aquel hecho jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad de los particulares que, por sí o unidos con otros requisitos, persiguen un determinado efecto jurídico”¹⁷⁷.

De lo anterior se infiere que el Negocio Jurídico contiene dos elementos esenciales: un acto que se realiza y una voluntad particular exteriorizada, libre y consciente.

b) *Actos Jurídicos Simplemente*, que no son negocios y cuyos efectos o consecuencias de derecho los señala directamente la ley. Por ejemplo, el descubrimiento de un tesoro (art. 700, C.C.), la especificación (art. 732, C.C.), etc.

Los *Actos Jurídicos Ilícitos* son aquellos, como ya se dijo en su oportunidad, que quebrantan el orden legal. Estos pueden ser de dos clases, así:

- a) Delitos, y
- b) Cuasidelitos o culpas.

HECHOS JURÍDICOS NO VOLUNTARIOS. Son de esta clase los hechos no atribuibles a la voluntad de las personas. Por ejemplo, el nacimiento, la muerte, llegar a la mayoría de edad (actualmente 18 años), etc.

ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO JURÍDICO

Por considerarlo de suma importancia, se trata en esta parte de los *Elementos Esenciales* del Acto Jurídico, los cuales están expresamente consignados en el artículo 1502 del Código Civil. En efecto, según esta disposición legal, para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad (negocio jurídico), es necesario que se reúnan las siguientes condiciones, elementos esenciales o requisitos de fondo:

1. Capacidad legal,
2. Consentimiento,
3. Objeto lícito, y
4. Causa lícita.

CAPACIDAD LEGAL. Para que pueda formarse un acto jurídico, de acuerdo con este primer elemento esencial, se requiere que la persona que en él interviene sea legalmente capaz, es decir, que pueda obligarse por sí misma, y sin el ministerio o autorización de otra, como tan claramente expresa el citado artículo 1502 del Código Civil. Para mejor comprensión de este elemento véase lo referente a '*La Capacidad*' (págs. 212 y ss.).

CONSENTIMIENTO. En la formación del acto jurídico es esencial la expresión de la voluntad de las personas que en él intervienen, es decir, el consentimiento manifestado en forma válida (expresa o tácita).

Vicios del consentimiento. La voluntad de la persona que persigue obligarse mediante un acto jurídico debe ser '*sana*'. Para que la declaración de voluntad produzca efectos jurídicos es necesario que sea consciente, o sea que su autor tenga discernimiento.

Muchas veces la declaración de voluntad puede no corresponder al querer íntimo (interior) del sujeto y esta circunstancia puede depender de un '*vicio*' de la voluntad (vicio del consentimiento).

Tradicionalmente los '*vicios de la voluntad*' (consentimiento) han sido los siguientes:

1. Error,
2. Fuerza, y
3. Dolo.

Error. El Error es "el desacuerdo consciente entre la voluntad interna y la declarada". Es una discrepancia entre la realidad y el conocimiento. El

Error consiste en creer que una cosa es así o es esa, cuando en realidad es de otra manera o es otra. También se dice que el Error es el falso conocimiento de un objeto o de un hecho.

El Error puede ser de dos clases, así:

1. *De derecho*. El Error de Derecho “es aquel en que incurre una persona al obligarse cuando hay una norma jurídica que desconoce valor a esa declaración”. Por ejemplo, entender vendido válidamente un inmueble por documento privado, cuando, para este caso, la ley exige escritura pública, etc.

2. *De hecho*. El Error de Hecho, o sobre los hechos, es aquel que recae ya sea sobre la naturaleza de la prestación, ya sea sobre el objeto, ya sea sobre las personas, ya sea sobre el género mismo del acto que se celebra o sobre algún otro elemento del mismo.

El Error de Hecho puede ser:

a) *In negotio*. El ‘*error in negotio*’ o sobre la naturaleza misma del negocio, se presenta cuando no hay acuerdo sobre la clase de acto jurídico y sobre las prestaciones a cumplir, lo cual impide el nacimiento del acto jurídico. Esta clase de error, como dispone el artículo 1510 del Código Civil, vicia el consentimiento. Por ejemplo, cuando una parte cree mutuo y la otra donación, etc.

b) *In substantia*. En esta clase de error, el consentimiento se emite y el acto jurídico es completo, pero la voluntad se ha expresado en la creencia que el objeto era de determinada substancia o de determinadas características. Es decir, cuando la calidad o substancia del objeto sobre que versa el acto es diversa de la que se cree, constituye un error que vicia también el consentimiento (art. 1511, C.C.). Por ejemplo, cuando una persona supone que el objeto comprado es de oro, siendo realmente de cobre u otro metal dorado, etc.

c) *In personae*. Esta clase de error se presenta cuando sólo se realiza el acto jurídico en consideración a determinada persona (‘*intuitu personae*’). El ‘*error in personae*’ o acerca de la persona, vicia el consentimiento siempre y cuando que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato (art. 1512, C.C.). Por ejemplo, donar una cantidad de dinero a Pedro creyendo que éste es hijo de una persona muy estimada, cuando en verdad no son parientes, etc.

d) *In corpore*. El ‘*error in corpore*’ se presenta cuando las partes se avienen en cuanto a la naturaleza del acto y demás condiciones, pero contemplan objetos distintos, lo que determina que no haya convención. El artículo 1510

del Código Civil contempla este '*error in corpore*' o sobre la identidad de la cosa de que se trata, el cual vicia también el consentimiento. Por ejemplo, cuando el vendedor entiende vender una cosa determinada (el libro '*Cien Años de Soledad*' del escritor colombiano y Premio Nobel de Literatura, Gabriel García Márquez) y el comprador entiende comprar otra (el cuadro '*Naturaleza muerta en amarillo y azul*' del pintor también colombiano, Fernando Botero), etc.

e) *Sobre la causa*. Esta clase de error se presenta cuando una persona se obliga creyendo falsamente que su obligación tiene un causa. El acto jurídico efectuado sin causa es nulo ('*Nulla obligatio sine causa*'). Por ejemplo, Pedro paga a José una cantidad de dinero creyendo que se la debía, cuando en verdad no le debía nada, etc.

Al respecto del error dice la Jurisprudencia: "La doctrina francesa contemporánea, apoyándose en la jurisprudencia, clasifica en tres grupos las diversas clases o especies de error, según la incidencia sobre el consentimiento. Primer grupo. Errores destructivos del consentimiento o errores obstáculos: a) Error sobre la naturaleza misma de la operación (Juan cree vender tal cosa y Pedro cree tomarla en arrendamiento); b) Error concerniente a la existencia o identidad del objeto (quiero vender determinada finca cuando el comprador quiere comprar y piensa que está comprando otra finca de mi propiedad); c) Error sobre la '*existencia*' de la causa del compromiso (una persona cree que debe pagar un legado establecido por un testamento revocado). El primero de los indicados géneros de error corresponde al '*error in negotio*' de los romanos, y el segundo al '*error in corpore*'. Aunque realmente todos estos tipos de error deberían conducir a la inexistencia del contrato, la ley colombiana los sanciona con la nulidad relativa. Segundo grupo. Errores nulidades: a) Error sobre la '*sustancia*' de la cosa; b) Error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha obrado como móvil determinante; c) Error sobre la '*eficacia*' de la causa como cuando Pedro suscribe un pagaré a favor de una persona creyendo estar obligado para con ella civilmente y no se trata en realidad sino de una obligación natural. Tercer grupo. Errores indiferentes: a) Error sobre las calidades que ni '*objetiva*' ni '*subjetivamente*' sean '*sustanciales*', b) Error sobre el valor; c) Error sobre la persona cuando este error no ha sido '*determinante*' del acto jurídico; d) Error sobre los motivos; e) Errores puramente materiales como los de cálculo. Lo anterior –que es la clasificación de Josserand– coincide en sus líneas generales con las presentadas por casi todos los autores contemporáneos, aunque la mayor parte de estos no incluyen en el segundo grupo el error sobre la eficacia de la causa y algunos agregan al primer grupo el error en la '*declaración de la voluntad*' "¹⁷⁸.

Fuerza. La Fuerza o Violencia es el empleo de medios físicos o psíquicos (morales) con el fin de obtener determinados resultados o efectos de derecho. Consiste en las vías de hecho o amenazas ejercidas contra una persona para arrancarle el consentimiento, no importa de quien provenga la fuerza o violencia si la parte contratante se aprovecha de ella.

De lo anterior se infiere que la Fuerza puede ser de dos clases, así:

1. *Física.* La fuerza física o material es el empleo de medios físicos que afectan la integridad corporal de la persona. Por ejemplo, la tortura, etc.

2. *Moral.* La fuerza moral o psicológica (Psíquica) se presenta cuando se emplean medios morales o psíquicos. Consiste en amenazas más o menos apremiantes con las cuales se procura vencer la renuencia manifiesta o presunta de la voluntad del sujeto; es decir, es la coacción ejercida sobre una persona en forma que preste su consentimiento en determinado sentido ante la inminencia de un mal grave. Por ejemplo, Pedro amenaza a José con secuestrarle un hijo si no firma cierto documento, etc.

El artículo 1513 del Código Civil dispone sobre el particular:

“La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

“El ‘temor reverencial’, esto es, el solo temor de desagrilar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

Dolo. El Dolo (Lat. ‘*dolus*’, engaño, perfidia) consisten en toda clase de artificios, combinaciones, argucias, maturrangas o maniobras que una de las partes emplea para inducir a grave engaño o equivocación a la otra parte.

El Dolo, opina von Tuhr, “es la conducta que intencionalmente provoca, refuerza o deja subsistir una idea errónea en otra persona, con la conciencia de que ese error tendrá valor determinante en la emisión de su declaración de voluntad”.

Por su parte el artículo 63 del Código Civil, dice que “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. O como expresa Enneccerus: “Es el querer un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber”. O “el engaño de mala fe” como tan brevemente lo define Stemberg.

El Dolo no se presume en los actos o declaraciones de voluntad sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás casos el Dolo debe

probarse por quien lo alega (art. 1516, C.C.). Por ejemplo, Pedro obra dolosamente si, a sabiendas de que un hecho se ha verificado, hace una apuesta sobre tal hecho, etc.

El Dolo puede ser de dos clases, así:

1. *Principal*. Es principal el dolo que se radica como motivo determinante del acto o contrato. Este afecta de manera notable la economía del acto, pues produce un perjuicio manifiesto a una de las partes.

2. *Incidental*. El Incidental, llamado también '*dolo bueno*' ('*dolus bonus*'), es aquel que no constituye un factor determinante del acto o contrato, pues, cuanto más logra es que el consentimiento se produzca en circunstancias diversas a como debió haberse producido. Esta clase de dolo no desquicia la economía y equilibrio de la prestación y por ello no se tiene en cuenta como vicio del consentimiento. El '*dolus bonus*' es muy empleado, especialmente por los comerciantes para alabar sus mercancías. Por ejemplo, este paño es el más fino del mundo, etc.

Para que el Dolo vicie el consentimiento se requiere:

- a) Que sea obra de una de las partes,
- b) Que aparezca claramente que sin él no se hubiera contratado, es decir, que sea determinante,
- c) Que haya sido empleado a sabiendas que se engañaba,
- d) Que sea contrario al orden social y a la moral imperante,
- e) Que haya causado perjuicio, y
- f) Que sea probado, pues el dolo no se presume sino en casos especialmente previstos por la ley (art. 1516, C.C.).

La lesión. No sobra hacer un pequeño comentario sobre la '*Lesión*', la cual propiamente no es un vicio del consentimiento, aunque para algunos tratadistas sí lo es. La Lesión es un daño causado en un contrato y de carácter estrictamente económico. Esencialmente consiste en la desproporción considerable que existe entre las prestaciones nacidas de un contrato, cuando por su naturaleza deben corresponderse (comutativo) económicamente. Es decir, que únicamente en los contratos onerosos comutativos cabe la rescisión por lesión enorme. Por ejemplo, en la compraventa de una casa, etc.

La Lesión tiene como fundamento ante todo, el perjuicio económico, la explotación que se hace de una de las partes, antes que la alteración de la voluntad.

El contrato de compraventa de bienes raíces puede rescindirse por lesión enorme lo que no ocurre con las ventas de bienes muebles ni con las que se

hubieren hecho por ministerio de la justicia (pública subasta, almoneda), pues en éstas, como preceptúa el artículo 32 de la Ley 57 de 1887, “no habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme”.

Sobre el particular, el artículo 1947 del Código Civil, dispone:

“El vendedor sufre ‘lesión enorme’ cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad de precio que paga por ella.

“El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

Objeto lícito. El ‘*objeto*’ de la obligación es aquello que el deudor debe, es decir, la prestación, que puede consistir, como ya se sabe, en una acción o en una abstención. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer (art. 1517, C.C.).

El Objeto o contenido de la obligación debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Existir en el momento de la Declaración de Voluntad, o, en su defecto, que se espere que exista;
- b) Los bienes a que se refiere deben ser comerciales;
- c) Ser determinado o determinable;
- d) Ser física y moralmente posible, y
- e) Ser lícito.

En cuanto al ‘*objeto ilícito*’, es decir, aquel que la ley señala como tal, se anota que los actos jurídicos que versen sobre él son absolutamente nulos.

Al respecto de esta clase de objeto (ilícito), el artículo 1521 del Código Civil expresa:

“Hay objeto ilícito en la enajenación:

- “1º. De las cosas que no están en el comercio;
- “2º. De los derechos y privilegios que no puedan transferirse a otra persona;
- “3º. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;
- “4º. De las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio”.

Hay asimismo Objeto Ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación y en todo contrato prohibido por las leyes (arts. 1519 y 1523, C.C.).

Causa lícita. La ‘*causa*’ o fin de la operación es el motivo que induce al acto jurídico, es decir, el móvil o motivo determinante que han tenido los

contratantes para celebrar determinado acto jurídico. Por ejemplo, Pedro compra una casa porque le agrada el vecindario, etc.

En lo referente a la '*causa*', el artículo 1524 del Código Civil dice:

"No puede haber obligación sin una causa legal y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

"Se entiende por '*causa*' el motivo que induce al acto o contrato; y por '*causa ilícita*' la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

"Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las Obligaciones pueden clasificarse de la siguiente manera:

1. Civiles,
2. Naturales,
3. Puras y simples,
4. Condicionales,
5. A plazo,
6. Alternativas,
7. Facultativas,
8. De género,
9. Específicas,
10. Solidarias,
11. Divisibles,
12. Indivisibles, y
13. Con cláusula penal.

OBLIGACIÓN CIVIL. La Obligación Civil es la exigible, es decir, la que da derecho de exigir su cumplimiento. Generalmente las Obligaciones Civiles están provistas de '*acción de persecución*'. Estas obligaciones normalmente tienen acción para reclamarlas judicialmente en caso de que sean desconocidas, negadas por el sujeto pasivo.

OBLIGACIÓN NATURAL. La Obligación meramente Natural es aquella que no confiere derecho al acreedor para exigir su cumplimiento, pero que cumplida autoriza para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ella. El acreedor, en esta clase de obligaciones, carece de acción para reclamarla

ante la justicia. Son típicas obligaciones naturales las contraídas por algunos incapaces (menores adultos, etc.); las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; las que proceden de actos nulos por falta de las solemnidades que exige la ley para que produzcan efectos civiles y las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de pruebas (art. 1527, C.C.).

OBLIGACIÓN PURA Y SIMPLE. Se dice que una obligación es pura y simple cuando no depende de una condición o modalidad para exigir su cumplimiento.

OBLIGACIÓN CONDICIONAL. Denomínase Obligación Condicional aquella que depende de una condición, es decir, de un hecho futuro e incierto.

Además de lícitas, las condiciones deben ser físicas y moralmente posibles.

Es '*físicamente imposible*' la condición que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y '*moralmente imposible*' la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirará también como '*imposible*' la condición que esté concebida en términos ininteligibles (art. 1532, C.C.).

La Obligación Condicional puede ser:

1. **Positiva**, si consiste en el acontecer de una cosa, de un hecho, etc.;
2. **Negativa**, si la condición consiste en que una cosa o un hecho no acontezca;
3. **Potestativa**, o sea la condición que depende de la voluntad del acreedor o del deudor;
4. **Casual**, que es aquella condición que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso;
5. **Mixta**, la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso;
6. **Suspensiva**, o sea aquella condición que mientras se cumple suspende la adquisición de un derecho, y
7. **Resolutoria o extintiva**, que es aquella condición con cuyo cumplimiento se extingue un derecho.

OBLIGACIÓN A PLAZO. La Obligación a Plazo es aquella cuyo cumplimiento depende de una fecha (día o época) fijada por la ley, el juez o la convención, es decir, que su exigibilidad pende de un lapso o espacio de tiempo señalado para el efecto.

El Plazo o Término a que están sujetas las obligaciones de esta clase, puede ser:

1. **Expreso**, cuando, como su nombre lo indica, se ha señalado expresamente;
2. **Táctico**, o sea el absolutamente indispensable para que el deudor pueda cumplir su obligación y no se ha indicado expresamente;
3. **Legal**, que es el término señalado por el legislador;
4. **Judicial**, que es aquel plazo que en ciertos casos fija el Juez, y
5. **Convencional**, que es aquel que las partes han designado de común acuerdo.

“Las diferencias entre el plazo y la condición, dice la Jurisprudencia, son las siguientes: a) La condición es el acontecimiento futuro e incierto y el plazo es futuro pero cierto, sea determinado o indeterminado, expreso o tácito; b) La condición, cuando es suspensiva, detiene la formación de la obligación, no sabiéndose si ésta habrá de nacer, y el plazo sólo suspende su exigibilidad en la obligación ya constituida; c) El plazo produce sus efectos sin retroactividad y la condición con retroactividad; d) En la obligación bajo condición suspensiva el riesgo lo soporta el deudor si la cosa perece antes del cumplimiento y en la obligación a plazo el riesgo lo sufre el acreedor, conforme a lo dispuesto en el art. 1607 del C.C.”¹⁷⁹.

OBLIGACIÓN ALTERNATIVA. Se llama ‘*alternativa*’ aquella obligación por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras. Para que el deudor quede libre en esta clase de obligación de objeto múltiple, debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar a su acreedor a que acepte parte de una y parte de otra (arts. 1556 y ss., C.C.).

OBLIGACIÓN FACULTATIVA. Esta es la obligación que tiene por objeto una cosa determinada (prestación determinada), pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa (art. 1562, C.C.).

Si hubiere duda sobre si la obligación es ‘*alternativa*’ o ‘*facultativa*’, la ley establece que se tendrá por ‘*alternativa*’.

OBLIGACIÓN DE GÉNERO. La obligación se denomina ‘*de género*’ cuando se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinados.

Es conveniente aclarar que en el lenguaje jurídico se denomina '*género*' a las cosas que se determinan únicamente por la clase a que pertenecen, al cual debe agregarse la '*cantidad*' para evitar la indeterminación. Por ejemplo, un automóvil, cinco caballos, diez arrobas de trigo, cien pesos, etc.

"De suerte que en el lenguaje de los jurisconsultos y de nuestro código, comenta la Corte Suprema de Justicia, '*género*' es lo que los filósofos llaman especie, por ejemplo un caballo, un vestido; y '*especie*' es para los jurisconsultos y nuestro código, lo que los filósofos llaman individuo, por ejemplo, el vestido negro, el caballo blanco. '*Cantidad*', en el lenguaje de nuestro código, viene a ser el género señalado por un número, como diez vacas. De modo que no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalada únicamente por el género; es necesario que esta esté determinada por su especie, que viene a ser una limitación del género, limitación que debe ser precisa, porque así, aun cuando el deudor tiene cierta amplitud para el cumplimiento de su obligación, existen sin embargo, ciertas reglas legales que permiten la determinación. Pero además de la fijación del género, es indispensable saber la cantidad para que haya objeto del contrato; las cosas indeterminadas de clases determinadas deben designarse por su número, peso o medida. Así: la obligación carecería de objeto si se dice que el deudor debe caballos, sin determinar su cantidad, sin fijar reglas para determinarla"¹⁸⁰.

OBLIGACIÓN ESPECÍFICA. La Obligación Específica, llamada también '*de cuerpo cierto*', es aquella en que se debe una cosa individualizada inconfundible con otra, es decir, se debe un individuo determinado de una clase determinada. Por ejemplo, el perro pastor llamado Hércules; la hacienda '*La Dulcinea*' situada en el Municipio de Girardot, en tal dirección; el Teatro Colón de Bogotá, etc.

OBLIGACIÓN SOLIDARIA. En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para muchas personas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su cuota o parte de la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo caso, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es '*solidaria*' o '*in solidum*'. La solidaridad debe ser expresamente declarada en los casos en que no lo establezca la ley (art. 1568, C.C.).

La solidaridad se llama '*activa*' cuando existe entre acreedores y '*pasiva*' cuando se establece entre deudores.

Al respecto, el artículo 825 del Código de Comercio, dispone:

"En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente".

OBLIGACIÓN DIVISIBLE. Se denomina '*divisible*' la obligación que tiene por objeto una cosa susceptible de división, es decir, la que es factible fragmentaria sin que desmerezca su valor. La división de que es susceptible la cosa puede ser física, intelectual o de cuota. Por ejemplo, la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero, etc.

OBLIGACIÓN INDIVISIBLE. Toma el nombre de '*indivisible*' la obligación que tiene por objeto una cosa no susceptible de división y que debe cumplirse en su totalidad y no parcialmente, y que al fragmentarla desmerece su valor. Por ejemplo, la obligación de pintar un cuadro, de hacer una edificación, etc.

OBLIGACIÓN CON CLÁUSULA PENAL. La '*cláusula penal*' es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una '*pena*' que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal (art. 1592, C.C.). Por ejemplo, Pedro se compromete a pagar una cantidad determinada de dinero en caso de que incumpla lo pactado, etc.

Sobre el particular, el artículo 1600 del Código Civil expresa:

"No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena".

"La cláusula penal o pena convencional, sostiene la Jurisprudencia, es un pacto por el cual se obliga el deudor a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual, o si la cumple con atraso; de modo que la estipulación es al mismo tiempo un modo de coacción contra el deudor y una indemnización debida al acreedor, no sólo por su incumplimiento, sino aún por la morosidad en que haya podido incurrir. En los contratos bilaterales en que existen obligaciones recíprocas de las partes, se puede pactar tal pena o multa a cargo del incumplido. La pena es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo"¹⁸¹.

La '*cláusula penal*' es accesoria, es decir, que la nulidad de la obligación principal acarrea su nulidad, pero la nulidad de dicha cláusula no acarrea la de la obligación principal

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Toda obligación puede extinguirse por una '*convención*' en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula (art. 1625, C.C.).

“Aunque el art. 1625 del C.C. –dice la Corte– emplea la locución ‘*consientan en darla por nula*’, refiriéndose a la obligación principal, el término ‘*nulo*’ está impropriamente aplicado en él, porque cuando las partes convienen en invalidar una obligación por mutuo consentimiento, ocurrencia que los maestros franceses denominan ‘*resiliación*’, no es porque ella en sí adolezca de este vicio, ya que no le falta ninguno de los requisitos que la ley señala para el valor del mismo acto o contrato, o los que se refieran al estado o calidad de las partes, ni porque en esa convención primitiva hubiera objeto o causa ilícitos o se hubieran omitido los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no al estado o calidad de las partes, que es lo que induce nulidad del acto o contrato, de acuerdo con los arts. 1740 y 1741 del C.C. La resiliación es diferente de la nulidad. Esta se produce por la concurrencia de los motivos señalados en los artículos inmediatamente citados, al paso que en la resiliación el contrato que se pretende invalidar está exento de todo motivo o causa de nulidad y es completamente válido. También se diferencia de la resolución porque ésta disuelve el contrato por el advenimiento de la condición resolutoria expresamente pactada, o por el de la tácita que va envuelta en todo contrato bilateral cuando una de las partes no cumple con las obligaciones pactadas y la otra las ha cumplido o se allana a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Ciento es que al declararse invalidado un contrato por resiliación, las partes quedan obligadas a prestaciones mutuas según el caso”¹⁸².

Al tenor del mencionado artículo 1625 del Código Civil, las Obligaciones se extinguen además en todo o parte, por las siguientes causas:

1. Solución o pago efectivo,
2. Novación,
3. Transacción,
4. Remisión o condonación,

5. Compensación,
6. Confusión,
7. Pérdida de la cosa que se debe,
8. Declaración de nulidad o por rescisión,
9. Evento de la condición resolutoria, y
10. Prescripción.

SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO. La Solución o Pago Efectivo, que es la manera normal de extinguir una obligación, es la prestación de lo que se debe (art. 1626, C.C.). Es la entrega que hace el deudor al acreedor de lo que le debe, es decir, es la satisfacción de la deuda tal como se ha convenido. El pago se denomina '*'solución'*' (Lat. '*'solutio'*', que significa soltar, satisfacer, desatar, disolver, etc.) porque el cumplimiento de la obligación es exactamente como se ha contraído. Por ejemplo, si se debe una vaca, se entrega una vaca, etc.

El pago debe ser conforme con lo acordado, por consiguiente, el acreedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta de la debida, no importa que la cosa que se pretende dar en reemplazo sea igual o de mayor valor que la convenida.

Cualquier persona puede pagar por el deudor a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor, salvo si la obligación es de hacer y siempre que para la obra se haya tomado en cuenta la aptitud o talento del deudor, pues en este caso, la obra no puede ejecutarse por persona distinta del deudor sin consentimiento del acreedor (art. 1630, C.C.).

Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo, o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona encargada por el acreedor para el cobro. El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía (art. 1634, C.C.).

El pago, por otro aspecto, debe hacerse en el lugar convenido y si no se hubiere estipulado lugar para el pago, éste se hará, si se trata de un cuerpo cierto, en el lugar donde dicho cuerpo exista en el momento de constituirse la obligación; y si se tratare de otra cosa, el pago se hará en el domicilio del deudor; asimismo el pago debe hacerse en el tiempo pactado.

Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute a capital (arts. 1653, C.C. y 881, C. de Co.).

La entrega de títulos-valores de contenido crediticio (letras, cheques, pagarés, etc.) por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera (art. 882, C. de Co.).

Pago por consignación. Para que el pago sea válido no es necesario que se haga con el consentimiento del acreedor, pues es válido el pago aún contra la voluntad de éste cuando se hace mediante la '*consignación*' o sea el depósito que, con las formalidades legales, hace el deudor de la cosa debida cuando el acreedor se niega a recibirla (arts. 1656, C.C. y art. 414, N° 13, C.P.C.).

Otra forma especial de pago '*por consignación*' es la que trata el Decreto 1943 de 1965, cuando el arrendador de un bien raíz urbano, con el fin de hacer incurrir en mora a su inquilino cumplido, se niega a recibirla el respectivo canon dentro del término estipulado. En este caso puede el arrendatario '*consignar*' el valor de la renta en el Banco Popular del lugar de ubicación del inmueble o del lugar convenido, o en su defecto, en las instituciones y con la prelación de que trata el Decreto 1798 de 1963 (Banco de la República, Caja de Crédito Agrario, Caja Colombiana de Ahorros, etc.), y enviar aviso de la consignación a la dirección del arrendador mediante comunicación postal o telegráfica dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la consignación (D. 3817 de 1982).

Si se trata de una letra de cambio vencida y ésta no fuere presentada para su cobro dentro de los términos legales (día de su vencimiento o dentro de los ocho días comunes siguientes), cualquier obligado podrá '*depositar*' el importe de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales, que funcionen en el lugar donde debe hacerse el pago, a expensas y riesgo del tenedor y sin obligación de dar aviso a éste. Este depósito producirá efectos de pago (art. 696, C. de Co.).

Subrogación. No sobra hacer mención aquí de la institución denominada '*subrogación*', o sea la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga (arts. 1666, C.C. y 887 y ss., C. de Co.).

En refiriéndose a la Subrogación dice la Corte Suprema de Justicia: "Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto al acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto

ocurre en virtud del '*pago con subrogación*', pago de naturaleza especial, que no libera al deudor porque no es hecho por él, la subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso Delvicourt definió la subrogación como '*el cambio del acreedor, sin novación de la deuda*', y por eso también nuestro C.C., en el inc. 2º de su art. 1691, dice que tampoco hay novación '*cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor*'. No hay sino dos clases de subrogación: '*legal*', aún contra la voluntad del acreedor, en los casos señalados en la ley, '*convencional*', en virtud de una convención del acreedor. Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su cargo, no cabe subrogación sino extinción"¹⁸³.

Beneficio de competencia. El llamado '*beneficio de competencia*' es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente pueden, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejore su situación pecuniaria (art. 1684, C.C.).

NOVACIÓN. La '*Novación*', dice el artículo 1687 del Código Civil, es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. Es decir, se extingue la obligación primitiva creando al mismo tiempo otra nueva. "La novación, manifiesta la Corte Suprema, es un acto jurídico de doble efecto: ella extingue una obligación preexistente, y la reemplaza por una obligación nueva que hace nacer. No hay novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior, como ocurre cuando se cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la obligación"¹⁸⁴.

En relación a los modos de efectuarse la Novación, el artículo 1690 del Código Civil, reza:

"La novación puede efectuarse de tres modos:

"1º. Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor;

"2º. Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor;

"3º. Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

"Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama '*delegado*' del primero".

TRANSACCIÓN. La ‘*Transacción*’ es un contrato mediante el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469, C.C.). Puede también ser objeto de transacción el litigio terminado por sentencia judicial cuando ésta no ha sido conocida por las partes.

“La transacción es un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y existencia son materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra ‘*intuitu personae*’, en consideración a la persona con la cual se celebra”¹⁸⁵.

En el campo del derecho laboral existe una institución denominada ‘*conciliación*’ que no obstante ser parecida a la Transacción no puede confundirse con ella. En efecto, mientras la Transacción es un contrato celebrado sin participación de funcionario público alguno, por el cual las partes renuncian recíprocamente algunos derechos de orden privado, la Conciliación, que no puede referirse a los derechos y prestaciones irrenunciables que las normas laborales (orden público) conceden a los trabajadores, esencialmente consiste en un acuerdo celebrado por las partes, antes de juicio o dentro de él y con intervención del funcionario competente, que da por terminado un conflicto nacido del contrato de trabajo (arts. 14 y 240, C.S.T. y 19 y ss., C.P. del T.).

REMISIÓN. La ‘*Remisión*’ o ‘*Condonación*’ es el perdón de una deuda o de una obligación. La Remisión puede ser tácita, la cual ocurre cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de extinguir la deuda (art. 1713, C.C.).

Cuando se perdona una deuda o una obligación por simple liberalidad se incurre en el fenómeno llamado ‘*donación*’. La donación entre vivos, cuando pasa de la cantidad señalada por la ley (actualmente al tenor del artículo 1458 del Código Civil es de dos mil pesos) para que sea válida requiere de la ‘*insinuación*’, o sea la autorización de Juez competente solicitada por el donante o donatario.

COMPENSACIÓN. Cuando dos personas son deudoras una de otra, expresa el artículo 1714 del Código Civil, se opera entre ellas una ‘*compensación*’ que extingue ambas deudas, del modo y en los casos establecidos en la ley;

es decir, es la existencia simultánea de dos deudas contrarias de igual calidad jurídica que se excluyen recíprocamente hasta concurrencia de sus valores. En virtud de la compensación se produce la extinción de obligaciones entre varias personas mutuamente acreedores y deudores. Para que haya lugar a que ocurra esta manera de extinción de obligaciones es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Para que opere el fenómeno jurídico de la Compensación por el solo ministerio de la ley (*'ipso jure'*) y aún sin consentimiento de los deudores y que, por consiguiente, ambas deudas se extingan recíprocamente hasta concurrencia de sus valores, se requiere, al tenor del artículo 1715 del Código Civil, la presencia de las condiciones siguientes:

1. Que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad;
2. Que ambas deudas sean líquidas, y
3. Que ambas deudas sean actualmente exigibles.

CONFUSIÓN. Se verifica de derecho una '*Confusión*' que extingue la deuda y produce efectos jurídicos iguales que el pago, cuando en una misma persona concurren las calidades de acreedor y deudor.

Este fenómeno de la Confusión se presenta especialmente cuando una parte sucede a la otra a título universal (transmisión '*mortis causa*'). Puede presentarse también cuando un tercero sucede a título universal al acreedor o al deudor.

La Confusión puede extinguir total o parcialmente la obligación, según que en su totalidad o sólo en parte, concuerden las calidades de acreedor y deudor.

PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE. Cuando un cuerpo cierto (individuo determinado de una clase determinada) que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación del deudor, siempre y cuando que este hecho no se deba a culpa del mismo deudor o que éste no se encuentre en mora de entregar la cosa debida (art. 1729, C.C.).

Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya. Pero si el deudor alega el caso fortuito, está obligado a probarlo.

Para el efecto se entiende por '*caso fortuito*' o '*fuerza mayor*' "el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el

apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (art. 1º, Ley 95 de 1890).

Cuando se trate de obligaciones de género, éstas no se extinguieren por la pérdida de la cosa debida, pues los géneros no perecen (*'genera non pereunt'*), salvo que se trate de un género restringido, en cuyo caso la pérdida de la cosa hace imposible cumplir la obligación.

NULIDAD Y RESCISIÓN. Es nulo, dice el artículo 1740 del Código Civil, todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La Nulidad puede ser de dos clases, así:

1. Nulidad absoluta. Son nulidades absolutas, las producidas por un objeto o causa ilícitos, y las producidas por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los acuerdan o ejecutan, así como también las producidas en los actos o contratos de personas absolutamente incapaces. Esta clase de nulidad no puede sanearse por la ratificación de las partes cuando ha sido generada por objeto o causa ilícitos, pero por prescripción extraordinaria sí puede sanearse en todo caso (arts. 1741, C.C. y 899, C. de Co.).

2. Nulidad relativa. La nulidad relativa es la producida por cualquier otra especie de vicio distinto de los anteriormente mencionados respecto de las nulidades absolutas. Esta clase de nulidad puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

La Nulidad Relativa da derecho a la ‘*rescisión*’ del acto o contrato. Rescisión viene de Rescindir (Lat. ‘*rescindere*’, de ‘*re*’ y ‘*scindere*’, rasgar) que significa deshacer, invalidar un contrato. La Rescisión, por tanto, es la sanción de los actos o contratos que padecen vicios que conciernen únicamente al interés privado de las partes, es decir, que son relativamente nulos.

Al respecto ha expresado la Corte Suprema: “La nulidad relativa no significa otra cosa que la facultad temporal que concede la ley a determinadas personas para destruir los efectos del acto o contrato que adolece de algún vicio subsanable”¹⁸⁶.

No debe confundirse, por lo demás, la ‘*Rescisión*’ con la ‘*Revocación*’, pues mientras la primera, como ya se dijo, es la sanción del acto relativamente nulo, la segunda, a la cual se refiere el inciso 1º del artículo 1625 del Código

Civil que impropiamente emplea el término '*nula*', consiste en el acuerdo de las partes para extinguir retroactivamente los efectos del acto jurídico o extinguirlos para lo futuro.

Refiriéndose a la '*revocación*' comenta Pérez V.: "Las partes pueden de mutuo consentimiento volver atrás los efectos de los actos jurídicos o extinguirlos para lo futuro. Este '*mutuo disentimiento*' ('*mutuus dissensus contrarius consensus*') tiene la virtud de permitir a las partes volverse atrás (revocar la declaración de voluntad) o liberarse para lo futuro". Y agrega este autor, que debido a la ausencia en nuestro derecho de una terminología apropiada para designar este fenómeno, él prefiere emplear las expresiones '*revocación*' y '*resiliación*', así: la '*revocación*' para calificar el '*mutuo disentimiento*' de las partes para que produzca efectos hacia atrás ('*ex tunc*') y que sólo puede tener lugar respecto de actos jurídicos de ejecución instantánea. Por ejemplo, el contrato de compraventa que las partes convienen deshacer (destratar), recibiendo cada uno de ellos lo que dio; el vendedor la cosa y el comprador el precio, etc. Y la '*resiliación*' para designar el '*mutuo disentimiento*' de las partes para que produzca efectos para lo futuro ('*ex nunc*') y que únicamente tiene lugar respecto de los actos jurídicos de ejecución sucesiva, es decir, simplemente es la revocación de un acto de trato sucesivo. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento, que sólo puede ser resiliado, es decir, extinguido para lo porvenir¹⁸⁷.

Refiriéndose a las Nulidades la Corte Suprema de Justicia en su oportunidad comentó: "Están atacados de nulidad absoluta aquellos negocios que lesionan los intereses de orden público; de nulidad relativa, los actos jurídicos que atentan contra los intereses de las partes"¹⁸⁸.

Por otro aspecto, como ya se explicó al tratar de la '*Incapacidad*' (ver págs. 213 y ss.), la Nulidad Absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, es decir, oficiosamente, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (art. 2º, Ley 50 de 1936); lo que no ocurre con la Nulidad Relativa, pues esta no puede ser declarada oficiosamente por el funcionario, sino que debe haber previo pedimento de parte legalmente interesada (art. 1743, C.C.).

La declaración de nulidad, mediante sentencia judicial, de un acto o contrato da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato anulado, de tal suerte que, en virtud de dicha sentencia declarativa, cada una de las partes está obligada a devolver a la otra lo que hubiere recibido como prestación del contrato invalidado (art. 1746, C.C.).

EVENTO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. Como ya se expresó en su oportunidad al tratar de la Obligación Condicional Resolutoria o Extintiva (ver pág. 255), se extingue un derecho cuando se ha cumplido una condición cuya realización extingue ese derecho.

En los contratos en que las partes se obligan recíprocamente, o sea, en los '*bilaterales*', va envuelta la Condición Resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la '*resolución*' o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios (art. 1546, C.C.).

En virtud de la '*resolución*', el contrato pierde fuerza para lo futuro, extinguéndose retroactivamente desde su nacimiento, volviendo las cosas al estado en que se hallaban antes de su celebración, o sea que la '*resolución*' obra para antes y después ('*ex tunc ex nunc*'). Es decir, sobre el contrato obra la resolución doblemente; para lo pretérito, deshaciendo sus efectos; para lo futuro, quitándole su fuerza.

"La condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes –ha dicho la Corte Suprema– resuelve de 'pleno derecho' el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C., se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir, a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes"¹⁸⁹.

PREScripción. La '*Prescripción*' es un modo de extinguir las acciones o derechos ajenos (Prescripción extintiva de una acción), o un modo de adquirir las cosas ajena (Prescripción adquisitiva de un derecho) (Ver pág. 232), por no haberse ejercido dichas acciones y derechos y haberse poseído las cosas durante cierto tiempo, y concurriendo los requisitos señalados por la ley (art. 2512, C.C.).

De lo anterior se infiere que la Prescripción puede ser de dos clases, así:

1) Extintiva. Por la Prescripción Extintiva, como su nombre lo indica, se extinguén los derechos personales u obligaciones. Un derecho o una acción se '*prescribe*' cuando se extingue por la prescripción, es decir, cuando ha pasado el tiempo que la ley otorga para su ejercicio y no se ha ejercido.

La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos únicamente exige un tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Este lapso se cuenta desde el momento que la obligación sea exigible (art. 2535, C.C.). Por ejemplo, la acción redhibitoria respecto de inmuebles prescribe en un (1) año, las acciones correspondientes a los derechos de los trabajadores

regulados en el respectivo código prescriben a los tres (3) años, la acción resarcitoria por lesión enorme a los cuatro (4) años, etc.

2. Adquisitiva. Esta clase de Prescripción, llamada también '*Usucapión*', es, como ya se dijo, un modo de adquirir los derechos reales (especialmente el de Propiedad o Dominio). Por la prescripción adquisitiva se adquieren las cosas ajenas mediante la posesión durante cierto tiempo indicado en la ley.

La Prescripción Adquisitiva puede ser '*ordinaria*' o '*extraordinaria*', requiriendo la primera (ordinaria) un tiempo de tres (3) años para los muebles y de diez (10) años para los inmuebles, y, la segunda (extraordinaria), necesitando un lapso de veinte (20) años (art. 1º, Ley 50 de 1936).

En lo que respecta a la Prescripción Adquisitiva de Dominio concretamente, ésta requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción;
- b) Que la cosa haya sido poseída durante el término exigido por la ley, y
- c) Que la posesión haya sido sin interrupción.

La Prescripción no puede ser declarada oficiosamente por el Juez, sino que ella debe ser alegada por la parte que quiera su aprovechamiento.

Toda persona que tenga a su favor una prescripción adquisitiva de dominio (por haber poseído una cosa ininterrumpidamente por el lapso legal) puede pedir la declaración judicial de '*Pertenencia*' (art. 413, C.P.C.).

La Prescripción Extintiva de acciones ajenas, por su parte, debe ser alegada únicamente por la persona a la que la acción perjudique, es decir, por aquella que tenga interés en su declaración.

No sobra advertir que los bienes de '*uso público*', como las plazas, las calles, etc. al decir del artículo 2519 del Código Civil, no prescriben en ningún caso.

Para terminar esta parte transcribimos el artículo 2534 del Código Civil, que reza:

“La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”.

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

Probar, en sentido general, es demostrar la verdad de algo, es decir, llegar a la certeza de una cosa, de un hecho.

Jurídicamente, puede decirse que '*probar*' es producir en el Juez la convicción sobre la veracidad o falsedad de una cosa o un hecho alegados, empleando los medios señalados en la ley para el efecto.

En lo concerniente a la '*carga*' o '*peso*' de la Prueba, el Código Civil (art. 1757) expresa que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta". Empero, el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), con un criterio más amplio y general, se refiere no solamente a las obligaciones sino a todo lo referente a este problema. En efecto, el artículo 177 del mencionado estatuto de procedimiento dice:

"CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

"Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidos no requieren pruebas".

CLASES DE PRUEBAS. Las Pruebas se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Plenas,
2. Incompletas,
3. Sumarias,
4. Conducentes,
5. Inconducentes,
6. Eficaces,
7. Ineficaces,
8. Principales,
9. Supletorias,
10. A petición de parte,
11. De oficio,
12. Preconstituidas,
13. Literales,
14. Documentales,
15. Monumentales,
16. Trasladas, y
17. Diabólicas.

Prueba plena. La Prueba Plena, llamada también '*completa*' o '*perfecta*' es, tratándose de asuntos civiles, al decir de Cardozo, "la que apreciada por el juez de acuerdo con todas las reglas de la sana crítica, le

da convicción plena, completa o perfecta sobre la existencia o verdad del hecho al cual se refiere”¹⁹⁰.

Prueba incompleta. Esta clase de prueba, denominada también ‘imperfecta’ es, como dice el mencionado Cardozo, “la que no da una convicción completa o plena al Juez sino que solo establece como susceptible de ser verosímil el hecho o acto sobre el cual recae”¹⁹¹.

Prueba sumaria. La Prueba Sumaria es aquella que no ha sido controvertida, es decir, que no ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende esgrimir, hacer valer. La Prueba Sumaria es incompleta y siempre se practica extrajuicio. La práctica de inspección judicial sin citación del presunto demandado; las llamadas ‘declaraciones extrajuicio’; el documento no reconocido por el obligado, pero firmado por él y dos testigos, etc., son ejemplos típicos de prueba sumaria.

Prueba conducente. Se denominan ‘conducentes’ aquellas pruebas que conducen a establecer directamente los hechos materia del proceso, es decir, se refieren a hechos directamente relacionados con el caso debatido, de tal suerte, que probados influirán en la decisión del litigio. A esta clase de pruebas se les llama también ‘pertinentes’.

Prueba inconducente. La prueba es ‘inconducente’ o ‘impertinente’ cuando no hay ninguna relación de causalidad entre el hecho en el cual fundamenta su decisión el juzgador y la prueba de ese mismo hecho, es decir, cuando la prueba se refiere a un hecho sin relación con el asunto debatido. Se denomina ‘inconducente’ esta clase de prueba, porque, como muy claramente expresa el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, no conduce a establecer la verdad sobre los hechos que sean materia de investigación.

Prueba eficaz. Son pruebas ‘eficaces’ aquellas que por mandato normativo tienen poder de convicción o demostrativo para acreditar ciertos hechos o actos.

Prueba ineficaz. Se considera ‘ineficaz’ la prueba que carece de poder de convicción porque la ley no le ha dado ninguna capacidad demostrativa para acreditar ciertos hechos o actos.

Sobre el particular, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil dice:

“Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará ‘in limine’ las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestamente superfluas”.

Prueba principal. Prueba ‘principal’ es aquella que, para demostrar ciertos hechos o actos, la ley le confiere mayor jerarquía, prefiriéndola a

otras pruebas, las cuales únicamente pueden obrar ante su falta debidamente acreditada.

Prueba supletoria. Toman el nombre de '*supletorias*' las que, a falta de pruebas principales, se admiten para demostrar la veracidad de ciertos hechos o actos que, en principio, deben acreditarse por aquellas. Se llaman así, porque su objeto es '*suplir*' las pruebas principales y únicamente a falta debidamente demostrada de éstas, pueden ser aceptadas.

Pruebas a petición de parte. Las pruebas '*a petición de parte*' son las que, de acuerdo con la ley, las partes pueden solicitar sean decretadas por el juzgador.

Pruebas de oficio. Se llaman '*de oficio*' aquellas pruebas que el Juez puede decretar, sin que las partes las hayan solicitado, por considerarlas útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (art. 179, C.P.C.).

Prueba preconstituida. Se conocen con el nombre de '*preconstituidas*' aquellas pruebas que existen con anterioridad al litigio al cual se aducen. Estas pruebas se elaboran de antemano ya sea porque los interesados las confeccionan intencionalmente con miras a demostrar sus derechos en juicio o porque son consecuencia propia de un acto jurídico o de un hecho. Por ejemplo, el documento contentivo de una obligación firmada por el deudor, la escritura pública de compraventa de un inmueble, las declaraciones extrajuicio, la inspección judicial etc.

Prueba literal. Se llaman '*literales*' aquellas pruebas constituidas por escritos, ya sean públicos o privados, tales como cartas, documentos escritos contentivos de contratos, etc.

Prueba documental. La prueba '*documental*' es aquella constituida por elementos gráficos no propiamente escritos, como fotografías, cartas geográficas, dibujos, etc.

Prueba monumental. Esta clase de prueba está referida a objetos puramente materiales no escritos ni gráficos, como los hitos, mojones, etc.

Prueba trasladada. Se denomina '*trasladada*' aquella prueba aportada legalmente a un proceso tomándola de otro en el cual ha sido debidamente producida.

Prueba diabólica. Esta prueba, casi imposible en la práctica, de ahí su denominación, consiste en que para reconocer a un sujeto como dueño de ciertos bienes raíces, debe éste aducir una cadena rigurosa de títulos, desde el originario, cuando dichos bienes se desprendieron del poder del Estado, hasta

el presente radicado en su persona. A esta clase de prueba hace referencia la Ley 200 de 1936.

MEDIOS DE PRUEBA CIVILES. Según el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil (D. 1400 de 1970), sirven como medios probatorios (pruebas), los siguientes:

1. Declaración de parte,
2. Juramento,
3. Declaración de terceros,
4. Dictamen pericial,
5. Inspección judicial,
6. Documentos,
7. Indicios, y
8. Cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez.

DECLARACIÓN DE PARTE. En general, por '*declaración de parte*' debe entenderse toda manifestación que, con el lleno de los requisitos legales y ante funcionario competente, una persona capaz que es parte de un proceso, hace en forma espontánea, libre y conscientemente ('*animus confitendi*'), acerca de la ocurrencia o no ocurrencia de hechos personales o de que tenga conocimiento.

Para que una Declaración de Parte tenga valor probatorio, requiere que verse sobre hechos que, además de que respecto de los cuales la ley no exige otro medio de prueba, produzca consecuencias jurídicas adversas a la parte declarante o que favorezca a la contraparte, en estos casos toma la denominación de '*confesión*' (art. 195, C.P.C.).

Respecto de este medio de prueba, rige, especialmente en el campo civil, el principio de la '*Indivisibilidad de la Confesión*', según el cual, la parte que quiera valerse de las declaraciones judiciales de su adversario no puede aceptarlas en lo que la favorezcan, y rechazarlas en aquello que la perjudique. Este principio está enunciado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente expresa:

"La indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte.

"La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que la desvirtúe.

"Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima relación con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente".

Clasificación de la confesión. La Confesión puede ser de varias clases, así:

1. **Confesión pura y simple.** Cuando el confesante admite sin salvedades las afirmaciones de la contraparte se dice que hay confesión '*pura y simple*'. Por ejemplo, cuando dice: es cierto lo que se me pregunta..., etc.

2. **Confesión cualificada.** Esta clase de confesión se presenta cuando el confesante reconoce el hecho o el acto jurídico afirmado por su contraparte, pero le hace modificaciones y aclaraciones que determinan modalidades y efectos jurídicos que le convienen. V.gr. cuando dice: es cierto que le debo esa cantidad de dinero, pero debo pagársela dentro de dos años... etc.

3. **Confesión compuesta.** Se denomina '*compuesta*' la confesión cuando el confesante reconoce la afirmación de su adversario, pero opone otro hecho diverso, separado y sin relación con el admitido, con el cual pretende eximirse de cumplir la obligación. Por ejemplo, cuando manifiesta: sí me prestó esa cantidad de dinero, pero él también me debe igual suma de dinero y por eso no le pago..., etc.

4. **Confesión judicial.** La confesión '*judicial*', como su nombre lo indica es aquella que se hace dentro de un proceso, delante del juez competente.

5. **Confesión extrajudicial.** La confesión '*extrajudicial*' es la hecha fuera del proceso por la persona contra quien se aduce, ya sea ante jueces incompetentes, funcionarios administrativos, en documentos escritos, en cartas, etc.

Sobre el particular, el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, a la letra dice:

"Confesión judicial es la que se hace a un juez, en ejercicio de sus funciones; las demás son extrajudiciales. La confesión judicial puede ser provocada o espontánea. Es provocada la que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley, y espontánea, la que se hace en la demanda y su contestación o en cualquier otro acto del proceso sin previo interrogatorio".

6. **Confesión ficta o presunta.** Esta clase de confesión es a la que se refiere el artículo 210 del C.P.C. (modificado por el art. 22 de la Ley 794 de 2003), el cual expresa:

"Que cuando el citado no compareciere a la audiencia, fuere renuente a responder o dicre respuestas evasivas, se dejará constancia en la correspondiente acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

Así mismo, si el citado no compareciere y no hubiere interrogatorio escrito, la misma presunción se deducirá respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito o de sus contestaciones.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta, cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, el interrogatorio escrito, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Pero si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia del citado, sus respuestas evasivas o se negare a responder se apreciarán como indicio grave en su contra”.

No está demás advertir, que la presunción a que hace referencia el artículo transitorio es ‘legal’, es decir, que admite prueba en contrario, además, como preceptúa el artículo 201 del Código de Procedimiento Civil tantas veces mencionado: “toda confesión admite prueba en contrario”.

JURAMENTO. El ‘*Juramento*’ como medio de prueba, y no como formalidad previa establecida por la ley en algunas diligencias judiciales¹⁹², se encuentra reglamentado en el Código de Procedimiento Civil, así:

“Artículo 211. Juramento Estimatorio. El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admite o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

“Si la cantidad estimada excediere del doble de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte, a título de multa, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia”.

“Artículo 212. Juramento deferido por la ley. Cuando la ley autoriza al Juez para pedir el juramento a una de las partes, ésta deberá prestarlo dentro de la oportunidad para practicar pruebas, en la fecha y hora que se señale. El juramento deferido tendrá el valor probatorio que la misma ley le asigne”.

TESTIMONIO. El ‘*Testimonio*’ en sentido general, es la relación que hace una persona (testigo) sobre hechos que afirma haber percibido (visto, oído, etc.).

“Por la palabra ‘*testigo*’ –comenta Mittermaier– se designa el individuo llamado a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de un hecho. Propiamente hablando, el testigo es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza, pero en la práctica, y relativamente a la prueba, no adquiere importancia, ni se trata verdaderamente de él como tal sino cuando ‘*habla y refiere lo que ha visto*’...”¹⁹³.

Judicialmente considerado, el Testimonio es un medio probatorio consistente en la narración que, ante el funcionario competente y con las formalidades legales requeridas, hace una persona ajena a un proceso sobre hechos concernientes al mismo que ésta ha percibido.

Por lo general, toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le solicite. Sin embargo, algunos individuos, tales como abogados, ministros de cualquier religión, médicos, contadores, etc., no están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio (arts. 213 y 214, C.P.C.).

Asimismo, ciertos incapaces (menores de 12 años, dementes, sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, etc.) son absolutamente inhábiles para testimoniar en todo proceso.

Por otra parte, las personas que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas, son relativamente inhábiles para declarar en un proceso determinado (art. 216, C.P.C.).

CLASIFICACIÓN DE LOS TESTIGOS. Los Testigos pueden ser de las siguientes clases:

1. Testigos directos. Son Testigos Directos (*'propus sensibus'*) aquellos que han percibido (visto, oído, etc.) directa y personalmente el hecho porque estaban presentes en el momento de su ocurrencia.

2. Testigos indirectos. El Testigo Indirecto o *'mediato'*, es aquel que no ha estado presente a la ocurrencia de un hecho y lo ha conocido por medios indirectos y de dicho hecho, como expresa Gorphe, “no puede afirmar más que un vago rumor o una frágil opinión”.

3. Testigos oculares. Los Testigos Oculares (*'de visu'*) son aquellos que declaran sobre hechos que afirman haber visto.

4. Testigos auriculares. El Testigo Auricular (*'de auditu'*) es aquel que declara sobre hechos que afirma haber oído.

5. Testigos de oídas. El Testigo de Oído (*'de auditio alieno'*) es aquel que declara haber oído a otra persona el relato de un hecho.

6. Testigos instrumentales. Se llaman Testigos Instrumentales a aquellos que presencian la suscripción de un documento por parte de sus otorgantes.

7. Testigos de mayor excepción. Son aquellos testigos de reconocida probidad y sobre los que no recae ninguna excepción ni tacha.

8. Testigos de cargo. Testigo de Cargo es el que declara en contra del procesado.

9. Testigos de descargo. Los Testigos de Descargo, como su nombre lo indica, son aquellos que declaran en favor del procesado.

DICTAMEN PERICIAL. La Peritación se hace por medio de '*peritos*', que son los individuos experimentados o prácticos en una ciencia o arte. Los Peritos son auxiliares del juzgador quien los designa de acuerdo a una lista oficial elaborada para el efecto.

La función de los Peritos se limita a emitir un '*dictamen*', es decir, una opinión, un juicio sobre una cosa o un hecho que interesan al proceso, y cuyo fin es instruir al juzgador.

Al respecto, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, expresa:

"**PROCEDENCIA DE LA PERITACIÓN.** La peritación es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

"Sobre un mismo punto no se podrá decretar en el curso del proceso, sino un dictamen pericial, salvo en el incidente de objeciones al mismo, en el que podrá decretarse otro. Tampoco se decretará el dictamen cuando exista uno que verse sobre los mismos puntos, practicado fuera del proceso con audiencia de las partes. Con todo, cuando el tribunal o el juez considere que el dictamen no es suficiente, ordenará de oficio la práctica de otro con distintos peritos, si se trata de una prueba necesaria para su decisión.

"No será menester la intervención de peritos para avaluar bienes muebles cotizados en bolsa; su valor se determinará por la cotización debidamente certificada que haya tenido en la oportunidad correspondiente. El juez podrá ordenar que se presente nuevo certificado cuando lo estime conveniente".

En cuanto al número de peritos que ha de requerirse, la ley procedural civil establece que cuando se trate de proceso de mínima y de menor cuantía, la peritación se hará por un solo perito; y si se trata de un proceso de mayor cuantía, el dictamen será de dos peritos.

INSPECCIÓN JUDICIAL. La Inspección Judicial, es el examen y reconocimiento personal que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos, para la verificación o esclarecimiento de hechos materia del proceso.

La Inspección Judicial puede ordenarse por el juzgador de oficio o a petición de parte y puede practicarse con intervención de peritos (art. 244, C.P.C.).

DOCUMENTOS. El '*documento*', al decir de Cardozo, puede definirse como "cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí mismo para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano"¹⁹⁴.

Sobre el particular, el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, dice:

"Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares".

Clasificación de los documentos. Los documentos pueden ser de dos clases, así:

1. **Documentos públicos.** Documento Público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando el documento consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario toma el nombre específico de '*instrumento público*'.

Cuando el documento público es otorgado por un Notario o por quien haga sus veces y ha sido incorporado al respectivo protocolo, se denomina '*escritura pública*'.

El '*protocolo*' dice el diccionario, es el libro en que guarda el Notario los registros de las escrituras que han pasado ante él.

Se dice que un documento es '*auténtico*', cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado. El documento público se presume auténtico, mientras no se pruebe lo contrario mediante tacha de falsedad (arts. 252 y 289, C.P.C.).

Ciertas certificaciones expedidas de acuerdo con la ley por los jueces, directores de algunas oficinas públicas, registradores de instrumentos públicos, notarios y otros funcionarios, tienen el carácter de documentos públicos. Asimismo, los periódicos oficiales debidamente autenticados, tendrán el valor de copias auténticas de los documentos públicos que en ellos se inserten (arts. 262 y 263, C.P.C.).

2. **Documentos privados.** El documento privado es el que no reúne los requisitos para ser Documento Público (art. 251, C.P.C.). Se llama '*privado*' porque emana de la persona privada que lo crea libremente y ajeno al cumplimiento de obligaciones propias de un cargo público u oficial.

El Documento Privado, dispone el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es auténtico en los siguientes casos:

- a) Si ha sido reconocido ante juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.
- b) Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.
- c) Si habiéndose aportado al proceso y afirmado estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta o sus sucesores no lo tacharon de falso en su oportunidad.

d) Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso.

Valor probatorio de los documentos. Es indivisible la prueba que resulte de los documentos públicos y privados, y, siempre que tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, comprende aún lo meramente enunciativo (art. 258, C.P.C.).

Los documentos públicos que fueren otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el respectivo agente consular de la República, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del agente consular se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y la del agente consular del país amigo en su caso se autenticará por el funcionario competente del mismo (art. 259, C.P.C.).

Los documentos extendidos en idioma distinto al Castellano solamente pueden ser tenidos como prueba si han sido aportados al proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un intérprete designado por el juez.

Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza (art. 264, C.P.C.).

Los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros. Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos (art. 279, C.P.C.).

No producirán efecto contra terceros, las escrituras privadas efectuadas por los contratantes para alterar lo estipulado en escritura pública. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y en la copia en cuya virtud ha obrado el tercero (art. 267, C.P.C.).

Los documentos pueden ser aportados al proceso originales o en copia. Las copias pueden consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento; la reproducción deberá ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo (art. 253, C.P.C.).

Las copias tienen el mismo valor probatorio del original cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica, cuando se trate de reproducción debidamente autenticada y cuando sea compulsada del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial (art. 254, C.P.C.).

Las partes deberán aportar el original de los documentos privados que estuvieren en su poder. Podrán aportarse en copia los que formen parte de otro proceso del que no puedan ser desglosados, siempre que dicha copia se expida por orden del juez; los que hayan sido protocolizados y aquellos cuyo original no se encuentre en poder de quien los aporta, caso este en que la copia debe estar debidamente autenticada o reconocida expresamente por la parte contraria, para que preste mérito probatorio (art. 268, C.P.C.).

Los libros de comercio, los cuales se presumen auténticos si están debidamente registrados (Cámara de Comercio) y son llevados en forma legal, hacen fe en los procesos entre comerciantes, en los demás casos solamente harán fe contra el negociante que los lleva. Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus propios libros (art. 271, C.P.C.).

En las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente, los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba. En materia civil, aún entre comerciantes, dichos libros y papeles sólo tendrán valor contra su propietario, en lo que en ellos conste de manera clara y completa y siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable (art. 68, C. de Co.).

En las cuestiones mercantiles con persona no comerciante, los libros de comercio sólo constituirán un '*principio de prueba*' en favor del comerciante que necesitará ser completado con otras pruebas legales (art. 69, C. de Co.).

La parte que pretenda utilizar un documento privado en original o en copia que se halle en poder de la otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su '*exhibición*'. Podrá pedirse también la exhibición de cosas muebles que la parte interesada pretenda aducir como prueba. Asimismo podrá ordenarse de oficio o a solicitud de parte la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante (arts. 283 y ss., C.P.C.).

INDICIOS. La noción de '*Indicio*' (Lat. '*index*', '*indici*', que muestra, que indica), expresa Rocha, "va pues unida indudablemente a una operación mental de inferencia, de deducción, y, avanzando un poco más, de conclusión, de demostración"¹⁹⁵. De ahí que se diga que se entiende por tal "un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho". El hecho del cual se

infiere la existencia de otro se denomina '*indiciario*' o '*intermedio*' y el que se busca establecer toma el nombre de '*principal*'.

PRESUNCIÓNES. Las '*Presunciones*' (Lat. '*praesumere*', tomar antes), suele decirse, "son suposiciones de la verdad de hechos desconocidos, que la ley o el juez deducen por consecuencia indirecta de otros hechos conocidos".

Según quien haga la inferencia del hecho *indiciario* (el cual debe estar debidamente probado en el proceso) al *principal*, la Presunción puede ser de las siguientes clases:

1. **Presunción judicial**, llamada también '*de hombre*' o '*simple*', si la inferencia la hace el juzgador. Esta clase de presunción admite prueba en contrario.

2. **Presunción legal** ('*juris tantum*'), que es la inferencia que establece la ley como regla. Esta clase de presunción admite también prueba en contrario que puede aducir el sujeto contra quien obre. Por ejemplo, la presunción de dominio que consagra el artículo 762 del Código Civil al disponer que "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo", etc.

3. **Presunción de derecho** ('*juris et de jure*'), llamada también '*legal absoluta*', '*concluyente*' o '*perentoria*', es aquella impuesta también por la ley pero, al contrario de las anteriores, no admite prueba en contrario, pues descansa, por lo general, en alguna ley natural, constante y general. Por ejemplo la presunción contenida en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes". Otro ejemplo de presunción de derecho es la que contempla el artículo 9º del Código Civil, comentado en su oportunidad, que expresa: "La ignorancia de la ley no sirve de excusa", etc.

Refiriéndose a este tema, dice así el artículo 66 del Código Civil:

"Se dice '*presumirse*' el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Se permitirá probar la existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

"Si una cosa, según la expresión de la ley, se '*presume de derecho*', se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes y circunstancias".

MEDIOS DE PRUEBA PENALES. Ahora bien, en lo que respecta al campo penal o '*criminal*', el régimen probatorio está contemplado en el Capítulo III

del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Allí se dispone que “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto...” (art. 380 C.P.P.).

Toda duda debe resolverse a favor del acusado, cuando no haya modo de eliminarla. Este es el principio denominado *“in dubio pro reo”*, que se aplica cuando razonablemente en la duda puede plantearse una hipótesis favorable al sindicado, pues para condenarlo se requiere ‘el conocimiento más allá de toda duda’ acerca del delito y su responsabilidad penal (art. 381 C.P.P.). Además de que por razones de rectitud y equidad, es menos grave para la justicia absolver al culpable que condenar al inocente. Por otro aspecto, agrega el artículo acabado de mencionar, “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

De conformidad con el artículo 382 del Estatuto Procesal Penal atrás anotado, los medios de conocimiento (medios probatorios) son los siguientes:

1. Prueba testimonial;
2. Prueba pericial;
3. Prueba documental;
4. Prueba de inspección;
5. Elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.

PRUEBA TESTIMONIAL (Testimonio). El testimonio es la declaración que, ante funcionario competente, rinde una persona (testigo) ajena al proceso, sobre los hechos que se investigan y que ésta ha percibido. Toda persona está obligada a rendir, bajo la gravedad de juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales, tales como la no obligación de declarar una persona contra sí misma o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. También se exceptúan al deber de declarar ciertas personas por razón de su profesión, oficio o actividad como el abogado en relación con su cliente, el médico con su paciente, el clérigo con el feligrés, etc. (arts. 383 y s.s. C.P.P.).

Conviene anotar algo sobre la “confesión” la cual consiste en la declaración espontánea, consciente y voluntaria del acusado hecha ante el funcionario competente, en la que admite haber participado en el hecho que se investiga. Se llama “simple” cuando el confesante admite haber obrado simplemente sin circunstancias que modifiquen o atenúen el grado de su culpabilidad, y “calificada” si el procesado admite el hecho que se investiga

manifestando a la vez que obró conforme a una causal de justificación o inculpabilidad, o de alguna otra circunstancia que modifique el grado de su participación o atenúa específicamente su culpabilidad.

Al respecto, el artículo 283 del C.P.P.; expresa que:

“La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga”.

PRUEBA PERICIAL (peritación). La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados (art. 405 C.P.P.), para lo cual el funcionario judicial nombra una o varias personas (peritos), que deben ser mayores de edad, mentalmente sanas, no estar bajo interdicción y que no hayan sido condenadas por algún delito y si lo fueron se encuentren rehabilitadas, que posean título universitario legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte, o, en ciertas circunstancias, aunque carezca de título, sean individuos de reconocido entendimiento para tales fines. La función de dichos peritos se limita a rendir un ‘dictamen’ (informe) bajo la gravedad del juramento, en el cual deben expresar en forma clara y precisa los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso y los principios científicos, técnicos o artísticos en que fundamentan sus verificaciones o análisis y grado de aceptación (arts. 413 y ss. C.P.P.).

PRUEBA DOCUMENTAL (documentos). El documento es toda expresión de persona conocida o conocible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, como los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, grabaciones magnetofónicas, discos, grabaciones fonéticas, videos, películas cinematográficas, grabaciones computacionales, télex, telefax, fotografías, radiografías, ecografías, tomografías, electrocardiogramas, etc. que tengan capacidad probatoria.

El documento se denomina “auténtico”, cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Son auténticos también, las monedas de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación y otros más de que trata el artículo 425 del C.P.P.

El documento, expresa el artículo 429 del C.P.P., podrá presentarse en original, o en copia autenticada, cuando lo primero no fuere posible o causare grave perjuicio a su poseedor.

PRUEBA DE INSPECCIÓN (inspección judicial). La inspección judicial es el examen que excepcionalmente hace el juez fuera del recinto de la audiencia, cuando, previa solicitud de la Fiscalía o de la defensa, estime necesaria su práctica dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales y evidencia física, o cualquier otra evidencia demostrativa de la manera como ocurrieron los hechos objeto del juzgamiento (art. 435 C.P.P.).

Además de los anteriores medios probatorios, el Código de Procedimiento Penal, trata de la ‘prueba de referencia’ considerando como tal “toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio” (art. 437 C.P.P.).

Para terminar esta parte, no sobra hacer mención del llamado “indicio”, que es un hecho del cual el juez infiere la existencia de otro hecho. Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone la existencia de un hecho indicador indivisible el cual debe estar debidamente probado, el indicio constituye una circunstancia que da a un hecho carácter de verosimilitud.

EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Todo contrato legalmente celebrado –señala el artículo 1602 del Código Civil– es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Estas causas legales son la ‘condición resolutoria tácita’ y la ‘nulidad’.

En términos generales, el régimen jurídico colombiano acata el principio de la ‘libertad de estipulación’ en el contenido de las convenciones, salvo las limitaciones impuestas por las normas de orden público.

El contrato celebrado de acuerdo con las normas vigentes es ‘una ley para las partes’, es decir, que únicamente obliga a los contratantes, y no puede, por consiguiente, producir efectos en favor o en contra de personas extrañas (terceros) al vínculo contractual. De lo anterior se infiere, que aquellos pactos que atentan contra el orden público y las buenas costumbres no pueden ser ‘ley’ para las partes, las cuales no están obligadas a cumplir las prestaciones ilícitas convenidas como tampoco a tener derecho de exigirlas. Por ejemplo, la compraventa de bienes raíces que conste por documento privado y no por escritura pública como la ley exige, no autoriza al presunto vendedor para exigir el pago del precio, ni al comprador para hacerse entregar el inmueble.

LA CULPA. El estudio de la Culpa en el campo jurídico es de suma importancia, como que la responsabilidad de las partes encuentra en ella su punto de partida y su asiento principal. Toda responsabilidad civil está estructurada en el concepto de '*culpa*', es decir, que no puede haber responsabilidad sin culpa, ya sea presunta o demostrada.

La Culpa o descuido, dicen los hermanos Mazeaud, "es un error de conducta en que no hubiere ocurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio". F. Geny manifiesta a su vez, que la Culpa "no es otra cosa que un error de conducta, un desfallecimiento de actitud que, normalmente, se aprecia de acuerdo con el tipo abstracto del hombre recto y seguro de sus actos".

Por su parte la Enciclopedia Monitor define la Culpa como "la conducta contraria a las normas de común diligencia o prudencia a las cuales todo sujeto responsable debe conformar su propio comportamiento", y agrega que por su significado jurídico, la culpa puede dividirse en Civil (contractual y extracontractual) y Penal. Entendiendo por '*Culpa civil contractual*' la que existe "cuando el comportamiento contrario a la diligencia y causante de daños está dirigido contra una persona con la cual existe una particular relación de obligación, y consiste en el incumplimiento total o parcial de los deberes específicos que se derivan de tal relación"; por '*Culpa civil extracontractual*' la que existe, en cambio, "cuando el comportamiento lesivo del derecho ajeno está dirigido contra una persona con la cual no existe una particular relación de obligación, sino solamente la obligación general, común a todos los hombres, de no causar a los demás un daño injusto" y por '*Culpa Penal*', aquella "conducta contraria a la diligencia, a la prudencia o a la pericia, o bien a las leyes, a los reglamentos generales y especiales, etc., de la cual se deriva un evento dañoso delictivo que el culpable no ha querido, aunque haya previsto que pudiera seguirse".

División de la culpa. La Culpa o Descuido, al tenor del artículo 63 del Código Civil, puede dividirse en las tres especies siguientes:

1. ***Culpa grave.*** Esta especie de culpa, denominada también '*negligencia grave*' o '*culpa lata*', es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. Esta culpa en materias civiles equivale al '*dolo*' o sea a la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

2. ***Culpa leve.*** La Culpa Leve, '*descuido leve*' o '*descuido ligero*', es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. '*Culpa*' o '*Descuido*' sin otra calificación, significa

culpa o descuido '*leve*'. Esta especie de culpa se opone a la '*diligencia*' o '*cuidado ordinario*' o '*mediano*'.

El que debe administrar un negocio '*como un buen padre de familia*', es responsable de esta especie de culpa, es decir, de la '*leve*'.

3. Culpa levísima. La Culpa o '*descuido levísimo*' es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la '*suma diligencia*' o '*cuidado*'.

En los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor, el deudor únicamente responde de la culpa grave (lata). Pero si los contratos se hacen para beneficio recíproco de las partes, el deudor sólo responde de la culpa leve. En cambio, en aquellos contratos en que el deudor es el único que recibe beneficio, responde éste de la culpa levísima.

Tratando de la Culpa comenta la Corte Suprema de Justicia: “Culpa en sentido lato, es la conducta contraria a la que debiera haberse observado, conducta desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro C.C. define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos con el cuidado que aún personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando falta la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (art. 63). Son sujetos de culpa tanto las personas naturales como las jurídicas. Si no fuera así, habría que admitir que las personas jurídicas no son civilmente responsables, lo que resulta absurdo; habría que admitir que una persona natural, individualmente considerada, podría ser responsable, pero ya varias personas naturales, unidas en asociación, no serían responsables, lo cual peca contra la lógica y la justicia. Se incurre en culpa cuando se causa un perjuicio, conscientemente, o por imprudencia, o negligencia o ignorancia, lo que quiere decir que hay culpa por comisión o por omisión. Cuando se trata de culpa del gerente de una compañía por acto, realizado al obrar en esta condición, como este representa a la compañía, la culpa es de la institución y no del representante, porque de lo contrario se podría llegar a la total irresponsabilidad de la persona jurídica en todos los campos”¹⁹⁶.

LA MORA. La '*Mora*' es el retardo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, o el retardo en recibirla por parte del acreedor. La Mora es un acontecimiento que hace relación al tiempo.

Clasificación de la mora. Según que la Mora sea por parte del deudor, o de parte del acreedor, o de parte de ambos contratantes, puede clasificarse así:

1. **Mora del deudor.** La Mora del Deudor (*'mora debitori'*) es el retraso, contrario a derecho, de la prestación por causa imputable al deudor. En general, el deudor está en '*mora*' desde el instante preciso en que está obligado a cumplir la prestación y no la cumple.

El deudor está en mora, según el artículo 1608 del Código Civil, en los siguientes casos:

- a) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se '*requiera*' al deudor para constituirlo en mora;
- b) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla, y
- c) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Cuando no se hubiere estipulado plazo, lo señalará el juez a instancia del acreedor.

Requerimiento. El '*Requerimiento*' es la súplica que hace el acreedor al Juez para que éste indique el término dentro del cual debe el deudor cumplir la prestación. "Requerir, ha dicho la Corte Suprema, significa intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Un requerimiento es un acto judicial por el cual a petición del interesado se requiere al deudor para que entregue, haga o deje ejecutar una cosa. En nuestro sistema jurídico el requerimiento es simplemente una condición que la ley exige en determinados casos para dar aplicación a la teoría general de la mora. El deudor debe ser reconvenido judicialmente por el acreedor para el efecto de reputarlo constituido en mora, y se entiende verificada la reconvenCIÓN cuando se le notifica personalmente, por mandato del juez, la solicitud del acreedor en que se le pide satisfaga una obligación, con acompañamiento de la prueba de la exigencia de ella"¹⁹⁷. Por ejemplo, la '*tacita reconductio*', o sea el requerimiento del arrendador para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, a que se refiere el artículo 2007 del Código Civil.

Por otro aspecto, volviendo a la Mora del Deudor, éste no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiere sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo: la prueba del caso fortuito al que lo alega (art. 1604, C.C.).

2. *Mora del acreedor.* Toda obligación es susceptible de originar la mora por parte del acreedor ('*mora creditori*'), la cual consiste en el hecho de que éste se niega o se pone en imposibilidad de recibir la prestación en el tiempo estipulado o en el indicado por el juez.

3. *Mora simultánea.* La Mora *Simultánea* de ambos contratantes consiste en que concurren a la vez, en un momento dado, la mora del deudor ('*mora solvendi*') y del acreedor ('*mora accipendi*'), lo que determina que un contratante incumplido no pueda exigir el cumplimiento de la contraprestación, sin haber cumplido lo que a su vez le corresponde ('*servandi fidem fide servanda*').

Sobre el particular, el artículo 1609 del Código Civil dispone:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos".

La disposición transcrita consagra la regla general denominada '*excepción de no cumplimiento del contrato*' ('*Exceptio non adimpleti contractus*'), la cual tiene aplicación únicamente en los contratos bilaterales de donde nacen obligaciones recíprocas, en donde cada parte desempeña el doble papel del acreedor y de deudor. Esta '*excepción de no cumplimiento del contrato*' otorga, al decir de Enneccerus, "un verdadero derecho de retención a favor de uno de los contratantes hasta que el otro ejecute o se allane a ejecutar su prestación".

La '*Exceptio non adimpleti contractus*' (excepción de contrato no cumplido) únicamente es pertinente, como ya se dijo, cuando la fuente de la obligación es el contrato.

PROMESA DE CONTRATO. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito;
2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos legales;
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, y
4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado (art. 89, Ley 153 de 1887).

INDEMNIZACIÓN. Indemnizar es resarcir, reparar el daño, perjuicio o agravio causado.

En tratándose de la Mora, se debe indemnización de los daños y perjuicios desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora si la obligación es '*de hacer*'; pero si la obligación es de '*no hacer*' se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacer lo hecho (arts. 1610 y 1612, C.C.).

La indemnización de perjuicios comprende:

1. **El daño emergente.** El Daño *Emergente*, o sea el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, y

2. **El lucro cesante.** El Lucro *Cesante*, o sea la ganancia, provecho o utilidad que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento (art. 1614, C.C.).

EL DAÑO. El Daño o Perjuicio, o sea la lesión o desventaja que sufre un derecho personal de que es titular el sujeto activo, puede ser de las siguientes clases:

a) **Moratorio.** Daño '*moratorio*' es el que resulta por haberse retardado el cumplimiento de la obligación. La indemnización que repara el retardo se denomina '*indemnización de perjuicios moratorios*'.

b) **Compensatorio.** El '*compensatorio*' es la clase de daño que resulta o de no ejecutar la prestación debida, o por ejecutarse ésta imperfectamente. La indemnización que repara la inejecución suele llamarse '*indemnización de perjuicios compensatorios*'.

c) **Previsto.** Se denominan '*daños previstos*' aquellos que por su normal ocurrencia en la violación de un derecho personal, pueden tenerse presente en el momento de la celebración del contrato.

d) **Imprevisto.** Se llaman '*daños imprevistos*', en cambio, aquellos que, como su nombre lo indica, no se pueden prever por cuanto normalmente no se producen.

Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (art. 1616, C.C.).

Por otro aspecto, debe tenerse en cuenta que la mora producida por '*fuerza mayor*' o '*caso fortuito*', no da lugar a indemnización de perjuicios.

Tampoco da lugar a exigir una indemnización por los perjuicios morales, el cumplimiento retardado o el incumplimiento de una obligación contractual.

AVALÚO. Evaluar o valorar una cosa es ponerle precio, es decir, señalar el valor en dinero correspondiente a su estimación.

El Avalúo de los daños y perjuicios causados puede efectuarse de tres maneras, así:

1. Avalúo legal. Se llama '*avalúo legal*' aquel que expresamente la ley hace. Al respecto, el artículo 1617 del Código Civil, expresa que si la obligación es de '*pagar una cantidad de dinero*', la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

a) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos:

b) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo, y

c) Los intereses atrasados no producen intereses. Es decir, que civilmente está prohibido el '*anatocismo*' (Gr. '*anatokismo*', de '*una*', prefijo de repetición y '*tokizein*', prestar a interés) o sea cuando se pactan intereses de intereses. En el campo mercantil, por el contrario, los intereses pendientes sí pueden producir intereses en ciertas circunstancias. En efecto, el artículo 886 del Código de Comercio, establece:

"Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos".

2. Avalúo judicial. El '*avalúo judicial*' del daño es el que se efectúa dentro del juicio. Este se realiza cuando las partes no han convenido su cuantía o la ley expresamente no lo ha hecho.

3. Avalúo convencional. Esta clase de avalúo es aquel que las partes libremente estipulan, ya sea antes de causarse los perjuicios o una vez causados estos. Como ejemplo típico de esta clase de avalúos anticipados se puede mencionar la '*cláusula penal*', la cual no es otra cosa que el avalúo hecho por las partes de los perjuicios a que puede dar lugar la inejecución (perjuicios compensatorios) o el retardo en la ejecución de la obligación (perjuicios moratorios).

Capítulo XVI

LOS CONTRATOS

CONCEPTO DE CONTRATO

Ya se expresó al tratar de las '*Fuentes de las Obligaciones*' (ver pág. 243), que una de ellas, quizá la más importante en el campo del Derecho Privado, es el Contrato, el cual esencialmente consiste en '*un acuerdo libre de voluntades destinado a crear obligaciones*', es decir, un pacto que se celebra entre dos o más personas con el ánimo de constituir, regular, modificar o extinguir entre sí un lazo jurídico de contenido patrimonial.

El Contrato constituye el principal instrumento de que disponen las personas para establecer vínculos de derecho que les permita regular por sí mismas sus propios intereses, o sea, para el adecuado ejercicio del principio de la '*libre autonomía de la voluntad*', de relevante importancia en el área de los derechos subjetivos. En virtud de este principio, que no es absoluto, pues está limitado fundamentalmente por razones de orden público y conveniencia social, las personas pueden efectuar los negocios y tratos que estimen prudentes en pro de sus aspiraciones particulares y que lo que ellas pacten al respecto las obliga con '*fuerza de ley*', siempre y cuando obren dentro de los linderos de la ley positiva y la moral y no afecten los intereses superiores de la comunidad.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aún de orden público, ya por un empeño de tutela en el amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; ejemplo son también de ello las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave (C.C., arts. 1291, 1601, 1946 y 2231)..."¹⁹⁸. En otra ocasión

expresó también la mencionada corporación: “Los arts. 15, 16 y 1602 del C.C., consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público. Bajo nuestro régimen jurídico reglamenta la ley ciertos tipos de contrato, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador”¹⁹⁹.

Según la rama del derecho en la cual se desarrolle, los contratos pueden ser Civiles, Comerciales, Laborales y Administrativos.

Son ‘civiles’ aquellos contratos que se regulan por lo dispuesto en las normas legales comunes privadas. Desde este punto de vista, el artículo 1495 del Código Civil, expresa a la letra:

“Contrato o ‘convención’ es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

No obstante que el Código Civil colombiano, como se acaba de transcribir, considera los términos ‘contrato’ y ‘convención’ como sinónimos, estos, en lenguaje jurídico, no lo son, y en esta apreciación están de acuerdo los juristas, pues la ‘convención’ representa el género y el ‘contrato’ la especie. Entre ellos hay una relación de género a especie, es decir, que todo contrato es una convención, mas no toda convención es un contrato. En efecto, la Convención es todo acuerdo de voluntades para un fin jurídico, que puede consistir en crear, modificar, mantener o extinguir una situación de derecho. El contrato no es tan amplio, pues, como una especie del género convención, únicamente tiende a crear situaciones de carácter obligacional.

Son ‘mercantiles’ los contratos que envuelven actos de comercio y se rigen por la ley mercantil. Al respecto, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), que regula todo lo correspondiente a los asuntos mercantiles y los comerciantes, dice en su artículo 864, lo siguiente:

“El contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

Son ‘laborales’, aquellos contratos que regulan las relaciones de trabajo, o sea, las que se desarrollan entre patronos y trabajadores. Sobre el particular, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, define el contrato individual así:

“El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia de la segunda y mediante remuneración.

“Quien presta el servicio se denomina el trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

Son ‘*administrativos*’, aquellos contratos que se celebran entre la administración y personas particulares con el fin de establecer, mejorar o desarrollar un servicio público y se regulan por disposiciones especiales de derecho administrativo.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Según como las partes se obliguen, la utilidad, los requisitos para su perfeccionamiento, denominación, etc., los contratos pueden ser de las siguientes clases:

1. Bilaterales o unilaterales,
2. Gratuitos u onerosos (comutativos o aleatorios),
3. Principales o accesorios,
4. Reales, consensuales o solemnes,
5. Nominados o innombrados,
6. De deliberación o de adhesión,
7. De ejecución instantánea y de ejecución sucesiva, y
8. Individuales o colectivos.

CONTRATO BILATERAL. Bilateral o ‘*sinalagmático*’ es el contrato, cuando las partes se obligan recíprocamente. En estos contratos la esencia radica en la correspondencia mutua de las prestaciones. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a dar una cosa (la cosa vendida) y el comprador a pagarla en dinero (el precio), etc.

CONTRATO UNILATERAL. Se configura esta clase de contrato, que los romanos solían catalogar como ‘*sinalagmático imperfecto*’, cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna. Una sola parte adquiere la calidad de acreedor y la otra de deudor. Se llama ‘*unilateral*’ porque únicamente obliga a una de las partes, porque genera obligaciones meramente a cargo de una de ellas. V.gr., el Mutuo o Préstamo de Consumo, que es el contrato en que solamente hay obligación por parte del deudor de restituir la cosa mutuada (dinero, etc.) al acreedor, etc.

Se anota que esta '*unilateralidad*' no debe confundirse con la '*declaración unilateral*', que es la posibilidad de crear obligaciones con la participación única de la voluntad del deudor. Por ejemplo, el testamento.

Refiriéndose a esta clase de contratos, el profesor Pérez Vives comenta: "El contrato no es unilateral o bilateral, según que en el momento de su celebración una sola de las partes o ambas hayan contraído obligaciones; el contrato será bilateral cuando cada uno de los contratantes se haya hecho prometer una prestación a cambio de otra que ofrece a título de contrapartida: en los demás eventos será unilateral. Esto, aunque del contrato surjan obligaciones a cargo de ambas partes. Porque lo esencial en los contratos bilaterales es que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas en concepto de contrapartida por las prestaciones o retribuciones de la otra. O, en otros términos, que las obligaciones de las partes se sirvan recíprocamente de causa"²⁰⁰.

La división de los contratos en bilaterales y unilaterales es de suma importancia, como que únicamente en los primeros, es decir, en los bilaterales, es procedente la resolución por incumplimiento y se presenta el asunto de los riesgos. Asimismo, solamente en dichos contratos puede una de las partes abstenerse de cumplir su obligación, mientras la otra no cumpla o se allane de cumplir lo pactado, o sea la '*exceptio non adimpleti contractus*' ya comentada al tratar '*La Mora*' (ver pág. 285).

CONTRATO GRATUITO. También llamado de '*beneficencia*', es el contrato cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen (art. 1497, C.C.). Este contrato se celebra con el exclusivo beneficio de una de las partes, corriendo la otra la totalidad de la carga. Es decir, cuando se adquiere una ventaja por una de las partes sin contraprestación equivalente o compensación por la otra. El contrato gratuito es por su naturaleza unilateral y, además, se celebra '*intuitu personae*'. Por ejemplo el Mutuo sin intereses, el depósito gratuito, etc. (que son contratos de simple beneficencia) o como la donación entre vivos (que es de liberalidad), etc.

CONTRATO ONEROSO. Llámase '*oneroso*' el contrato cuando tiene por objeto la utilidad de ambas partes contratantes, gravándose cada una de ellas en beneficio de la otra. En este contrato se establece una reciprocidad, una equivalencia económica en las prestaciones. V.gr., la compraventa, el arrendamiento, el mutuo con interés, etc.

La división de los contratos en Gratuitos u Onerosos es muy importante, pues en lo que concierne a la responsabilidad contractual y la culpa del deudor

por la pérdida de la cosa que se debe es más indulgente la ley en los contratos gratuitos. Asimismo, los gravámenes fiscales son más benignos en los contratos a título oneroso que en los a título gratuito. Por otra parte, los contratos a título gratuito por no perseguir fines lucrativos, no pueden ser comerciales.

Los Contratos Onerosos pueden ser de dos especies, así:

a) **Comutativos.** Se configura esta especie de Contratos Onerosos, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (art. 1498, C.C.). Esta especie de contratos se caracteriza en que la totalidad de las prestaciones se establecen inicialmente y cada una de las partes sabe cual es su monto económico y que éste corresponde al de la otra. Es decir, en los contratos onerosos comutativos los contratantes conocen el alcance de las prestaciones y saben de inmediato la ventaja o la pérdida que les va a producir el contrato. Por ejemplo, la compraventa de una casa, etc.

b) **Aleatorios.** Hay esta especie de Contratos Onerosos, cuando el equivalente consiste en una '*contingencia*' incierta de ganancia o pérdida. En el Contrato Aleatorio (Lat. '*alea*', riesgo, suerte, incertidumbre) cada una de las partes corre el albur de ganar o perder; las prestaciones están subordinadas a un azar, a un '*alea*' (de ahí su denominación) que afecta a cada uno de los contratantes. En el contrato oneroso aleatorio el riesgo es fundamental y de él depende la utilidad o la pérdida que las partes puedan tener. V.gr., la apuesta, el juego y la constitución de renta vitalicia en el campo civil y, en el área comercial, el contrato de seguro. También es aleatoria la compraventa de suerte ('*emptio spei*'), como la de una cosecha que se produzca, de los peces que cayeren en la redada, etc. (art. 1869, C.C.).

Tratando de esta división de los contratos onerosos, la Corte Suprema de Justicia ha expresado: "Lo que caracteriza el contrato comutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato reporta. En el aleatorio, ocurre precisamente lo contrario, pues los contratantes no pueden prever en el momento de su celebración el alcance de sus prestaciones o la ganancia o la pérdida que derivan del contrato, puesto que ellas están subordinadas o dependen de una contingencia incierta"²⁰¹.

CONTRATO PRINCIPAL. Se llama '*principal*' al contrato que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, es decir, que tiene existencia

propia no requiriendo otro contrato para su conformación. Este contrato es autónomo y no necesita de más elementos que los propios del acto jurídico (género) al cual pertenece y a los de su tipo (art. 1499, C.C.). Por ejemplo, el contrato de compraventa, etc.

CONTRATO ACCESORIO. Toma la denominación de '*accesorio*' el contrato que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Este contrato no tiene vida libre y propia sino adventicia, pues, va adherido a un acto principal al que debe su existencia. V.gr., la fianza, la prenda, la hipoteca, etc.

CONTRATO REAL. El contrato es '*real*' cuando, para su perfeccionamiento es necesario la entrega material de la cosa a que se refiere. Es decir, es aquel que se perfecciona con la tradición de la cosa (art. 1500, C.C.). V.gr., el mutuo o préstamo de consumo (que se perfecciona mediante la entrega de la cosa prestada), el depósito (para cuyo perfeccionamiento se requiere la entrega de la cosa del depositante al depositario), etc.

CONTRATO CONSENSUAL. Se dice que un contrato es '*consensual*' cuando no necesita ninguna formalidad para su perfeccionamiento sino el acuerdo mutuo de las partes expresado verbalmente, es decir, cuando se perfecciona por el simple consentimiento. Este contrato no requiere entrega de la cosa ni cumplir requisito formal alguno para perfeccionarse, simplemente se ultima por la sola declaración de voluntad conjunta. Por ejemplo, la compraventa de bienes muebles, el arrendamiento, etc. No obstante que estos contratos, como ya se dijo, se reputan perfectos desde el momento en que las partes han convenido lo pertinente, es prudente, para efectos prácticos (probatorios, contables, etc.) que se consignen por escrito.

CONTRATO SOLEMNE. Se denomina así el contrato que requiere de alguna solemnidad para su perfeccionamiento, de manera que sin ella no produce efectos jurídicos. En esta clase de contratos es indispensable la expresión de la voluntad mediante ciertas formalidades legales que pueden consistir en un escrito, intervención de notario, de testigos, etc. Por ejemplo, la compraventa de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria requiere escritura pública (art. 1857, C.C.), lo mismo que la hipoteca, etc. El contrato de seguro, en el campo mercantil, necesita para su perfeccionamiento que el asegurador suscriba un documento determinado (póliza) (art. 1036, C. de Co.).

“Es principio indiscutible, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que los contratos solemnes no tienen existencia jurídica, ni pueden producir efectos legales, sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección; ni la voluntad de las partes contratantes, ni sentencia alguna de juez pueden derogar, para un caso particular, tan fundamental principio, dando efecto retroactivo a un contrato solemne, para hacerle producir efectos desde una época anterior al cumplimiento de la formalidad que le ha dado la vida jurídica”²⁰².

CONTRATO NOMINADO. Toma el nombre de ‘*nominado*’ o ‘*típico*’ aquel contrato que tiene ciertos elementos esenciales que lo individualizan, y que la ley regula especialmente, da un nombre determinado y a veces define. V.gr., el contrato de Compraventa, el de Sociedad, el de Mandato, etc.

CONTRATO INNOMINADO. Son ‘*innominados*’ o ‘*atípicos*’ aquellos contratos que por tener elementos variados no responden exactamente a un tipo contractual determinado, es decir, carecen de individualización legal, debiéndose, por consiguiente, regir por las normas generales de los contratos. Por ejemplo, aquel contrato consistente en entregar una cosa para que otro la use y recibir como contraprestación un servicio, una cantidad de dinero, un bien mueble y el suministro de una habitación por un tiempo determinado.

CONTRATO DE DELIBERACIÓN. También llamados ‘*paritarios*’ o de ‘*libre discusión*’, son aquellos contratos que se forman con pleno conocimiento y discusión de sus condiciones por parte de los contratantes, es decir, ambas partes deliberan, discuten libremente las mutuas obligaciones que esperan contraer. En esta clase de contratos las partes tienen la posibilidad de establecer y ponderar los términos y cláusulas que estimen pertinentes, aunque en la práctica no las discutan. En la actualidad la libre expresión de la autonomía de la voluntad que caracteriza estos contratos paritarios, está limitándose por el aparecimiento de la modalidad de las ventas a precio fijo, como puede apreciarse en los supermercados, etc. V.gr., la compraventa en que tanto el comprador como el vendedor deliberan, discuten sobre el precio, la forma de pago, etc.

CONTRATO DE ADHESIÓN. Se denominan ‘*de adhesión*’ o ‘*por adhesión*’ aquellos contratos a los que no les precede deliberación, pues ya están prefijadas sus modalidades y condiciones, por lo general en un escrito o molde común para toda persona que quiera suscribirlo. En esta clase de contrato, tan en boga en la actualidad, una de las partes dicta el texto íntegro

del mismo y la otra se limita a aceptarlo, sin lugar a deliberación y reticencia algunas; es decir, se excluye la libre determinación de la voluntad de una de las partes. Naturalmente que la parte que impone las condiciones, a las cuales adhiere la contraparte, debe actuar dentro de los linderos que la ley ha señalado en lo pertinente. Por ejemplo, los contratos de arrendamiento que acostumbran las empresas arrendadoras, el contrato de seguro, el contrato de servicio telefónico, etc.

CONTRATO DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA. Los contratos de esta clase son los que se ejecutan en un solo acto y su cumplimiento es '*instantáneo*', pues la realización de las prestaciones convenidas se llevan a cabo en un momento dado. V.gr., la compraventa de un objeto determinado, no importa que el precio se pague en un solo contado en el momento de perfeccionarse el contrato o con posterioridad o que sea cubierto por cuotas.

CONTRATO DE EJECUCIÓN SUCESIVA. Estos contratos comúnmente llamados '*de trácto sucesivo*' son aquellos en los que las obligaciones contenidas en ellos se deben cumplir una después de otra; es decir, cuya ejecución demanda toda una serie de operaciones. Estos contratos se cumplen por prestaciones sucesivas que duran un tiempo señalado previamente, o indeterminado. V.gr., el contrato de arrendamiento, en el que el arrendatario o inquilino adquiere la obligación de pagar mensualmente el canon y el arrendador de permitirle el uso pacífico de la cosa arrendada.

CONTRATO INDIVIDUAL. Son '*individuales*' los contratos que se celebran entre dos partes (cada parte puede estar integrada por una o varias personas) que obran en interés propio o ajeno. Por ejemplo, la compraventa efectuada entre la sociedad comercial '*Agra Ltda.*' y Pedro, el arrendamiento celebrado entre Juan y David, etc.

CONTRATO COLECTIVO. Toman el nombre de '*colectivos*' aquellos contratos que ligan no solamente a las personas que los suscriben, sino a todos los demás que por alguna razón se encuentran en las mismas circunstancias. Estos contratos, dice Pérez V., "se celebran entre partes respecto de las cuales –por lo menos para una de ellas– la representación ha sido asignada a una entidad o a un grupo de afiliados a esa entidad, que comprometen la voluntad de todos los asociados presentes y futuros..."²⁰³. V.gr., el contrato colectivo de trabajo, etc.

CONTENIDO DE LOS CONTRATOS

En todo contrato, dice el artículo 1501 del Código Civil, pueden presentarse tres categorías de elementos, así:

1. ESENCIALES. Son de la '*esencia*' de un contrato ('*essentialia negotii*'), el mínimo de elementos que los contratantes deben convenir para que el contrato tenga existencia. Es decir, aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o no degenera en otro contrato diferente. Por ejemplo, son de la esencia de la compraventa la cosa a vender, el precio a pagar y la intención de enajenar por parte del vendedor y de adquirir la propiedad por parte del comprador.

2. NATURALES. Son de la '*naturaleza*' de un contrato ('*naturalia negotii*'), las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, es decir, son aquellos elementos que le son propios y que se sobreentienden sin necesidad de estipulación expresa. V.gr., el saneamiento en el contrato de compraventa, etc.

3. ACCIDENTALES. Son '*accidentales*' de un contrato ('*accidentalia negotii*'), aquellas cosas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se les agrega por medio de cláusulas especiales. Por ejemplo, en el contrato de compraventa estipular que se pague el precio dentro de determinado tiempo, o en tantos contados, etc.

REQUISITOS DE FONDO DE LOS CONTRATOS

No sobra recordar que la '*capacidad*', el '*consentimiento*', el '*objeto lícito*' y la '*causa lícita*' son los requisitos de fondo o elementos esenciales de todo contrato en particular y de todo acto jurídico en general (art. 1502, C.C.). (Ver '*Elementos esenciales del Acto Jurídico*', pág. 248).

CONTRATOS CIVILES NOMINADOS

Los Contratos Civiles Nominados según el Código Civil, son los siguientes:

1. Compraventa,
2. Permutación,
3. Arrendamiento,
4. Sociedad,
5. Mandato,
6. Comodato o préstamo de uso,

7. Mutuo o préstamo de consumo,
8. Depósito,
9. Aleatorios (juego, apuesta y constitución de renta vitalicia),
10. Accesorios (fianza, prenda, hipoteca y anticresis), y
11. Transacción.

CONTRATO DE COMPROVENTA. La '*Compraventa*' es el tipo de contrato de mayor contacto con la realidad de las necesidades de la vida del hombre en sociedad. Toda persona tiene necesidades de cosas, de objetos, etc., que requiere satisfacer, lo cual debe hacer, por lo general, mediante el acto jurídico de la Compraventa (Civil o Comercial). Por ello puede afirmarse que todo el mundo compra.

La Compraventa nació como una perfección del sistema de '*trueque*' (cambio de objetos por otros) que originariamente empleó el ser humano para adquirir las cosas que necesitaba. Correspondía en ese entonces el trueque a lo que hoy jurídicamente se denomina '*permuta*' (permutación), es decir, el acto por el cual las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.

Al llegar a una época más avanzada del desenvolvimiento económico y jurídico del hombre, éste buscó un valor representativo de otros valores y así inventó la '*moneda*' como medio de compensación y adquisición. Llegada esta época el trueque pierde gran parte de su utilidad y valor jurídico comercial y nace la Compraventa, indudablemente el más importante de los contratos.

La Compraventa, como la define el artículo 1849 del Código Civil, "es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice '*vender*' y esta '*comprar*'. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama '*precio*'". Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá venta si el dinero vale más que la cosa; y permuta en el caso contrario (art. 1850, C.C.).

Por medio del contrato de Compraventa no se realiza la transferencia del dominio o propiedad de la cosa vendida, sino que únicamente nacen obligaciones recíprocas de las partes, cuyo cumplimiento genérase por la '*tradición*'; el vendedor debe entregar la cosa vendida y el comprador debe pagar el precio de aquella. De ahí que nuestro Código Civil diga que en virtud de este contrato, una parte se '*obliga a dar*' una cosa y la otra a '*pagarla*' en dinero.

Caracteres. De acuerdo con su naturaleza, el contrato de Compraventa se caracteriza por ser: a) Bilateral, b) Oneroso, c) Comutativo (por excepción

aleatorio como en la compraventa de suerte), d) Consensual, por regla general (Solemne en ciertos casos previstos en la ley, como en la compraventa de bienes raíces y servidumbres, y la de la sucesión hereditaria que requieren escritura pública para que se reputen perfectas), e) De Deliberación, por lo general (a veces de Adhesión), f) Nominado y g) Principal.

Capacidad. Son capaces de celebrar el contrato de Compraventa civil todas las personas que para el efecto la ley no declara inhábiles (art. 1851, C.C.).

Además de las incapacidades generales para celebrar todo contrato (Ver '*Incapacidad*', pág. 213), hay unas incapacidades particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas por razones de parentesco, por el cargo que ocupan, etc., para ejecutar el contrato de compraventa. Por ejemplo, es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia; a los administradores de establecimientos públicos les está prohibido vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; al empleado público no se le permite comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; a los funcionarios judiciales y a sus secretarios les está vedado comprar los bienes en cuyo litigio han intervenido; a los tutores y curadores no es lícito comprar los bienes de sus pupilos, sino con arreglo a lo que la ley al respecto ha señalado, etc. (arts. 1852 y ss., C.C.) (Las personas anotadas, al tenor del artículo 906 del Código de Comercio, no podrán efectuar la compraventa mercantil *'directamente, ni por interpuesta persona, ni aún en pública subasta'*).

Forma y requisitos. La compraventa civil se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio (Consensual), excepto, como ya se dijo, cuando se trata de bienes inmuebles, servidumbres y sucesiones hereditarias, pues en estos casos se requieren ciertas formalidades para su perfeccionamiento (generalmente otorgamiento de escritura pública).

Cuando la compraventa necesite otorgamiento de escritura pública, las costas de ésta serán divididas entre las partes (comprador y vendedor), al menos que ellas estipulen otra cosa (los gastos que demandare la celebración de la compraventa mercantil se sufragarán por partes iguales entre los contratantes, dispone el artículo 909 del Código de Comercio, salvo que estos convinieren otra cosa).

La compraventa puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Puede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio. Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas (art. 1863, C.C.).

Arras. Se denominan '*arras*' las cosas (dinero, etc.) que una de las partes da a la otra como garantía (prenda) de la celebración o ejecución del contrato de compraventa. Las arras constituyen un pacto especial accesorio (algunos estudiosos sostienen que no es Accesorio sino '*anexo*' o '*adjunto*' a un proyecto de celebración de un contrato de compraventa) y de naturaleza real, pues exige siempre la entrega de la cosa objeto de las arras.

Las Arras pueden ser de dos clases, así:

1. **Penitenciales.** Se llaman '*penitenciales*' o '*de retractación*' aquellas arras consideradas como prenda y que permiten el arrepentimiento de las partes. Cuando se vende con arras de esta clase, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse. En este caso, el que ha dado las arras, si se retracta, las pierde; si se retracta el que las ha recibido, debe restituirlas dobladas (art. 1859, C.C.).

2. **Confirmatorias.** Son aquellas que se dan como '*parte del precio*' o como señal de quedar convenido el contrato (art. 1861, C.C.). Las arras de esta clase se consideran, al decir de la Jurisprudencia, '*como signo ostensible o prueba*' de la perfección del contrato de compraventa y no dan lugar a retractación o arrepentimiento de las partes. (En la compraventa mercantil no se tienen en cuenta las Arras Confirmatorias sino únicamente las Penitenciales, pues como dispone el artículo 866 del Código de Comercio, "Cuando los contratos se celebren con arras, esto es, dando una cosa en prenda de su celebración o de su ejecución, se entenderá que cada uno de los contratantes podrá retractarse, perdiendo las arras el que las haya dado, o restituyéndolas dobladas el que las haya recibido...").

El precio. El '*precio*' de la compraventa civil, como ya se dijo, debe ser en dinero o parte en dinero y parte en otra cosa (sin que la cosa valga más que el dinero); debe ser el precio, además, determinado o determinable, real (no simulado), serio (no irrisorio) y justo.

El precio debe ser determinado por los contratantes. Esta determinación podrá hacerse por cualquiera medios o indicaciones que lo fijen. Podrá dejarse el precio al arbitrio de un tercero, pero no podrá dejarse al arbitrio de una de las partes (arts. 1864 y ss., C.C.).

Si el precio de la compraventa no es '*justo*', es decir, cuando es económicamente desequilibrado en perjuicio de cualquiera de los contratantes y se trata de bienes inmuebles, se configura la denominada '*Lesión Enorme*', que se presenta para el vendedor si ha vendido por menos de la mitad del precio justo de la cosa y para el comprador si la ha comprado por más del

doble del mismo, y que da lugar en favor de la parte perjudicada a la '*acción rescisoria*' pertinente, a fin de rehacer el equilibrio de las correspondientes prestaciones (arts. 1946 y ss., C.C.) (Ver '*La Lesión*', pág. 252).

La cosa vendida. La cosa u objeto sobre que recae el contrato de compraventa, es todo aquello legalmente susceptible de ser vendido, ya sea corporal como una casa, o incorporeal como los derechos de autor, etc.

Al respecto, el artículo 1866 del Código Civil, dispone:

"Pueden venderse las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley".

La legislación civil colombiana prohíbe, por ejemplo, la venta de los bienes fiscales y los de uso público (art. 674, C.C.); la de los derechos de uso y habitación (art. 878, C.C.); la de las cosas indeterminadas o indeterminables (art. 1518, C.C.); la de todos los bienes, en abstracto, presentes o futuros o de unos y otros, ya se venda el total o una cuota (art. 1867, C.C.); la compra de cosa propia (art. 1872, C.C.); etc.

Si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas puede vender su cuota, aún sin consentimiento de las otras (art. 1868, C.C.).

La cosa vendida debe existir y ser determinada en su género y cantidad al momento del contrato. Si al tiempo de perfeccionarse este se espera que la cosa exista y no existe, la venta no produce efecto alguno; pero la ley permite la venta de las cosas que no existan pero se espera que existan, la cual se entenderá hecha bajo la condición de existir, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compra a la suerte. Así se tiene que la compra de lotería es válida (art. 1869, C.C.).

Como el contrato de compraventa no transmite la propiedad o dominio de la cosa, sino que sólo genera obligaciones recíprocas entre el vendedor y el comprador, la venta de cosa ajena es válida. Lo que no es válido es que la transferencia de la propiedad se haga por quien ha vendido la cosa ajena, pues para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el dueño de la cosa o su apoderado o su representante (art. 742, C.C.).

Obligaciones del vendedor. Las principales obligaciones del vendedor son las dos siguientes:

1. ***La entrega de la cosa vendida.*** El vendedor está obligado a la entrega o '*tradición*' de la cosa vendida, ya sea inmediatamente después del contrato, o en la época prefijada en él (art. 1882, C.C.).

El vendedor, además de estar obligado a entregar lo que reza el contrato, debe pagar las costas que se hicieren para poner la cosa en disposición de entregarla.

2. Saneamiento de la cosa vendida. Todo vendedor está obligado a ‘sanear’ la venta. “La obligación de sanear, ha dicho la Jurisprudencia, es prometer al comprador la posesión pacífica y útil de la cosa que le ha sido transmitida y comprometerse a indemnizarle de los daños y perjuicios en el caso en que esta promesa no tuviere realización”²⁰⁴.

Esta ‘obligación de saneamiento’ comprende los objetos siguientes:

a) Amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida. En razón de este objeto, se debe amparar al comprador en la posesión quieta y pacífica de la cosa comprada, librándole de que otra persona se la quite alegando mejor derecho anterior a la venta. Esta Obligación de Saneamiento se denomina ‘por evicción’ (Lat. ‘evictio’, privación, despojo que sufre el que compra una cosa de buena fe), es decir, cuando el comprador es privado por sentencia judicial, del todo o parte de la cosa comprada. Salvo que se hubiere estipulado lo contrario, el vendedor es obligado a sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta (art. 1895, C.C.).

El saneamiento por evicción, a que es obligado el vendedor, comprende principalmente, además de la restitución del precio de la cosa vendida como es obvio, la de devolver las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador, los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño de la cosa evicta, las costas del juicio que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda, etc. (art. 1904, C.C.).

b) Responder de los defectos ocultos de la cosa vendida, llamados ‘vicios redhibitorios’. En virtud de este objeto, se debe amparar al comprador en la posesión ‘útil’ de la cosa comprada, o sea de manera que desaparezcan todos los vicios ocultos no manifestados por el vendedor que pudo tener la cosa antes de la venta y que hubieren impedido la utilización de la cosa debidamente por el comprador. Esta obligación del vendedor se denomina ‘Saneamiento por los vicios redhibitorios’ u ‘ocultos’ de la cosa comprada, y la acción que generan dichos ‘vicios’ en favor del comprador se llama ‘redhibitoria’.

Sobre el particular, expresa el artículo 1914 del Código Civil:

“Se llama ‘acción redhibitoria’ la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados ‘redhibitorios’ ”.

Si la cosa viciosa perece después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa (art. 1919, C.C.).

La acción redhibitoria no tiene cabida por lo general en las ventas forzadas hechas por la autoridad pública (remates), salvo que el vendedor pudiendo o no debiendo ignorar los vicios ocultos de la cosa vendida no los hubiere declarado a petición del comprador, pues en este caso sí hay lugar a dicha acción y a la indemnización de perjuicios (art. 1922, C.C.).

No sobra anotar que la Acción de Saneamiento por Evicción prescribe en cuatro (4) años y la Redhibitoria prescribe en seis (6) meses para los muebles y en un (1) año para los inmuebles.

Obligaciones del comprador. La principal obligación del comprador es la de '*pagar*' el precio convenido. Este precio deberá pagarse en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario (arts. 1928 y 1929, C.C.). Por lo demás, el precio puede pagarse al contado o a plazos.

Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta con indemnización de perjuicios. La resolución del contrato, en este caso, dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas, así como también para que se le restituyan los frutos (arts. 1930 y 1932, C.C.).

Cláusula de no transferencia de dominio. Las partes pueden convenir no transferirse el dominio de la cosa vendida sino en virtud de la paga del precio en las condiciones estipuladas, sin perjuicio, de los derechos de los terceros poseedores de buena fe. Esta cláusula, más conocida como '*Pacto de Reserva de Dominio*' ('*Pactum reservati dominii*'), debe convenirse expresamente por los contratantes y consignarse por escrito para que tenga validez y cuya operancia en el campo civil está limitada únicamente a los bienes muebles, pues, en lo que respecta a los inmuebles, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo 1930 del Código Civil, o sea que ante el incumplimiento del comprador en la paga del precio, el vendedor pueda exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios (art. 1º de Ley 45 de 1930). En el área mercantil tiene también vigencia la mencionada figura del '*Pacto de Reserva de Dominio*' referida no solamente a los bienes muebles, como en la esfera civil, sino comprendiendo además los bienes raíces o inmuebles. En efecto, el

artículo 952 del Código de Comercio, claramente señala que el vendedor podrá reservarse el dominio de la cosa vendida, sea mueble o inmueble (con excepción de las cosas muebles destinadas especialmente a la reventa), hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio).

Pactos accesorios. El Código Civil regula los siguientes pactos accesorios del contrato de compraventa:

1. *Pacto comisorio.* Se llama '*Pacto Comisorio*' a la estipulación expresa de quedar resuelto el contrato de compraventa a falta de pago del precio en el tiempo convenido (art. 1935, C.C.).

En todo contrato bilateral, como se sabe, va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplir uno de los contratantes lo pactado. Pero cuando, en tratándose de la compraventa, se estipula expresamente que no pagándose el precio en el tiempo acordado se resuelve el contrato, dicha estipulación toma el nombre de '*pacto comisorio*'. Pacto este que no priva al vendedor de la acción alternativa pertinente (exigir el precio o la resolución del contrato) si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio.

Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelve '*ipso facto*' (por el mismo hecho) el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo hacerlo subsistir, pagando el precio, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación de la demanda (arts. 1937, C.C. y 412 del C.P.C.).

El pacto comisorio prescribe en cuatro (4) años contados desde la fecha del contrato, salvo que las partes hubieren convenido un término menor (art. 1938, C.C.). La prescripción del Pacto Comisorio no implica la de la acción resolutoria tácita y la alternativa ya vistas, las cuales prescriben en la forma ordinaria, o sea a los veinte (20) años (arts. 1546, 1930 y 2536, C.C.).

2. *Pacto de retroventa.* Por el '*Pacto de Retroventa*' o '*Retrovendendo*', el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que las partes estipularen, o en defecto de esa estipulación lo que haya costado la compra (art. 1939, C.C.).

"Este convenio accesorio a la compraventa, ha dicho la Corte Suprema, no es más que una condición resolutoria expresa, consistente en la facultad que se reserva el vendedor de recobrar lo que ha vendido, condición cuyo cumplimiento invalida la compraventa, extingue el derecho del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. El comprador había adquirido la propiedad de lo comprado, pero a '*carta de gracia*', como enseñaban los antiguos; su derecho desaparece al cumplirse una condición potestativa

que depende de la voluntad del vendedor. En el momento en que éste hace el reembolso se efectúa la resolución del contrato. No hay, pues, nueva venta hecha por el comprador al vendedor. En vez de hacer un contrato, se ha extinguido otro por el evento de la condición resolutoria: '*distractus potius quam novus contractus*'. Retrayendo el vendedor, redime la cosa vendida y queda subrogado en los derechos del comprador. Simultáneamente vienen la retroacción y la retrotracción. La primera obra hacia el tiempo pasado; se finge por la segunda que las consecuencias del recobro comenzaron en tiempo anterior a aquel en que se consumó el acontecimiento resolutorio"²⁰⁵.

El término para el recobro, es decir, para intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro (4) años contados a partir de la fecha del contrato (art. 1943, C.C.).

3. Pacto de adición en día. El '*Pacto de Adición en Día*' ('*in diem addictio*'), llamado por algunos '*Pacto de mejor comprador*', que también no es más que una condición resolutoria expresa a que queda sujeto el contrato de compraventa, está contemplado en el artículo 1944 del Código Civil, que reza:

"Si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo (que no podrá pasar de un año) persona que mejore la compra se resuelva el contrato, se cumplirá lo pactado; a menos que el comprador o la persona a quien éste hubiere enajenado la cosa se allane a mejorar en los mismos términos la compra".

Para terminar esta parte, se anota que al contrato de compraventa pueden agregarse cualesquiera otros pactos accesorios lícitos, que han de regirse por las reglas generales de los contratos (art. 1945, C.C.).

CONTRATO DE PERMUTACIÓN. La '*Permutación*' o '*cambio*' (llamado comúnmente '*permuta*') "es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro" (art. 1955, C.C.).

No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse. Ni son hábiles para el contrato de permutación las personas que no lo son para el contrato de venta.

El Contrato de Permuta coincide en sus caracteres jurídicos, en general, con la compraventa, pues, es: a) Bilateral, b) Oneroso, c) Comutativo (excepcionalmente Aleatorio como cuando se cambia una cosa por una cosecha que se produzca), d) Consensual, por regla general (Solemne cuando se trata de inmuebles), e) De Deliberación, por lo general (a veces de adhesión), f) Nominado y g) Principal.

Las disposiciones relativas al contrato de compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio (art. 1958, C.C.).

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. El '*arrendamiento*' es un contrato en que una de las partes (arrendador) se obliga a conceder, durante cierto tiempo, el goce de una cosa a la otra (arrendatario), y ésta a pagar por ese goce un precio (canon, renta, etc.) determinado (art. 1973, C.C.).

Carácteres. El arrendamiento es un contrato: a) Bilateral, b) Oneroso, c) Consensual, d) De Ejecución Sucesiva, e) Nominado y f) Principal. Además es '*acto administrativo*' y no dispositivo de la persona.

Objeto. Puede ser objeto de arrendamiento toda cosa corporal o incorporeal que exista al momento de hacer el contrato o se espera llegue a existir y cuyo arrendamiento no esté prohibido legalmente.

Sobre el particular, el artículo 1974 del Código Civil expresa:

“Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse, excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.

“Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción”.

Precio. El Precio del arrendamiento (el vulgo suele llamarlo simplemente '*arrendamiento*' o '*alquiler*'), en general, consiste en dinero, que pagado periódicamente se denomina '*renta*' o '*canon*'. El precio puede consistir también en frutos naturales de la cosa arrendada, ya sea en una cantidad determinada o una cuota de ellos de cada cosecha (art. 1975, C.C.).

Obligaciones del arrendador. Las principales obligaciones del arrendador (locator) son:

1. Entregar al arrendatario la cosa arrendada. La entrega material o física de la cosa que se da en arrendamiento puede hacerse bajo cualquiera de las formas establecidas por la ley.

2. Mantener la cosa arrendada en estado de servir para el fin a que ha sido alquilada. Esta obligación consiste en hacer, durante el tiempo del contrato, todas las '*reparaciones necesarias*', salvo estipulación en contrario.

El arrendatario tiene derecho a la terminación del arrendamiento y aún a la rescisión del contrato, según los casos, si el mal estado o calidad de la cosa le impide hacer de ella el uso para que ha sido alquilada, sea que el arrendador

conociese o no el mal estado o calidad de la cosa al tiempo del contrato; y aún en el caso de haber empezado a existir el vicio de la cosa después del contrato, pero sin culpa del arrendatario (art. 1980, C.C.).

3. Librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada. En razón de esta obligación, el arrendador no podrá sin el consentimiento del arrendatario, mudar la forma de la cosa arrendada, ni hacer en ella obras o trabajos algunos que puedan turbarle o embarazarle el goce de ella.

Obligaciones del arrendatario. Las principales obligaciones del arrendatario o locatario (se denomina '*inquilino*' cuando se trata de arrendamiento de edificios, casas, etc., y '*colono*' si el contrato se refiere a predios rústicos), son las siguientes:

1. Usar la cosa recibida en arrendamiento según los términos o espíritu del contrato, y no podrá hacerla servir a otro objeto que el convenido.

2. Emplear en la conservación de la cosa recibida en arriendo el cuidado de un buen padre de familia, y así no lo hiciere, debe responder de los perjuicios que cause al propietario.

3. Efectuar las '*reparaciones locativas*'.

4. Responder, no sólo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes.

5. Pagar el precio o renta, en el lugar, en los períodos y demás condiciones pactadas.

6. No ceder el arrendamiento ni subarrendar, a menos que se haya expresamente concedido (art. 2004, C.C.).

7. Restituir la cosa arrendada al fin del arrendamiento. La cosa debe restituirla el arrendatario al arrendador en el estado en que le fue entregada, salvo el deterioro natural ocasionado por el uso y goce legítimos (art. 2005, C.C.).

Actualmente, si el arrendatario de inmuebles urbanos ha pagado los respectivos cánones en su oportunidad, el arrendador no podrá exigirle la entrega del inmueble por vencimiento del término del contrato (D. 1070 de 1956 y 3817 de 1982). Tampoco, es importante anotarlo, los cánones de dichos inmuebles podrán ser superiores a los porcentajes que, de acuerdo a los avalúos catastrales correspondientes, la ley ha señalado (D. 3817 de 1982, Ley 56 de 1985, etc.).

Cuando el propietario haya de ocupar el inmueble arrendado para su propia habitación o negocio o haya de demolerlo para efectuar una nueva construcción

o para reconstruirlo o repararlo con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin su desocupación, así como también cuando el inquilino no se aviniere a pagar el precio del arrendamiento de acuerdo con los porcentajes legales, el propietario podrá solicitar la restitución del inmueble sin necesidad de licencia o trámite administrativo previo (art. 6º D. 3817 de 1982).

Reparaciones. Las reparaciones, en el contrato de arrendamiento, pueden ser de dos clases, así:

1. **Necesarias.** Se llaman '*necesarias*' las reparaciones indispensables para continuar disfrutando de la cosa arrendada, es decir, aquellas cuya realización tiene por objeto la conservación de la cosa en buen estado. Esta clase de reparaciones se hallan vinculadas a la existencia misma de la cosa, sin las cuales ésta desaparecería o se haría inapta para su goce. Estas reparaciones, como ya se dijo, corresponde al arrendador (art. 1985, C.C.).

2. **Locativas.** Denomínanse '*locativas*' aquellas reparaciones de poca importancia y que corresponden a los deterioros que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario o de sus dependientes en el uso de la cosa, como descalabro de paredes o cercas, albañales o acequias, rotura de cristales, etc. Estas reparaciones corresponden, como ya se dijo también, al arrendatario. Se reducen, cuando se trata de un inmueble, a mantenerlo en el estado en que lo ha recibido el inquilino, pero éste no responde de los deterioros que provengan del tiempo y uso legítimos, o de fuerza mayor, o de caso fortuito, o de la mala calidad del edificio, por su vetustez, por la naturaleza del suelo, o por defectos de construcción (art. 2028 C.C.).

En cuanto al campo mercantil, el Código de Comercio únicamente trata del arrendamiento de inmuebles ocupados por un establecimiento de comercio, o sea, aquel '*conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa...*' (arts. 518 a 524, C. de Co.).

Especies de arrendamiento. Además de las especies de arrendamiento ya vistas (de Cosas y de Inmuebles) el Código Civil, con exclusión del Arrendamiento de Criados Domésticos ahora sometido a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y el Arrendamiento de Transporte reglamentado en la actualidad por el Código de Comercio, trata de los dos contratos siguientes:

1. **Contrato de obra.** El Contrato de Obra, o mejor, el '*Contrato para la confección de una obra material*' es aquel por el cual una persona (artífice) se obliga para con otra (dueño o comitente), por un precio, a efectuar una obra material determinada, y sin que medie mandato ni subordinación.

Si el artífice suministró la materia para la confección de la obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento (art. 2053, C.C.).

Este contrato se sujeta a las reglas generales del arrendamiento y tiene las mismas características de éste. Es por consiguiente, bilateral, oneroso, consensual, nominado y principal.

2. Contrato de construcción de edificio. El Contrato para Construcción de Edificio es aquel en virtud del cual una parte (empresario) se obliga para con otra (dueño), por un precio prefijado, a construir una edificación determinada (arts. 2060 y ss., C.C.).

3. El leasing. Para finalizar esta parte, no sobra mencionar a un tipo de arrendamiento con especiales características que en los últimos tiempos ha aparecido en la práctica comercial, el llamado '**Leasing**' (inglés "To Lease", arrendar), que puede tener varias modalidades (el operativo, el inmobiliario y el financiero) y que consiste esencialmente en una forma de financiación que le permite a las personas usufructuar un bien sin tener que comprarlo. Contrato este que, según S. Rodríguez, puede definirse como "aquel por el cual una sociedad especializada adquiere a petición de su cliente, determinados bienes que entrega a título de alquiler mediante el pago de remuneración y con opción para el arrendatario al vencimiento del plazo, de continuar con el contrato en nuevas condiciones o de adquirir los bienes en poder...".

CONTRATO DE SOCIEDAD. La '*sociedad*' o '*compañía*', como ya se vio, es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación (arts. 2079 a 2141, C.C.).

Caracteres. La sociedad civil es un contrato: a) Bilateral, b) A título oneroso, c) Consensual (con excepción de la Sociedad Anónima y la de Responsabilidad Limitada que son siempre solemnes), d) Conmutativo, e) Nominado y f) Principal.

Se anota que las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto (civiles, comerciales, etc.), se regirán por las normas de las compañías comerciales (art. 100, C. de Co.).

En lo concerniente a la clasificación de las Compañías Civiles (Colectivas, en Comandita, Anónimas y de Responsabilidad Limitada) y su Disolución, ver '*Sociedades con Ánimo de Lucro*' (ver pág. 191) y '*Extinción de la Persona Jurídica*' (ver pág. 197).

CONTRATO DE MANDATO. El '*mandato*' es un contrato en que una persona (comitente o mandante) encarga la gestión de uno o más negocios a otro (apoderado, procurador o mandatario) que se hace a cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera (art. 2142, C.C.).

Carácteres. El Mandato es un contrato: a) Bilateral si es remunerado (Unilateral si es gratuito), b) Consensual por lo general (a veces solemne como el Mandato Judicial), c) Comutativo por lo general (a veces aleatorio), d) Nominado y e) Principal.

El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. Esta aceptación puede ser expresa o tácita. '*Aceptación tácita*' es todo acto en ejecución del mandato (art. 2150, C.C.).

División. El Mandato puede clasificarse así:

1. **Individual.** Es '*individual*' el mandato cuando una persona es el mandatario y otra el mandante.

2. **Colectivo.** El mandato es '*colectivo*' o '*plural*' cuando son dos o más los mandantes o los mandatarios.

3. **Especial.** Es '*especial*' el mandato si comprende uno o varios negocios del demandante especialmente determinados.

4. **General.** Se llama '*general*' el mandato cuando se da para todos los asuntos o negocios del mandante. Esta clase de mandato se confiere siempre por escritura pública y se denomina '*poder general*'. La palabra '*poder*' se toma en el sentido de autorización o facultad conferida a una persona para que actúe en nombre del mandante en la ejecución de algún acto o negocio; es decir, el poder es la facultad de representación (Ver '*La Representación*', pág. 219).

5. **Legal.** Toma el nombre de '*legal*' el mandato conferido por el ministerio de la ley.

6. **Contractual.** '*Contractual*' o '*convencional*' es el mandato que se forma mediante un acuerdo o convenio celebrado entre las partes (mandante y mandatario).

El mandato conferido para ante autoridad, por escrito y para un negocio determinado, suele denominarse '*procuración*'.

Administración del mandato. El mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, salvo los casos en que la ley le autorice a obrar de otro modo (art. 2157, C.C.).

El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra, etc. Para todos los actos que salgan de estos límites naturales de los actos administrativos, se requiere poder especial (art. 2158, C.C.).

La recta ejecución del mandato comprende no sólo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve el caso.

Obligaciones del mandatario. En el contrato de mandato las obligaciones principales del mandatario se reducen a las siguientes:

1. Cumplir fielmente el encargo y realizar la gestión encomendada, atendiéndose a las instrucciones del mandante, y
2. Rendir cuenta de su gestión, enviándola detallada y justificada, en cuanto a la administración.

Obligaciones del mandante. Según el artículo 2184 del Código Civil, el mandante está obligado a lo siguiente:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
2. A reembolsar los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
3. A pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual;
4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes, y
5. A indemnizar al mandatario de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, o por causa del mandato.

Terminación del mandato. El mandato termina por las siguientes causas:

1. Por el desempeño del negocio para que fue constituido;
2. Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato;
3. Por la revocación del mandante;
4. Por la renuncia del mandatario;
5. Por la muerte del mandante o del mandatario;
6. Por la quiebra o la insolvencia del mandante o del mandatario;
7. Por la interdicción del mandante o del mandatario, y
8. Por las cesaciones de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas (art. 2189, C.C.).

CONTRATO DE COMODATO. El '*Comodato*' '*Préstamo de uso*' es un contrato en que una de las partes (comodante) entrega a la otra (comodatario) gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso (art. 2200, C.C.).

Carácteres. El Comodato es un contrato: a) Bilateral, b) Gratuito, c) Real, d) Nominado y e) Principal.

Obligaciones del comodatario. Las principales obligaciones del comodatario son:

1. Emplear la cosa recibida en comodato en el uso convenido, o a falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.
2. Emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, respondiendo hasta de la culpa levísima.
3. Restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

Obligaciones del comodante. Las principales obligaciones del comodante son:

1. Indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho, para la conservación de la cosa.
2. Indemnizar al comodatario de los perjuicios que le haya ocasionado la mala calidad del objeto prestado, siempre y cuando se reúnan las siguientes circunstancias: a) Que haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiere de ocasionar los perjuicios, b) Que haya sido conocida y no declarada por el comodante y c) Que el comodatario no haya podido, con mediano cuidado, conocerla o prever los perjuicios (art. 2217, C.C.).

Toda cosa mueble o inmueble que pueda usarse sin consumirse puede ser objeto del contrato de Comodato.

Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos los comodatarios son solidariamente responsables.

El Comodato toma el título de '*precario*' si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo. Se entiende '*precario*' cuando no presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precaria la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño (arts. 2219 y 2220, C.C.).

CONTRATO DE MUTUO. El '*Mutuo*' o '*Préstamo de Consumo*' es un contrato en que una de las partes (mutuante o prestador) entrega a la otra

(mutuario o prestatario) cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (art. 2221, C.C.).

Caracteres. El Mutuo es un contrato: a) Unilateral, b) Gratuito si no lleva intereses (Oneroso si lleva intereses), c) Real, d) Nominado y e) Principal.

No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio; es decir, que cuando el prestador entrega la cosa mutuada se desprende de la propiedad, la cual se transmite al prestatario quien se hace dueño de la cosa.

Generalmente el mutuo versa sobre dinero y se pactan intereses, en este caso al prestador suele denominarse '*prestamista*'. Se pueden estipular intereses en dinero o cosas fungibles.

Intereses. Los '*intereses*' o sea los beneficios que se obtienen del dinero dado en mutuo o préstamo, pueden ser de las siguientes clases:

1. *Convencionales o 'contractuales'* que son los fijados voluntariamente por las partes contratantes. Las partes, sin embargo, no pueden convenir un interés que exceda de una mitad al que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención. Si se pactan intereses que excedan del límite anotado serán reducidos por el juez al dicho interés corriente si así lo solicite el deudor (art. 2231, C.C.).

Se recuerda, además, que en el campo civil está prohibido el '*anatocismo*' o doble usura, es decir, como se expresó en su oportunidad, estipular intereses de intereses (en el área mercantil no sucede lo mismo como se desprende del artículo 886 del Código de Comercio, atrás mencionado). (Ver '*Avalúo Legal*', pág. 289). Se anota, así mismo, que la '*Usura*', o sea el recibo o cobro de intereses excesivos por préstamo de dinero o venta de bienes o servicios, está contemplada como delito en nuestra legislación (art. 255, C.P.).

2. *Legales*, o sean los intereses determinados por la ley. El monto del interés legal ha sido fijado por el Código Civil, hasta el presente, en seis por ciento (6%) anual (art. 2232, C.C.).

3. *Corrientes*, que son los intereses usados generalmente en la plaza, es decir, los que acostumbran a cobrarse ordinariamente en ella. El interés corriente se probará con certificación de la Superintendencia Bancaria, quien los fijará anualmente, o con los informes de Bancos o con copias de las resoluciones de la Junta Monetaria respecto de operaciones especiales que ésta regule (arts. 191, C.P.C. y 884, C. de Co.).

Obligaciones de las partes. Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, el mutuario, en la fecha y lugar convenidos, además de pagar

intereses si así se hubiere estipulado, está obligado a restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea cual fuere su precio al momento de su devolución. Y si esto no fuere posible y no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago. Si se ha prestado dinero, sólo se deberá la suma numérica enunciada en el contrato (arts. 2223 y ss., C.C.).

El mutuante o prestamista, por su parte, es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario o prestatario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada.

CONTRATO DE DEPÓSITO. Depósito, en general, es el contrato en que una persona (depositante) confía una cosa corporal (depósito) a otra (depositaria) que se encarga de guardarla y de restituirla en especie (art. 2236, C.C.).

Carácteres. El depósito es un contrato: a) Unilateral, b) Gratuito por lo general, c) Real, d) Nominado y e) Principal.

Clasificación. El depósito puede ser de dos maneras, así:

1. Depósito propiamente dicho, y
2. Secuestro.

Depósito propiamente dicho. Este contrato consiste en que una de las partes (depositante) entrega a la otra (depositario) una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante (art. 2240, C.C.). Esta clase de depósito es gratuito. Por el mero depósito no se confiere al depositario facultad de usar la cosa depositada sin permiso del depositante.

Las principales obligaciones del depositario son:

- a) Guardar la cosa depositada (comprende respetar sellos y cerraduras del bulto, cofre, baúl, etc. que contiene la cosa) hasta que el depositante la pida;
- b) Guardar el secreto de los depósitos de confianza, y
- c) Restituir la misma cosa que se le hubiere confiado en depósito, con todas sus accesiones y frutos, aunque consista en dinero o cosas fungibles.

El Depósito propiamente dicho se llama '*necesario*' cuando la elección del depositario no dependa de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante (art. 2260, C.C.). La responsabilidad del depositario en esta clase de depósito se extiende hasta la culpa leve.

Secuestro. Se denomina ‘*Secuestro*’ al depósito de una cosa que se disputan dos o más personas, en manos de otra que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario en este caso se llama ‘*secuestre*’. Pueden ponerse en secuestro tanto los bienes muebles como los inmuebles.

El Secuestro puede ser de las siguientes clases.

- a) *Convencional* si se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso, y
- b) *Judicial* si se constituye por decreto del juez (arts. 513 y ss., C.P.C.).

Las reglas del secuestro son, salvo excepciones, las mismas que las del depósito propiamente dicho.

CONTRATOS ALEATORIOS. Llámense ‘*Contratos Aleatorios*’ aquellos en que las partes estipulan obligaciones recíprocas vinculadas a un acontecimiento incierto, del cual va a desprendese el provecho o la pérdida indistintamente para ambos contratantes o para uno de ellos (Ver ‘*Aleatorios*’, pág. 295).

Dentro de este tipo de contratos, hay una modalidad en que sólo una de las partes asume el ‘*alea*’ a cambio de la seguridad que la otra parte presta, tal como ocurre con el contrato de Seguro, que por ser esencialmente mercantil, está regulado por el código respectivo (arts. 1036 a 1162, C. de Co.).

Clasificación. Los principales contratos aleatorios civiles son:

1. El juego,
2. La apuesta, y
3. La constitución de la renta vitalicia.

El juego. El ‘*Juego*’ es el contrato por el cual cada parte (jugador), para el caso de pérdida se obliga a pagar una cantidad de dinero o cualquier otra cosa que constituye precisamente el interés de la partida, es decir, que una parte se compromete para con la otra a pagarle lo convenido si pierde.

El juego no produce acción ni excepción. El que gana no puede exigir el pago. Si el que pierde paga, tiene, en todo caso, acción para repetir (demandar) lo pagado (art. 2283, C.C.).

La apuesta. El contrato de ‘*Apuesta*’ es aquel en que las partes (apostadoras) discuten respecto de un punto dudoso y la que no tenga razón se obliga a pagarle a la otra una cantidad de dinero o un objeto cualquiera.

La Apuesta tampoco produce acción ni excepción. Si el que hace la apuesta sabe que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata, incurre en dolo.

La constitución de renta vitalicia. La '*Constitución de Renta Vitalicia*' es un contrato en que una persona (debi-rentista) se obliga a título oneroso a pagar a otra una '*renta*' o '*pensión*' periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas o de un tercero (art. 2287, C.C.).

Este contrato es: a) Unilateral, b) Oneroso, c) Real, d) Nominado y e) Principal.

El contrato de Renta Vitalicia deberá otorgarse por escritura pública, y no se perfecciona sino por la entrega del precio. El precio de la renta vitalicia, o lo que se paga por el derecho de percibirla, puede consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles. La pensión no puede ser sino en dinero (art. 2290, C.C.).

CONTRATOS ACCESORIOS. Los '*Contratos accesorios*' también llamados '*de garantía*', son aquellos que tienen por objeto asegurar el contrato principal y no pueden subsistir por sí solos, de tal manera que terminado el contrato principal terminan también ellos (Ver '*Contrato Accesorio*', pág. 296).

Clasificación. Los principales contratos accesorios civiles son:

1. La fianza,
2. La prenda,
3. La hipoteca, y
4. La anticresis.

La fianza. La '*Fianza*' es un contrato accesorio por el cual una o más personas (fiadores) responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplir en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple (art. 2361, C.C.).

La fianza es un contrato: a) Unilateral, b) Gratuito, c) Consensual, d) Nominado y e) Accesorio.

La fianza puede ser Convencional, Legal o Judicial, según que sea constituida por contrato, u ordenada por la ley o decretada por el juez.

El fiador no puede obligarse a más de los que debe el deudor principal, pero puede comprometerse a menos. El fiador tampoco puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, pero puede obligarse en términos menos gravosos, así como también de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aún cuando la obligación principal no la tenga.

El fiador reconvenido goza del '*beneficio de exclusión*', en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los

bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por este para la seguridad de la misma deuda (art. 2383, C.C.).

Para gozar del '*beneficio de excusión*', expresa el artículo 2384 del Código Civil, son necesarias las condiciones siguientes:

1. Que no se haya renunciado expresamente;
2. Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario;
3. Que la obligación principal produzca acción;
4. Que la fianza no haya sido ordenada por el juez;
5. Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera, y
6. Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez.

Si el fiador hubiere pagado la obligación, tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor. Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios.

La fianza se extingue en todo o en parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, y además:

- a) Por el relevo de la fianza en todo o en parte, concedido por el acreedor al fiador;
- b) En cuanto al acreedor por el hecho o culpa suya haya perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse, y
- c) Por la extinción de la obligación principal en todo o parte (art. 2406, C.C.).

La prenda. Por el contrato de '*Prenda*' o '*Empeño*' se entrega una cosa mueble (prenda o bien pignorado) a un acreedor para la seguridad de su crédito (art. 2409, C.C.).

La Prenda es un contrato: a) Unilateral, b) Oneroso, c) Consensual, d) De Adhesión por lo general, e) Nominado y f) Accesorio.

El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede y no se perfecciona sino por la entrega del bien pignorado (Lat. '*pignus*', prenda) al acreedor prendaria. La prenda puede constituirse no sólo por el deudor principal sino por un tercero que hace este servicio al deudor.

El acreedor prendario, además de no poder servirse de la prenda sin consentimiento del deudor, está obligado a guardarla y conservarla como un buen padre de familia, y responde de los deterioros que ella sufra por su hecho o culpa.

El deudor prendario no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación del bien pignorado, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia (art. 2421, C.C.).

La Prenda constituye a favor del acreedor prendario, los siguientes derechos:

1. El de '*retención*', o sea conservar en su poder la cosa pignorada hasta cuando el deudor le pague la deuda en su totalidad;
2. El de '*venta*', que consiste en que el acreedor prendario pueda solicitar judicialmente que la prenda del deudor moroso sea vendida en pública subasta;
3. El de '*preferencia*', a fin de que su crédito sea pagado con el producto de la venta del bien dado en prenda antes que cualquier otro acreedor;
4. El de '*adjudicación*', para efecto que se le adjudique la prenda en pago hasta concurrencia de su crédito, a falta de postura admisible en el remate, y
5. El de '*persecución*', por el cual pueden perseguir la prenda en manos de cualquier persona en que se encuentre.

Se extingue el derecho de prenda por la extinción de la obligación principal, por la destrucción completa de la cosa empeñada y porque la propiedad del bien pignorado pasa al acreedor prendario por cualquier título.

La hipoteca. La '*hipoteca*', es un derecho de prenda constituida sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor (art. 2432, C.C.). Es decir, es un contrato accesorio por el cual se afecta en favor de un acreedor para seguridad de su crédito, un bien raíz que permanece en poder de su dueño.

La hipoteca es un contrato: a) Bilateral, b) Oneroso, c) Solemne, d) Nominado y e) Accesorio.

La hipoteca, que puede constituirse sobre bienes propios o dados en usufructo, ha de otorgarse por escritura pública y deberá ser inscrita en el registro de instrumentos públicos, requisito este de '*registro*' indispensable para la validez del contrato.

El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario (art. 2440, C.C.).

El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.

La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez (art. 2452, C.C.).

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Asimismo se extingue por la resolución del derecho del que la constituyó, o por evento de la condición resolutoria. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida, así como también por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública.

La '*cancelación*' de la hipoteca deberá hacerla el acreedor por escritura pública también, de la cual el notario extenderá una certificación a fin de que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente cancele la inscripción respectiva.

La anticresis. La '*Anticresis*' es un contrato accesorio por el que se entrega al acreedor anticrédito una finca raíz para que se pague con sus frutos (art. 2458, C.C.). (En el campo mercantil, la '*anticresis*' se extiende a '*toda clase de bienes*': muebles e inmuebles, tal como lo dispone el artículo 1221 del Código de Comercio).

La cosa raíz dada en anticresis puede pertenecer al deudor o a un tercero que consienta en dicho contrato.

La Anticresis es un contrato: a) Unilateral, b) Oneroso, c) Real, d) Nominado y e) Accesorio.

El contrato de Anticresis se perfecciona por la entrega del inmueble y no da al acreedor, por sí solo, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

Podrá darse al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor; y podrá, así mismo, hipotecarse al acreedor, con las formalidades y efectos legales, el inmueble que se ha dado en anticresis.

El acreedor que tiene anticresis goza de los mismos derechos que el arrendatario para el abono de mejoras, perjuicios y gastos, y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario, relativamente a la conservación de la cosa (art. 2463, C.C.).

El acreedor no se hace dueño del inmueble dado en anticresis a falta de pago; ni tendrá preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le diere el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula.

El deudor anticrético no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda, pero el acreedor podrá restituirla en cualquier tiempo y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales; sin perjuicio de lo que se hubiere estipulado en el contrato (art. 2467, C.C.).

CONTRATO DE TRANSACCIÓN. La '*Transacción*' es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precavan un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa (art. 2469, C.C.). La transacción puede tener también por objeto un litigio terminado por sentencia judicial cuando esta no es conocida por los litigantes al tiempo de transigir.

La transacción es un contrato: a) Bilateral, b) Oneroso, c) Consensual, d) Nominado y e) Principal.

No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

La transacción no surte efecto sino entre los contratantes y produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad con la ley (art. 2483, C.C.).

CONTRATOS MERCANTILES NOMINADOS

Los Contratos Mercantiles Nominados, según el Código de Comercio, son los siguientes:

1. Compraventa,
2. Permuta,
3. Suministro,
4. Transporte,
5. Seguro,
6. Mutuo,
7. Depósito,
8. Hospedaje,
9. Prenda,
10. Anticresis,
11. Fiducia,
12. Cuenta corriente,
13. Mandato,

14. Corretaje,
15. Edición,
16. Consignación,
17. Bancarios, y
18. Cuentas en participación.

CONTRATO DE COMPROVENTA. La compraventa comercial es un contrato en que una de las partes (vendedor) se obliga a transmitir la propiedad de una cosa, y la otra (comprador) a pagarla en dinero.

Si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa se entiende que ha habido compraventa si la cosa vale menos que el dinero, y permuta en el caso contrario (art. 905, C. de Co.).

La compraventa comercial se diferencia de la civil en que en ésta se compra para el uso o el consumo propio o familiar y sin ánimo de revender, es decir, sin intención especulativa. En cambio, en la compraventa comercial, se compra con finalidad especulativa, o sea con intención de revender, con el objeto de obtener ganancia o lucro sobre la diferencia entre el precio de adquisición y el de reventa (César Vivante).

Carácteres. De acuerdo con su naturaleza, la compraventa comercial es un contrato consensual (a veces solemne como cuando se trata de bienes inmuebles), bilateral, oneroso, comutativo (a veces aleatorio como en la '*emptio spei*'), de deliberación (a veces de adhesión), principal y nominado.

Capacidad. Toda persona que la ley no ha declarado incapaz, puede celebrar válidamente el contrato de compraventa comercial.

Además de las incapacidades generales para celebrar todo contrato, hay algunas circunstancias en que la ley prohíbe a ciertas personas, por razones de parentesco, cargo que desempeñan, etc., efectuar el contrato de compraventa comercial. En efecto, el art. 906 del C. de Co., señala que no pueden comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aún en pública subasta, los cónyuges no divorciados ni el padre e hijo de familia entre sí; los que por ley o acto de autoridad pública administran bienes ajenos, como guardadores, síndicos, secuestres, respecto de los bienes que administran; los albaceas o ejecutores testamentarios, respecto de los bienes objeto de su encargo; los empleados públicos, respecto de los bienes que vendan por su ministerio, etc.

Arras. La compraventa comercial, como otros contratos, puede celebrarse con arras, esto es, dando una cosa (dinero, etc.) en prenda de su celebración o

de su ejecución, permitiendo que cada uno de los contratantes se retracte (arrepienta), perdiendo las arras el que las ha dado, o restituyéndolas dobladas el que las haya recibido (art. 866, C. de Co.). Se anota que mientras en el campo civil las arras pueden ser de retractación (penitenciales) y confirmatorias, en el área comercial se prescinde de estas últimas.

Obligaciones del vendedor. Las principales obligaciones del vendedor son:

1. Entregar la cosa vendida en el plazo, lugar, estado, calidad, cantidad, condiciones, etc., de conformidad con lo estipulado en el contrato.

Pero cuando se trate de la tradición del dominio de los bienes raíces requerirá, además de la entrega material de la cosa, la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos. De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título en este caso se efectuará ante el funcionario y en la forma que señala la ley (art. 922, C. de Co.).

Se entenderá verificada la entrega de la cosa: 1) Por la transmisión del conocimiento de embarque, carta de porte o factura, durante el transporte de las mercaderías por tierra, mar y aire; 2) Por la fijación que haga el comprador de su marca en las mercaderías compradas con conocimiento y aquiescencia del vendedor; 3) Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido y 4) Por cualquier otro medio autorizado por la ley o la costumbre mercantil (art. 923, C. de Co.).

2. Entregar factura, si así lo exige el comprador, de las mercaderías vendidas, con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere cancelado.

3. Otorgar la constancia del caso, cuando por razón del pago u otra causa lícita quede adquirida por el comprador la propiedad de la cosa vendida. A falta de esta constancia el último recibo o comprobante de pago surtirá sus efectos (art. 959, C. de Co.).

4. Cancelar la inscripción del respectivo contrato en la Oficina de Registro de Instrumentos Pùblicos cuando se trate de compraventa de inmueble con pacto de reserva de dominio, una vez pagada por el comprador la totalidad del precio. Lo mismo debe hacer cuando se trate de automotores (art. 967, C. de Co.), y

5. Saneamiento de la cosa vendida, que comprende dos objetos: A) Amparar al comprador en el dominio y posesión quieta y pacífica de la cosa vendida (saneamiento por evicción) y B) Responder de los vicios o defectos

ocultos que aquélla presente, llamados '*vicios redhibitorios*' (arts. 1914 y 1916, C.C. y ss., C. de Co.).

Venta a plazo con garantía prendaria. En la compraventa de una cosa corporal mueble, singularizable e identificable y no fungible, cuyo precio deba pagarse a plazo, el pago podrá garantizarse con prenda de la cosa vendida conservando el comprador la tenencia de ella (art. 951, C. de Co.).

Venta con reserva de dominio. Las partes pueden convenir que el vendedor se reserve el dominio de la cosa vendida, mueble o inmueble, hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio convenido. La reserva de dominio ('*pactum reservati dominii*') debe consignarse expresamente por escrito para que tenga validez y sólo producirá efectos en relación con terceros a partir de la fecha de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos si se trata de inmuebles o ante el funcionario que señala la ley cuando se refiera a vehículos automotores (art. 952, C. de Co.).

Obligaciones del comprador. La principal obligación del comprador es pagar el precio de la cosa vendida en el plazo y la forma estipulados, en su defecto a momento de recibir la cosa. El pago puede ser al contado, cuando cubre la totalidad una vez perfeccionado el contrato, o a plazos, cuando se conviene una fecha posterior para su pago, ya sea en cuotas o en un solo contado.

Es importante fijar el precio de la compraventa, pues si los contratantes no convienen en él o en la manera de determinarlo, no habrá contrato. Pero si el comprador recibe la cosa, se presumirá que las partes aceptan el precio medio que tenga en el día y lugar de la entrega. Por otra parte, si el precio es irrisorio se tendrá por no pactado (art. 920, C. de Co.).

Si el comprador incurre en mora de pagar el precio, el vendedor tendrá derecho a la restitución de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor (art. 948, C. de C.).

Si el comprador está obligado también a recibir la cosa en el lugar y tiempo convenidos y, en su defecto, en el lugar y el tiempo señalados por la ley para la entrega, so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por la mora (art. 943, C. de Co.).

CONTRATO DE PERMUTACIÓN. La permutación, llamada también '*permuta*' o '*cambio*', es un contrato en que las partes (permutantes), se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro (art. 1955, C.C.).

No pueden permutarse las cosas que no pueden venderse.

Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato (art. 910, C. de Co.).

CONTRATO DE SUMINISTRO. El suministro es un contrato por el cual una parte (proveedor) se obliga, a cambio de una contraprestación (precio) a cumplir en favor de otra (consumidor), en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios (art. 968, C. de Co.).

El suministro puede ser de carácter periódico o continuo. El suministro diario se tendrá por continuo.

Carácteres. El suministro es un contrato bilateral, consensual, comunitativo, principal, de adhesión (a veces deliberativo), oneroso, de ejecución sucesiva y nominado.

El precio puede ser convencional. Si las partes no fijan el precio del suministro o la manera de determinarlo, se presumirá que aceptan el '*precio medio*' que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y el día del cumplimiento de cada prestación, o en el domicilio del consumidor, si las partes se encuentran en distintos lugares (art. 970, C. de Co.).

Las partes pueden pactar 'preferencia', ya sea en favor del proveedor para concluir un contrato posterior sobre el mismo objeto, o en favor de la que percibe el suministro (art. 974, C. de Co.).

Los contratantes pueden convenir un término de duración del suministro, en caso contrario, cualquiera de ellas podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término estipulado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro (art. 977, C. de Co.).

Las personas que presten servicios públicos o tengan un monopolio de hecho o de derecho, no podrán, sin autorización del Gobierno, suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora, ni aún con preaviso (art. 979, C. de Co.).

Por ser el suministro un contrato de ejecución sucesiva o continuada, puede ser objeto de '*revisión*', cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a su celebración, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente oneroso (teoría de la imprevisión) (art. 868, C. de Co.).

CONTRATO DE TRANSPORTE. El transporte es un contrato en que una de las partes (transportador o porteador) se obliga para con otra (remitente, pasajero, usuario), a cambio de un precio (flete, porte, pasaje), a conducir de

un lugar a otro, por determinado medio (tierra, agua, aire) y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario (art. 1º, D. 01 de 1990).

El transporte es un contrato bilateral, consensual, oneroso, conmutativo, de libre discusión o deliberativo, principal, de ejecución instantánea y nominado.

Las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente a la conducción de personas o cosas de un lugar otro y por un precio, son empresarios de transporte, los cuales pueden ser de '*servicio público*' o '*servicio particular*'.

Las empresas de transporte de servicio público, además de cumplir los requisitos legales en lo que respecta a creación, funcionamiento, rutas y horarios, deben someter sus reglamentos a la aprobación oficial y obtener autorización previa de la autoridad correspondiente (INTRA, etc.) (art. 3º, D. 01/90).

El transportador autorizado podrá efectuar directamente la conducción, o encargarla, en todo o en parte, a terceros, pero bajo su responsabilidad.

Cuando existiendo un único contrato de transporte, la conducción se realiza en forma sucesiva por varias empresas transportadoras, por más de un medio de transporte se considera transporte combinado (art. 5º, D. 01/90).

El transporte toma la denominación de '*multimodal*', cuando la conducción de mercancías se efectúa por dos o más modos de transporte desde un lugar en que el operador de transporte multimodal las tome bajo su custodia o responsabilidad hasta otro lugar designado para su entrega al destinatario, en virtud de un contrato único de transporte. Si dicha conducción de mercancías ocurre entre dos o más países, toma el nombre de transporte multimodal internacional (art. 7º, D. 01/90).

Obligaciones del transportador. El transportador está especialmente obligado a:

1. Conducir a las personas o las cosas sanas y salvas del lugar pactado, en el tiempo y medio convenidos (art. 989, C. de Co.);
2. Responder por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, salvo que la causa del daño le haya sido extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada;
3. Responder de los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste, salvo fuerza mayor, obra exclusiva de terceros o culpa exclusiva del pasajero;
4. Responder de los perjuicios causados por enfermos, dementes o menores de edad que conduzca a sabiendas y no preste los cuidados ordinarios que exijan su condición;

5. Responder de los daños provenientes de la falta o deficiencia de embalaje cuando, a sabiendas de estas circunstancias, se haga cargo de transportar la cosa (D. 01 de 1990, art. 23).

6. Expedir carta de porte, conocimiento o póliza de embarque, cuando el reglamento dictado por el gobierno así lo exija (art. 27, D. 01/90).

La carta de porte y el conocimiento o póliza de embarque, deberá contener, entre otras indicaciones, la mención de ser '*carta de porte*' o '*conocimiento de embarque*', el nombre y domicilio del transportador y del remitente, la descripción pormenorizada de las mercancías objeto del transporte y la estimación de su valor, la mención de los lugares de salida y destino, la indicación del medio de transporte, etc. (arts. 768 y ss., C. de Co. y art. 27, D. 01/90).

7. Responder de la pérdida total o parcial de la cosa transportada, de su avería y del retardo en la entrega desde el momento en que la recibe o ha debido hacerse cargo de ella. Esta responsabilidad sólo cesará cuando la cosa sea entregada al destinatario o a la persona designada para recibirla en el sitio convenido y conforme al C. de Co. (art. 38, D. 01/90).

Obligaciones del usuario, remitente o pasajero. Sus principales obligaciones son:

1. El pasajero está obligado a pagar el pasaje, observar las condiciones de seguridad impuestos por los reglamentos oficiales y de la empresa;

2. Son de cargo del remitente, el precio o flete del transporte y demás gastos que ocasione la cosa con motivo de su conducción o hasta la momento de su entrega; una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario;

3. El remitente estará obligado a responder ante el transportador y el destinatario de los perjuicios que ocurran por precauciones no tomadas en razón de la omisión, falsedad o deficiencia de las indicaciones que haga al transportador referentes al nombre y dirección del destinatario, lugar de entrega, naturaleza, valor, volumen, número y características de las cosas.

4. El remitente es responsable ante el transportador de los perjuicios que puedan resultar de la falta, insuficiencia o irregularidad de los informes y documentos necesarios que está obligado a suministrar antes del despacho de las cosas que sean necesarios para el cumplimiento del transporte y las formalidades de policía, aduana, sanidad y condiciones de consumo, y

5. El remitente está obligado a informar al transportador del carácter peligroso o restringido de las mercancías que tengan esta naturaleza y que requieran manejos especiales y de las precauciones que deben adoptarse (arts. 15 y ss., D. 01/90).

Derechos de retención. El transportador podrá ejercer el derecho de retención, así:

- a) Sobre el equipaje y demás cosas del pasajero que transporte mientras no le sea pagado el valor del correspondiente pasaje o el del flete de tales cosas o equipaje, cuando haya lugar a ello (art. 1007, C. de Co.), y
- b) Sobre los efectos que conduzca, hasta que le sean pagados el porte y los gastos que haya suplido. Este derecho se transmitirá de un transportador a otro hasta el último que debe verificar la restitución (art. 41, D. 01/90).

Prescripción. Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años. Este término, que no puede ser modificado por los contratantes, correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción (art. 11, D. 01/90).

CONTRATO DE SEGURO. El seguro es un contrato por el cual una persona jurídica (asegurador), toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de deterioro o pérdida, que a otra persona (asegurado) puedan sobrevenir en su persona o bienes, resarciéndole el daño sufrido, mediante o a cambio de una retribución convenida (prima).

El seguro es un contrato solemne, bilateral, aleatorio, oneroso, de adhesión, principal, de ejecución sucesiva y nominado.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza (art. 1036, C. de Co.).

Partes. Son partes del contrato de seguro:

1. *El asegurador*, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello por la ley, y
2. *El tomador*, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos (art. 1037, C. de Co.).

Además de las anteriores personas se encuentran las siguientes: A) El asegurado, que es la persona que queda libre del riesgo y B) el beneficiario, o sea la persona a quien beneficia el contrato, es decir, aquella en cuyo beneficio se contrata el seguro.

Elementos esenciales. Son elementos esenciales del contrato de seguro, los siguientes:

1. *El interés asegurable.* Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.

Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo (art. 1083, C. de Co.).

2. *El riesgo asegurable.* Se denomina ‘riesgo’ el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento (art. 1054, C. de Co.).

La avería, merma o pérdida de una cosa, provenientes de su vicio propio, no estarán comprendidas dentro del riesgo asumido por el asegurador. Están excluidos también las pérdidas o daños que sufren los objetos asegurados o los demás perjuicios causados por guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos o, en general, commociones populares de cualquier clase y convulsiones de la naturaleza (temblores de tierra, erupciones volcánicas, etc.) (arts. 1104 y 1105, C. de Co.).

El asegurador o el tomador, según el caso, deben mantener el estado del riesgo, y en caso de que con posterioridad a la celebración del contrato sobrevengan hechos o circunstancias no previsibles que signifiquen agravación del riesgo o de su identidad total, deberán notificar por escrito al asegurador (art. 1060, C. de Co.). Si hubiere disminución del riesgo, el asegurador deberá reducir la prima estipulada (art. 1065, C. de Co.).

3. *La prima.* La prima o precio del seguro es la retribución en dinero que recibe el asegurador por asumir los riesgos; es decir, es la prestación pagable al asegurador por parte del tomador. La prima constituye un elemento sustancial del contrato, de tal manera que si no se fija, este es nulo.

La prima está integrada por dos partes, así:

- a) Prima neta, pura o estadística, que es el valor del riesgo “calculado según una hipótesis estadística y una hipótesis financiera” (I. Halperin), que se fija en función del riesgo, para lo cual se toma en cuenta la probabilidad del siniestro, su intensidad y las variaciones del riesgo en el curso del contrato, y
- b) Prima bruta, comercial, cargada o de tarifa, “que comprende el recargo para subvenir a los gastos y beneficios de la empresa”, V.gr., impuestos, gastos de administración, utilidades, comisiones, etc.

4. *La obligación condicional del asegurador.* El asegurador debe pagar el valor del seguro cuando se realiza el evento-siniestro.

Póliza. La póliza es el documento mediante el cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro.

La póliza de seguro, además de las condiciones generales del contrato, debe contener la razón o denominación social del asegurador, el nombre del tomador, los nombres del asegurado o del beneficiario o la forma de identificarlos, la identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro, la suma asegurada o el modo de precisarla, la prima o el modo de calcularla y la forma de su pago, los riesgos que el asegurador toma a su cargo, la fecha en que se extiende y la firma del asegurador, etc. (art. 1047, C. de Co.).

La póliza puede ser de las siguientes clases:

- a) *Nominativa*, cuando se extiende a nombre de determinada persona y no puede cederse sin aquiescencia previa del asegurador.
- b) *A la orden*, cuando se extiende a nombre de determinada persona y su cesión puede hacerse por simple endoso, y
- c) *Flotante o automática*, cuando se limita a describir las condiciones generales del seguro, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores (anexos) (art. 1050, C. de Co.).

Siniestro. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado. Este puede ser '*mayor*' si la pérdida es total o casi total y '*menor*' cuando la cosa asegurada sufre un simple daño (art. 1072, C. de Co.).

Clases de seguros. Los seguros pueden ser:

- a) De daños, que podrán ser reales o patrimoniales (de bienes o de cosas), como los seguros de incendio, robo, transporte, responsabilidad, etc.
- b) De personas, como los de vida, accidente, por enfermedad, maternidad, etc.
- c) Terrestres, marítimos, aéreos, etc.
- d) Públicos y privados.

Obligaciones del tomador. Las principales obligaciones del tomador son:

1. Declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según cuestionario que le sea propuesto por el asegurador (art. 1058, C. de Co.).

2. Mantener el estado del riesgo, y

3. Pagar la prima, ya sea en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados (art. 81, Ley 45/90).

Obligaciones del asegurado. Son obligaciones del asegurado:

1. Evitar la extensión y propagación del siniestro una vez ocurrido éste, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas;

2. Dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer (esta también es obligación de beneficiario);

3. Declarar al asegurador, al dar la noticia del siniestro, los seguros coexistentes, con indicación del asegurador y de la suma asegurada;

4. Demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso;

5. Probar la existencia y el valor de los objetos asegurados al tiempo del siniestro;

6. Informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro de los diez días siguientes de su celebración;

7. No renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro. Si renuncia pierde el derecho a la indemnización;

8. Hacer, a petición del asegurador, todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación;

9. No abandonar (también es obligación del beneficiario, según el caso) las cosas aseguradas con ocasión del siniestro, salvo acuerdo en contrario, y

10. No hacer dejación total o parcial de los objetos averiados, a favor del asegurador, salvo estipulación en contrario (art. 1074 y ss., C. de Co.).

Obligaciones del asegurador. Las siguientes son las principales obligaciones del asegurador:

1. Reducir la prima estipulada en caso de disminución del riesgo, según la tarifa correspondiente, por el tiempo no corrido del seguro;

2. Efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredice, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador (art. 83, Ley 45/90).

3. Indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté, cuando no se halle asegurado el íntegro valor del interés.

4. Devolver la prima no devengada, cuando se extingue el contrato, si la cosa asegurada o a la cual está ligado el seguro, se destruye por hecho o causa extraña a la protección derivada de aquél;

5. Responder por los daños materiales de que sean objeto las cosas aseguradas, por causa de fuego hostil o rayo, o de sus efectos inmediatos, como el calor, el humo, en caso de seguro contra el riesgo de incendio. Responde igualmente cuando tales daños sean consecuencias de las medidas adoptadas para evitar la propagación del incendio;

6. Responder, cuando se trate de seguro de transporte, de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los efectos asegurados, sin perjuicio de la subrogación a que tiene derecho.

7. Indemnizar, cuando se trate de seguro de responsabilidad, los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad de acuerdo con la ley. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave.

8. Responder, aún en exceso de la suma asegurada, por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, salvo si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, o está expresamente excluida del contrato, o el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador o si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que delimita la responsabilidad del asegurador (art. 85, Ley 45/90), y

9. No revocar unilateralmente, en ningún caso, el contrato de seguro de vida (arts. 1102 y ss., C. de Co.).

Prescripción. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen pueden ser:

- a) Ordinaria, que será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y
- b) Extraordinaria, que será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho (art. 1081, C. de Co.).

Reaseguro. El asegurador puede hacer reasegurar las mismas cosas que él haya asegurado.

El contrato de reaseguro se puede definir “como el seguro que, mediante una obligación de reembolso, cubre al asegurador contra una carga patrimonial proveniente de contratos de seguros que celebró”. El reaseguro

es un contrato independiente del de seguro, pero no en forma absoluta, pues encuentra en éste la '*conditio juris*' de su existencia, de tal manera que si el asegurador no hubiere celebrado el contrato de seguro, no tendría interés reasegurable (Isaac Halperin).

Al respecto, el art. 88 de la Ley 45/90, expresa: "En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno.

"La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro".

El reaseguro no es un contrato a favor de tercero. El asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél (art. 1135, C. de Co.).

CONTRATO DE MUTUO. El '*mutuo*' o '*préstamo de consumo*' es un contrato en que una de las partes (mutuante, prestamista) entrega a la otra (mutuario o prestatario) cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (art. 2221 C.C.).

El mutuo es un contrato unilateral, real, oneroso, principal, conmutativo, deliberativo o por adhesión y nominado.

Obligaciones del mutuario. Las principales obligaciones del mutuario o prestatario, son:

1. Restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea cual fuere su precio al momento de la devolución, cuando se han prestado cosas fungibles;

2. Pagar al mutuante, salvo estipulación en contrario, los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo, y

3. Pagar el valor correspondiente de las cosas mutuadas en el lugar y época en que debe hacerse la devolución, cuando la restitución de tales cosas se haga imposible o notoriamente difícil, por causas no imputables al mutuario (art. 1165, C. de Co.).

Obligaciones del mutuante. Son obligaciones del mutuante:

1. Indemnizar los daños que por los vicios ocultos o la mala calidad de la cosa mutuada sufra el mutuario, si éste los ha ignorado y podido ignorar son su culpa, y

2. Indemnizar los daños que por vicios ocultos o mala calidad de la cosa mutuada sufra el mutuario, si teniendo conocimiento de ellos, no haya advertido al respecto al mutuario, cuando el mutuo se estipule sin intereses (art. 1167, C. de Co.).

CONTRATO DE DEPÓSITO. El depósito, en general, es el contrato en que una de las partes (depositante) confía una cosa corporal y mueble a la otra (depositario) que se encarga, por una remuneración, de guardarla y de restituirla en especie, en el lugar y tiempo convenidos (art. 2236, C.C.) (El Código de Comercio no define este contrato).

El depósito es un contrato unilateral, real, oneroso, principal, de adhesión (por lo general) y nominado.

Obligaciones del depositario. Son obligaciones del depositario:

1. Guardar y restituir la cosa recibida en depósito en el lugar y tiempo estipulados, salvo retención si el depositante no paga el valor del depósito. Cuando el depósito sea de cosas fungibles, las partes pueden convenir en que se restituyan cosas de la misma especie y calidad;

2. Responder hasta de la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa depositada;

3. No servirse de la cosa depositada ni darla a otro en depósito sin el consentimiento del depositante, excepto cuando lo autorice la costumbre o sea necesario para la conservación de la cosa, y

4. Avisar inmediatamente al depositante, si circunstancias urgentes lo obligaren a cuidar la cosa en forma distinta de la pactada (arts. 1071 y ss., C. de Co.)

Obligaciones del depositante. El depositante está principalmente obligado a pagar el valor del depósito, pues el depósito mercantil es por naturaleza remunerado. La remuneración del depósito se fijará en el contrato o, en su defecto, conforme a la costumbre y, a falta de ésta por peritos. El depositante, además, debe sufragar los gastos que demande la restitución de la cosa depositada (art. 1170, C. de Co.).

Depósito en almacenes generales. El depósito en almacenes generales podrá versar sobre mercancías y productos individualmente especificados; o genéricamente designados, siempre que sean de una calidad homogénea,

aceptada y usada en el comercio; o en proceso de transformación o de beneficio o que se hallen en tránsito por haber sido remitidos a los almacenes en la forma acostumbrada en el comercio (art. 1180, C. de Co.).

Los almacenes generales de depósito podrán expedir, como consecuencia del depósito de mercaderías, certificados de depósito y bonos de prenda (art. 757, C. de Co.).

Los almacenes generales deben conservar un documento, en el cual anotarán los mismos datos exigidos para los certificados de depósito y los formularios de bono de prenda. Para que puedan expedirse certificados de depósito y bonos de prenda, es necesario que las mercancías correspondientes se hallen libres de gravamen o embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general (art. 1186, C. de Co.).

Las mercancías que se depositen deben asegurarse contra incendio y podrán serlo contra otros riesgos.

Los almacenes generales podrán ejercer el derecho de retención y privilegio únicamente para hacerse pagar los derechos de almacenaje, las comisiones y gastos de venta (art. 1188, C. de Co.).

CONTRATO DE HOSPEDAJE. El hospedaje mercantil es un contrato en que una de las partes (huésped, cliente) se obliga para con otra (empresa hospedera, hotelera, etc.) a pagar una cantidad de dinero (precio, cuenta, etc.) por el alojamiento y otros servicios accesorios prestados por esta última a la primera (El Código de Comercio no define este contrato).

El hospedaje es un contrato bilateral, consensual, oneroso, ejecución sucesiva, adhesión (por lo general), conmutativo, principal y nominado.

Obligaciones del empresario hotelero. Las principales obligaciones del empresario hotelero, son:

- a) Alojar y prestar los servicios accesorios convenidos;
- b) Recibir en custodia dineros y objetos de valor de sus huéspedes y expedir el correspondiente recibo, siempre que estos no sean de cuantioso valor o excesivamente voluminosos;
- c) Responder como depositario de los dineros y objetos que para su custodia reciba de sus huéspedes. Esta responsabilidad cesa cuando la sustracción, pérdida o deterioro de las cosas depositadas sean imputables a culpa grave del depositante, de sus empleados, visitantes o acompañantes, o a la naturaleza o vicio de la cosa (art. 1196 C. de Co.), y
- d) Ajustarse al reglamento que expida el funcionario u organismo que determine el Gobierno.

Obligaciones del huésped. Son obligaciones del huésped principalmente, pagar la cuenta, cumplir el reglamento correspondiente (oficial) y demás condiciones convenidas.

Terminación. El contrato de hospedaje terminará:

1. Por el vencimiento del plazo;
2. A falta de plazo, por aviso dado por una de las partes a la otra, con doce horas de anticipación;
3. Por falta de pago;
4. Por infracción del reglamento oficial, y
5. Por las demás causales expresamente pactadas.

Si el contrato termina por el empresario, éste deberá elaborar y suscribir, ante testigos, un inventario de los efectos o equipaje del cliente y podrá retirarlos del alojamiento.

Cuando el huésped no pague la cuenta, el empresario podrá llevar los bienes a un martillo autorizado para que sean enajenados en pública subasta y con su producto se le pague. El remanente líquido se depositará en un banco a disposición del cliente (arts. 1197 y ss., C. de Co.).

CONTRATO DE PRENDA. El contrato de prenda o empeño es aquel en que una parte (deudor prendario) entrega un bien mueble (prenda o bien pignorado) a su acreedor para seguridad de su crédito, si se trata de prenda con tenencia del acreedor o conservando el deudor la tenencia de la cosa, si la prenda es sin tenencia de la cosa, si la prenda es sin tenencia del acreedor (art. 2409, C.C.) (El Código de Comercio no define este contrato). Puede gravarse con prenda toda clase de bienes muebles.

La prenda comercial es un contrato consensual, accesorio, unilateral y nominado.

Clases. La prenda podrá constituirse de dos maneras, así:

1. **Con tenencia de la cosa.** En esta clase de prenda, que se perfecciona por el acuerdo de las partes, el deudor entrega la cosa pignorada a su acreedor, pero éste no tendrá el privilegio que nace del gravamen, sino a partir de la entrega que de la cosa dada en prenda se haga a él o a un tercero designado por las partes. Si al acreedor no se le entrega la cosa, podrá solicitarla judicialmente (art. 1204, C. de Co.), y

2. **Sin tenencia del acreedor.** En la prenda sin tenencia, llamada también venal o sin apoderamiento, el deudor prendario conserva la tenencia de la

cosa pignorada. Salvo las excepciones legales, podrá gravarse en esta forma toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. Toda prenda sin tenencia del acreedor se regirá por la ley mercantil. Este contrato podrá constituirse por instrumento privado, pero sólo producirá efectos en relación con terceros desde el día de su inscripción en la Oficina de Registro Mercantil correspondiente al lugar en que, conforme al contrato, han de permanecer los bienes pignorados (arts. 1207 y ss., C. de Co.).

Obligaciones del deudor prendario. El deudor prendario tendrá, entre otras, las siguientes obligaciones:

1. Dar, a exigencia del acreedor, otra garantía suficiente o pagar inmediatamente la deuda, cuando los bienes pignorados son ajenos y el acreedor tiene conocimiento de ello;
2. Abstenerse de pignorar nuevamente la cosa mientras subsista el primer gravamen;
3. Pagar los gastos necesarios que el acreedor o el tercer tenedor hayan hecho en la conservación de la cosa pignorada y los perjuicios que les hubiere ocasionado su tenencia, imputables a culpa de deudor. El incumplimiento de esta obligación dará al acreedor derecho de retener la cosa dada en prenda;
4. Responder como depositario en la conservación de los bienes gravados cuya tenencia conserva;
5. No variar el lugar de ubicación de los bienes pignorados cuya tenencia conserva, sin previo acuerdo escrito con el acreedor, y
6. Permitir al acreedor inspeccionar, según la costumbre, el estado de los bienes objeto de la prenda cuya tenencia conserve (arts. 1201 y ss., C. de Co.).

La violación de las obligaciones del deudor, dará derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega de la prenda cuya tenencia conserve o el pago de la obligación principal, aunque el plazo de ésta no esté vencido, sin perjuicio de las sanciones penales o correspondientes.

Obligaciones del acreedor prendario. El acreedor está obligado:

1. Devolver al deudor el objeto recibido en prenda cuando se haya pagado la totalidad de la deuda y sus intereses;
2. Guardar y conservar la prenda recibida como un buen padre de familia, respondiendo de los deterioros que ella sufra por su culpa o hecho, y
3. No servirse de la cosa recibida en prenda sin consentimiento del deudor (art. 2421, C.C.).

Prescripción. Las acciones derivadas de la prenda con tenencia prescriben a los cuatro años de ser exigible la obligación, pero si se trata de la prenda sin tenencia, dichas acciones prescriben a los dos años de vencerse la obligación con ella garantizada (art. 1220, C. de Co.).

CONTRATO DE ANTICRESIS. La anticresis comercial, que no define el Código de Comercio, es un contrato por el cual una parte (deudor antícrítico) entrega a su acreedor un bien mueble o inmueble, para que se pague con sus frutos (Ver art. 2458, C.C., que se refiere únicamente a bienes raíces).

La anticresis es un contrato real, unilateral, oneroso, accesorio y nominado.

Obligaciones del acreedor. El acreedor antícrítico está especialmente obligado a:

1. Prestar previamente caución y suscribir un inventario de los bienes que reciba en anticresis, salvo que haya sido exonerado de ello expresamente por el deudor;
2. Hacer producir la cosa y a pagar los impuestos que la graven, deduciendo su importe del valor de los frutos, o repitiéndolos del deudor, si éstos no fueren suficientes, y
3. Restituir la cosa una vez se haya extinguido la deuda y los intereses en su totalidad (arts. 1223 y ss., C. de Co.).

Obligaciones del deudor. El deudor, cuando la cosa dada en anticresis sea un establecimiento de comercio, está obligado a ejercer personalmente actividades de control, además será solidariamente responsable con el acreedor respecto de los negocios relacionados con el mismo (art. 1225, C. de Co.).

Son aplicables a la anticresis las normas relativas al derecho real de usufructo, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de aquélla (art. 823 y ss., C.C. y 1223, C. de Co.).

LA FIDUCIA. El Código de Comercio, en su artículo 1226, define la fiducia no como un simple contrato sino más ampliamente como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quienes se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”

“Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

“Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

La fiducia (Lat. *'fiducia'*, confianza) deberá constar por escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.

Existen varias modalidades de fideicomiso, tales como de administración, inmobiliaria, de inversión, testamentaria, de garantía, de seguros, de fondos de pensión, etc.

La fiducia es un contrato bilateral, solemne, oneroso, principal, de ejecución sucesiva y nominado.

Los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida (art. 1227 y ss., C. de Co.).

Prohibiciones. Quedan prohibidos:

1. Los negocios fiduciarios secretos;
2. Aquellos en los cuales el beneficiario se concede a diversas personas sucesivamente, y
3. Aquellos cuya duración sea mayor de veinte años, con excepción de los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común (art. 1230, C. de Co.).

Obligaciones del fiduciario. Además de las previstas en el acto constitutivo, son deberes indelegables del fiduciario, los siguientes:

1. Realizar diligentemente los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;
2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
5. Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba

apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias;

6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario;

7. Transferir los bienes, una vez concluido el negocio fiduciario, a la persona que corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley;

8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses, y

9. Efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia y prestar caución especial, si el juez lo ordena a petición del fiduciante o del beneficiario (arts. 1231 y 1234, C. de Co.).

Derechos del beneficiario. Son derechos del beneficiario los siguientes:

1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas;

2. Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda;

3. Oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afecten, en caso de que el fiduciario no lo hiciere;

4. Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino y,

5. Pedir al juez competente que se imponga al fiduciario la obligación de efectuar inventario de los bienes recibidos en fiducia y prestar caución (arts. 1231 y 1235, C. de Co.).

Derechos del fiduciante. Según el art. 1236 del C. de Co., son derechos del fiduciante, los siguientes:

1. Los que se hubiere reservado para ejercerlos directamente sobre los bienes fideicomitidos;

2. Revocar la fiducia, cuando se hubiere reservado esa facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar el sustituto, cuando a ello haya lugar;

3. Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución;

4. Exigir rendición de cuentas;
5. Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, y
6. En general, todos los derechos expresamente estipulados y que no sean incompatibles con los del fiduciario o del beneficiario con la esencia de la institución.

Extinción de la fiducia. Además de las causas establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, son causas de extinción del negocio fiduciario, dice el art. 1240 del Código de Comercio, las siguientes:

1. Por haberse realizado plenamente sus fines;
2. Por la imposibilidad obsoleta de realizarlos;
3. Por la expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;
4. Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;
5. Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;
6. Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;
7. Por disolución de la entidad fiduciaria;
8. Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;
9. Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;
10. Por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y
11. Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

El Código Civil, por su parte, establece en el art. 822, que el fideicomiso se extingue:

1. Por la restitución;
2. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendendo, y se verifica la retroventa;
3. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el art. 866;
4. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos;

5. Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil, y

6. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE. El contrato de cuenta corriente es aquél en virtud del cual, “los créditos y débitos derivados de las remesas mutuas de las partes se considerarán como partidas indivisibles de abono o de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, de modo que sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituirá un crédito exigible” (art. 1245, C. de Co.).

Pueden ser materia de la cuenta corriente, todas las negociaciones entre comerciantes o entre comerciante y persona que no lo sea y todos los valores transmisibles en propiedad. No podrán incluirse en cuenta corriente los créditos que no sean susceptibles de compensación (art. 1246, C. de Co.).

La clausura de la cuenta y la liquidación del saldo se harán en los plazos estipulados en el contrato o por la costumbre, y en defecto de uno y otra, cada seis meses, a partir de la fecha del contrato (art. 1249, C. de C.).

Si en el contrato no se ha convenido otra cosa, el saldo de la cuenta será exigible a la vista.

Los valores acreditados en cuenta corriente, salvo estipulación en contrario, no producirán intereses.

Si un crédito incluido en la cuenta está protegido por garantía real o personal, el cuentacorrentista tendrá derecho de valerse de la garantía por el saldo existente a su favor al cierre de la cuenta y hasta concurrencia del crédito garantizado (art. 1256, C. de Co.).

Las remesas en monedas o divisas extranjeras se liquidarán al tipo de cambio vigente el día en que deba hacerse la inscripción del crédito en la cuenta (art. 1260, C. de Co.).

Terminación. El contrato de cuenta corriente, dispone el art. 1261 del Código de Comercio, terminará así:

1. Por vencimiento del plazo acordado;

2. Por acuerdo de las partes;

3. Por la quiebra de uno de los cuentacorrentistas;

4. A falta de plazo convenido, cualquiera de los cuentacorrentistas podrá en cada época de clausura, denunciar el contrato dando aviso con no menos de diez días de anticipación a la fecha de aquélla, y

5. En caso de muerte o incapacidad de una de las partes si sus herederos o representantes, o el otro cuentacorrentista, optan por su terminación dentro de los treinta días siguientes al acaecimiento del hecho.

CONTRATO DE MANDATO. El mandato comercial es un contrato por el cual una parte (mandatario) se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra (mandante). El mandato puede conllevar o no la representación del mandante (art. 1262 C. de Co.).

De acuerdo con su naturaleza el contrato de mandato comercial es bilateral, oneroso, consensual (a veces solemne), principal y nominado.

Clases. El mandato puede ser '*especial*' cuando comprende uno o más negocios especialmente determinados y '*general*', si se da para una generalidad de asuntos del mandante. Esta clase de mandato no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio, o negocios encomendados, salvo autorización expresa y especial (art. 1263, C. de Co.).

Obligaciones del mandante. Son obligaciones del mandante:

1. Pagar al mandatario la remuneración estipulada. El mandatario tendrá derecho a pagarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante (art. 1277, C. de Co.);
2. Proveer al mandatario de los medios para cumplir su mandato, y
3. Pagar al mandatario su remuneración total e indemnizar los perjuicios que cause, en caso de revocación abusiva del mandato (art. 1280, C. de Co.).

Obligaciones del mandatario. Las principales obligaciones del mandatario son:

1. Ejecutar o celebrar el encargo por cuenta del mandante, de conformidad con lo ordenado y sin exceder sus límites;
2. Abonar al mandante cualquier provecho directo o indirecto que obtenga en el ejercicio del mandato;
3. Responder de los actos cumplidos más allá de los límites del mandato, salvo que el mandante los ratifique;
4. Suspender la ejecución del mandato, en los casos no previstos por el mandante, mientras consulta con éste;
5. Informar al mandante de la marcha del negocio;
6. Rendir cuenta detallada y justificada de la gestión;
7. Entregarle al mandante todo lo que haya recibido por cuenta del mandato, dentro de los tres días siguientes a su terminación;

8. Pagar al mandante intereses por razón de la suma que esté obligado a pagarle, en caso de mora;
9. Comunicar sin demora al mandante la ejecución completa del mandato;
10. Comunicar al mandante las circunstancias sobrevinientes que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato;
11. No emplear en sus propios negocios los fondos que le suministre el mandante para la ejecución del encargo;
12. Proveer a la custodia de las cosas que le sean expedidas por cuenta del mandante, y tutelar los derechos de éste en relación con el transporte o terceros, y
13. No hacer de contraparte del mandante, salvo expresa autorización de éste (arts. 1266 y ss., C. de Co.).

Terminación del mandato. El mandato se extingue:

1. Por revocación total o parcial del mandante, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad, o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso sólo podrá revocarse por justa causa;
2. Por renuncia del mandatario. Si el mandato ha sido pactado en interés del mandante o de un tercero, sólo podrá renunciarlo el mandatario por justa causa, so pena de indemnizar los perjuicios que les causa su renuncia abusiva;
3. Por muerte, interdicción, insolvencia o quiebra del mandatario o del mandante (art. 2189, C.C.);
4. Renuncia del mandatario, por insuficiencia en la provisión de fondos por parte del mandante;
5. Por desempeño del negocio para que fue instituido;
6. Por la expiración del término o por el evento de la condición resolutoria prefijados para la terminación del mandato, y
7. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas (arts. 1279 y ss., C. de Co.).

Especies de mandato. Son especies de mandato:

1. La comisión,
2. La agencia comercial, y
3. La preposición.

La comisión. La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello

(comisionista), la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena (art. 1287, C. de Co.).

La comisión puede ser para vender, comprar, de bolsa y de transporte.

Obligaciones del comisionista. El comisionista está obligado especialmente:

1. Responder al comitente de los daños que sobrevengan, cuando sin causa legal dejare de avisar que rehúsa la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente aceptada (art. 1288, C. de Co.);
2. Desempeñar personalmente la comisión y no delegar su cometido sin autorización expresa;
3. Responder de la pérdida de las cosas que tenga en su poder por razón de la comisión;
4. Hacer constar ante autoridad policial del lugar de su ocurrencia, el deterioro o pérdida de las mercancías y dar aviso a su comitente, sin demora alguna (art. 1294, C. de Co.);
5. Asegurar la mercadería que remita por cuenta ajena, teniendo orden y provisión para hacerlo, o dar aviso a su comitente, si no puede realizar el seguro por el precio y condiciones que le designen sus instrucciones;
6. No alterar las marcas de los efectos que haya comprado o vendido por cuenta ajena;
7. Responder de los préstamos, como anticipaciones y ventas al fiado, siempre que proceda sin autorización del comitente;
8. Rendir cuentas que deberán concordar con los asientos de sus libros;
9. Llevar cuentas separadas cuando negocie por encargo de distintos comitentes, y
10. Responder de la autenticidad del último endoso de títulos-valores, cuando la comisión tenga por objeto la compra o venta de estos (arts. 1291 y ss., C. de Co.).

Comisión de transporte. El contrato de comisión de transporte es aquel por el cual una persona (comisionista de transporte) se obliga en su nombre y por cuenta ajena, a contratar y hacer ejecutar el transporte o conducción de una persona o de una cosa y las operaciones conexas a que haya lugar. El que vende mercaderías por correspondencia y se obliga a remitirlas al comprador no se considerará por tal hecho comisionista de transporte (art. 1312, C. de Co.).

Una misma persona no podrá ser a un mismo tiempo comisionista de transporte y transportador (art. 1316, C. de Co.).

Agencia comercial. El contrato de agencia comercial es aquel en que un comerciante (agente) asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

El empresario, salvo pacto en contrario, no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades y productos. Podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores (arts. 1317 y ss., C. de Co.).

Obligaciones del agente. El agente está principalmente obligado a:

- a) Cumplir el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y
- b) Rendir al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles para valorar la conveniencia de cada negocio (art. 1321, C. de Co.).

Derechos del agente. Son derechos del agente:

1. Obtener su remuneración aunque el negocio no se efectúe por causas imputables al empresario, o cuando éste lo realice directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio;
2. Que el empresario, cuando termine el contrato, le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor;
3. Exigir del empresario, cuando éste revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acredecir la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato;
4. Retención y privilegio sobre los bienes y valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor total de la indemnización, y
5. Exigir indemnización, cuando el agente termine el contrato por justa causa provocada por el empresario (arts. 1322 y ss., C. de Co.).

Terminación por justa causa. Según el art. 1325 del Código de Comercio, son estas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial, las siguientes:

1. *Por parte del empresario:*

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades;

2. *Por parte del agente:*

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La quiebra o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades.

Prescripción. Las acciones que emanen del contrato de agencia comercial prescriben en cinco años (art. 1329, C. de Co.).

Preposición. La preposición, expresa el artículo 1332 del Código de Comercio, “es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad de la misma. En este caso, el mandatario se llamará factor”.

La preposición deberá inscribirse en el registro mercantil; sin embargo, los terceros podrán acreditar su existencia por todos los medios probatorios. La revocación, para que sea oponible a terceros, deberá también inscribirse en el registro mercantil (art. 1333, C. de Co.).

Los factores deberán obrar siempre en nombre de sus mandantes y expresar en los documentos que suscriban que lo hacen ‘*por poder*’ y podrán celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los establecimientos que administran (art. 1336, C. de Co.).

Los factores tendrán a su cargo el cumplimiento de las leyes fiscales y reglamentos administrativos relativos a la empresa o actividad a que se dedica el establecimiento administrado, lo mismo que las concernientes a la contabilidad de tales negocios, so pena de indemnizar al preponente los perjuicios por el incumplimiento de tales obligaciones (art. 1338, C. de Co.).

Sin autorización del preponente, los factores no podrán negociar por su cuenta o tomar interés en su nombre o el de otra persona, en negociaciones del mismo género de las que se desarrollan en el establecimiento administrado. En caso de infracción de esta prohibición, el preponente tendrá derecho a las utilidades o provecho que obtenga el factor, sin obligación de soportar las pérdidas que pueda sufrir (art. 1339, C. de Co.).

CONTRATO DE CORRETAJE. Se denomina corredor, reza el artículo 1340 del Código de Comercio, “a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”.

El Corredor tendrá derecho a remuneración en todos los casos en que se celebre el negocio en que intervenga. Esta remuneración debe ser la pactada. Si ésta faltare, será la usual, y en su defecto, la que se fije pericialmente. Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales. Si se trata del corredor de seguros, su remuneración será pagada por el asegurador (art. 1341, C. de Co.).

Obligaciones del corredor. El corredor está obligado a:

Comunicar a las partes todas las circunstancias que conociere, que en alguna forma puedan influir en la celebración del negocio;

Conservar las muestras de mercancías vendidas ‘*sobre muestras*’, mientras subsista la controversia, de conformidad con el artículo 913 del C. de Co. y

Llevar en sus libros una relación detallada de todos y cada uno de los negocios en que intervenga (art. 1345, C. de Co.).

Corredores de seguros. Son corredores de seguros, expresa el artículo 1347 del Código de Comercio, “Las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador”. Estas sociedades deberán inscribirse en la Superintendencia Bancaria, organismo que ejercerá sobre ellas control y vigilancia y las proveerá de un certificado que las acrede como corredores y puedan ejercer las actividades propias de su objeto social ante los aseguradores y el público en general (art. 1349, C. de Co.).

CONTRATO DE EDICIÓN. El contrato de edición, está regulado por la Ley 23 de 1982 (sobre derechos de autor), la cual en su artículo 105, lo define como aquél, por el cual “el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica, se obliga a entregarla a un editor que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica o propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo”.

El contrato de edición es por su naturaleza bilateral, oneroso, consensual, principal, de ejecución sucesiva y nominado.

Regalía. La prestación a cargo del editor es la remuneración (estipendio o regalía) que le corresponde al autor o al titular de la obra y será la que las partes pacten. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde a estos un veinte por ciento (20%) del precio de venta al público de los ejemplares editados. Estos honorarios o regalías deben pagarse en la fecha, forma y lugar acordados en el contrato.

Contenido del contrato. Además de las estipulaciones accesorias que las partes acuerden, en el contrato debe constar si la obra es inédita o no; si la autorización es exclusiva o no; el plazo y las condiciones en que debe ser entregado el original; el plazo para poner en venta la edición; el número de ediciones o reimpresiones autorizadas; la cantidad de ejemplares de que debe constar cada edición, etc. (art. 107, Ley 23/82).

Derechos del autor. El autor tendrá principalmente los siguientes derechos:

1. Regalías u honorarios a cargo del editor;
2. Efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes, antes de que la obra entre en prensa;
3. A ser preferido por el editor para la elaboración de los envíos de actualización, cuando se trate de obras que deben ser actualizadas por envíos periódicos. Si el autor no aceptare hacerlo, podrá el editor contratar dicha elaboración a una persona idónea;
4. Comprar los ejemplares no vendidos al precio fijado para la venta al público con un descuento del treinta por ciento (30%), cuando el contrato se ha realizado con término fijo y éste ha expirado antes de que los ejemplares editados se hayan vendido;
5. Controlar la veracidad del número de ediciones y de ejemplares impresos, de las ventas, suscripciones, obsequios de cortesía y en general de los ingresos causados por el concepto de la obra, mediante la vigilancia del tiraje, inspección de almacenes o bodegas, etc., y

6. Exigir judicialmente el retiro de la circulación de los ejemplares de la misma obra editados fraudulentamente (ediciones piratas) (arts. 115 y ss., Ley 23 de 1982).

Obligaciones del autor. Son obligaciones del autor:

1. Informar al editor, antes de la celebración del contrato, que hubo efectuado con anterioridad contrato de edición sobre la misma obra, o si ésta ha sido publicada con su autorización o conocimiento;
2. Entregar los originales de la obra al editor dentro del término y las condiciones pactadas;
3. Reconocer al editor el mayor costo de la impresión, si introdujere ediciones o mejoras cuando la obra está corregida en prueba, y
4. Elaborar los envíos de actualización correspondientes, cuando se trate de obras que deben ser actualizadas por envíos periódicos (arts. 111 y ss., Ley 23/82).

Derechos del editor. El editor, por su parte, tiene derecho a lo siguiente:

1. Exigir los originales de la obra al autor dentro del plazo y en las condiciones que se hubieren pactado;
2. Fijar el precio de venta al público a falta de estipulación al respecto;
3. Imprimir una cantidad adicional de cada pliego no mayor del 5% de la cantidad autorizada, para cubrir los riesgos o daño o pérdida en el proceso de impresión o de encuadernación;
4. Exigir judicialmente el retiro de la circulación de los ejemplares de la misma obra editados fraudulentamente;
5. Dar por terminado el contrato y liquidar los ejemplares restantes a un precio rebajado, si después de cinco años de hallarse la obra en venta al público no se hubiere vendido más del treinta por ciento (30%) de los ejemplares editados, y
6. Solicitar el registro del derecho de autor sobre la obra, en nombre del autor, si éste no lo hubiere hecho (arts. 113, 118, 123 y ss., Ley 23/82).

Obligaciones del editor. Además de las que las partes acuerden el editor tendrá las siguientes obligaciones:

1. Publicar una sola edición, cuando no se hubiere estipulado expresamente el número de ediciones;
2. Publicar el número de ejemplares convenidos para cada edición. Si no se hubiere fijado el número de ejemplares, se entenderá que se harán tres mil (3.000) de cada edición autorizada;

3. Pagar la remuneración (regalía) correspondiente en el término y lugar pactados;
4. Pagar los honorarios o regalías, cuando la obra, después de haber sido entregada al editor, perece por culpa de éste; asimismo, cuando la obra perezca total o parcialmente en manos del editor después de impresa;
5. Dar amplia y adecuada publicidad a la obra para asegurar su rápida difusión;
6. Suministrar gratuitamente al autor o sus causahabientes 50 ejemplares de la obra en la edición corriente si ésta no fuere inferior a 1.000 ejemplares ni superior a 5.000; 80 ejemplares si fuere mayor de 5.000 e inferior de 10.000 y 100 ejemplares si fuere mayor de 10.000;
7. Rendir oportunamente al autor las cuentas e informes y permitir la inspección a que haya lugar;
8. Cumplir la obligación sobre depósito legal si el autor no lo hubiere hecho;
9. Consignar en lugar visible en los ejemplares que edite, el título de la obra, el nombre o seudónimo del autor o autores y del traductor, la mención de reserva del derecho de autor y del año de la primera publicación, el lugar y el año de la edición y el nombre del editor y del impresor, y
10. No modificar los originales de la obra, introduciendo en ellos abreviaciones, adiciones o modificaciones sin autorización expresa del autor (arts. 108, 117, 122 y ss., Ley 23/82).

CONTRATO DE CONSIGNACIÓN. El contrato de consignación o estimativo, es aquel por el cual una persona (consignatario), contrae la obligación de vender mercancías de otra (consignante), previa la fijación de un precio que aquél debe entregar a éste (art. 1377, C. de Co.).

Los acreedores del consignatario no podrán embargar ni secuestrar las cosas que éste reciba en consignación, como tampoco dichas cosas formarán parte de la masa de la quiebra (art. 1380, C. de Co.).

El consignante está obligado a entregar las mercancías en las condiciones y términos pactados, no disponer de ellas ni exigir el precio de las vendidas mientras esté pendiente el plazo (art. 1381, C. de Co.).

El consignatario, por su parte, debe pagar al consignante el precio de las mercancías que haya vendido o no le haya devuelto al vencimiento del plazo pactado, o en su defecto, del que resultare de la costumbre y responder de culpa leve en la custodia de las mercancías y en el cumplimiento del contrato,

salvo que el deterioro o pérdida de ellas provenga de su naturaleza, de vicio propio o fuerza mayor.

El consignatario podrá vender las cosas por un precio mayor del prefijado, a menos que esta facultad le haya sido limitada por el consignante, caso en el cual tendrá derecho el consignatario a la comisión estipulada o usual y, en su defecto, a la que se determine pericialmente (art. 1379, C. de Co.).

CONTRATOS BANCARIOS. Los contratos bancarios, o sean aquellos en que una de las partes contratantes es necesariamente una institución bancaria, pueden ser de varias clases, así:

1. Cuenta corriente bancaria,
2. Depósito a término,
3. Depósito de ahorro,
4. Apertura de crédito,
5. Cartas de crédito, y
6. Cajillas de seguridad.

Cuenta corriente bancaria. El contrato de depósito en cuenta corriente bancaria es aquel en que una persona (cuentacorrentista), adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco (art. 1382, C. de Co.).

La cuenta corriente bancaria puede ser '*individual*' cuando el cuentacorrentista es una sola persona y '*colectiva*' cuando se abre a nombre de dos o más personas, pudiendo, en este caso, disponer cualquiera de ellas de los depósitos que se reciban en dicha cuenta, salvo que se haya convenido otra cosa con el banco. Los cuentacorrentistas serán deudores solidarios de los saldos a cargo de la cuenta colectiva (art. 1384, C. de Co.).

El recibo de depósito expedido por el banco constituye plena prueba de la consignación en cuenta corriente. Así mismo, constituye plena prueba de haber recibido la chequera el comprobante firmado por el cuentacorrentista (art. 1386, C. de Co.).

El embargo de las sumas depositadas en cuenta corriente afectará tanto el saldo actual en la hora y fecha en que el banco reciba la comunicación del juez, como las cantidades que se depositen posteriormente hasta el límite indicado en la orden respectiva (art. 1387, C de Co.).

Las partes pueden dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista deberá devolver al banco los formularios de cheques no utilizados. Cuando el banco termine unilateralmente el contrato, deberá pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos (art. 1389, C. de Co.).

El banco que pague un cheque falso o cuya cantidad haya sido alterada, responderá al cuentacorrentista, salvo que éste haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes. Esta responsabilidad cesa si el cuentacorrentista no notifica sobre la falsedad o adulteración del cheque al banco, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago (art. 1391, C. de Co.).

Depósito a término. Depósito a término es aquél en que se estipula, en favor de un banco, un término o un preaviso para exigir la restitución de una cantidad de dinero depositado por parte del interesado, ya sea el depositante inicial o sus causahabientes. Cuando se hubiere omitido indicar el plazo de vencimiento o el preaviso, se entenderá que el depósito no será exigible antes de treinta días (art. 1393, C. de Co.).

El depósito a término es por naturaleza remunerado.

Los certificados de depósito a término que expidan los bancos serán negociables, salvo estipulación en contrario. Cuando no haya lugar a la expedición del certificado será plena prueba del depósito el recibo correspondiente expedido por el banco (art. 1394, C. de Co.).

Depósito de ahorro. El depósito de ahorro suele ser a la vista, teniendo derecho el depositante (ahorrador) a la devolución o reintegro de todo o parte de lo depositado cuando lo solicite al banco. Los dineros depositados en cuentas de ahorro devengarán un interés previamente establecido.

Los depósitos de dinero recibidos en cuenta de ahorros estarán representados en un documento idóneo (libreta de ahorros, etc.) para reflejar fielmente el movimiento de la cuenta. Los registros hechos por el banco en dicho documento, serán plena prueba de su movimiento (art. 1396, C. de Co.).

La cuentas de ahorros pueden ser '*individuales*' cuando son abiertas por una sola persona y '*colectivas*' cuando se abren a nombre de dos o más personas, pudiendo en este caso, disponer cualquiera de ellas de los depósitos que se reciban en dicha cuenta, a menos que se haya pactado otra cosa con el establecimiento crediticio (art. 1397, C. de Co.).

El banco responderá por los reembolsos de cantidades depositadas que haga a personas distintas del titular de la cuenta o de su mandatario (art. 1398, C. de Co.).

Apertura de crédito y descuento. El contrato de apertura de crédito es aquél en virtud del cual, un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona (cliente) sumas de dinero, dentro del límite convenido y por un tiempo fijo o indeterminado. Cuando no se exprese el término de duración del contrato, se entenderá que se ha celebrado a término indefinido (art. 1400, C. de Co.).

El contrato de apertura de crédito debe celebrarse por escrito en el que se hará constar la cuantía del crédito abierto y podrá ser manejado a través de la cuenta corriente bancaria del cliente.

La disponibilidad de sumas de dinero a que se obliga a tener el banco a disposición del cliente, puede ser '*simple*', cuando las utilizaciones que haga éste extingan la obligación del banco hasta concurrencia del monto de las mismas, y '*rotatoria*', cuando los reembolsos efectuados por el cliente serán de nuevo utilizados por éste durante la vigencia del contrato (art. 1401, C. de Co.).

El banco se abstendrá de hacer entregas por razón de un crédito en cuenta corriente, cuando a la persona a quien se le haya abierto dicho crédito, sea declarada en quiebra. Pero si el crédito fuere manejado a través de la cuenta corriente bancaria, el banco debitirá esta cuenta hasta concurrencia de la cantidad no utilizada, a fin de establecer el verdadero saldo. Así mismo, el banco se abstendrá también de pagar nuevos cheques y determinará el saldo a cargo del cliente, cuando el crédito se ha otorgado en forma de sobregiro.

Cuando se haya pactado término de vigencia del contrato, el establecimiento de crédito no podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, salvo estipulación en contrario. Pero si la apertura de crédito es por tiempo indeterminado cada una de las partes podrá terminar el contrato mediante preaviso pactado, o en su defecto, con uno de quince días (arts. 1405 y 1406, C. de Co.).

Carta de crédito. El crédito documentario, expresa el artículo 1408 del Código de Comercio, es “el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos”.

El crédito documentario será revocable, salvo que en la Carta se estipule expresamente su irrevocabilidad.

Mientras el crédito no haya sido utilizado por el beneficiario, el banco emisor podrá revocarlo en cualquier tiempo (art. 1411, C de Co.).

La carta de crédito debe contener los nombres del banco emisor, del corresponsal si lo hubiere, del tomador u ordenante de la carta y del beneficiario, el máximo de la cantidad que debe entregarse, el término dentro del cual puede hacerse uso del crédito y los documentos y requisitos que deban presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito (art. 1409, C. de Co.).

La carta de crédito, además de ser independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito abierto, puede ser transferible cuando así se haga constar expresamente en ella (art. 1413 y ss., C. de Co.).

Cajillas de seguridad. En virtud de este contrato, los usuarios, mediante el pago de un precio, pueden guardar ciertos bienes en cajillas, que para el efecto tienen los establecimientos bancarios, los cuales responderán de la integridad e idoneidad de ellas.

El establecimiento bancario debe entregar al cliente una llave de la cajilla para su uso, conservando aquél un duplicado de ella que depositará ante el funcionario que el Superintendente Bancario designe. Este duplicado sólo podrá retirarse a solicitud conjunta del usuario y del banco, en caso de pérdida del original, o directamente por éste, cuando esté facultado o se encuentre obligado a abrir la cajilla sin el concurso del usuario.

Los usuarios o sus representantes tienen libre acceso al recinto en donde se encuentran las cajillas, en los días y horas convenidos o en los acostumbrados. Los bancos, bajo su responsabilidad, pueden permitir también el acceso a dichos recintos a sus empleados o dependientes. Asimismo, los bancos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, deben responder por todo daño que sufran los clientes.

La cajilla de seguridad puede figurar a nombre de una sola persona o de varias, en este caso, la apertura de ella se permitirá a cualquiera de los titulares, salvo pacto en contrario.

El término del contrato será indefinido, salvo estipulación en contrario, pero las partes podrán unilateralmente darlo por terminado en cualquier tiempo, noticiando a la otra parte por escrito, con treinta días de antelación por lo menos.

La mora en el pago del precio convenido, dará lugar a la terminación del contrato, quince días después de ser exigido por escrito su cumplimiento por el banco.

A la terminación del contrato, el usuario debe poner a disposición del banco la cajilla con la llave correspondiente, de no hacerlo así, el banco le exigirá por escrito que lo haga, y pasados treinta días de dicha comunicación

y no se hubiere cumplido esa obligación, procederá ante notario a la apertura y desocupación de la cajilla (arts. 1417 y ss., C. de Co.).

CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. “La participación, dice el artículo 507 del Código de Comercio, es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

La participación no constituye una persona jurídica y no estará sujeta a solemnidad alguna para su formación y carecerá, por tanto, de nombre, patrimonio social y domicilio. Su formación, modificación, disolución y liquidación podrán ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos o cualquier otra prueba legal.

El gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación. Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros (art. 510, C. de Co.).

La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe (art. 511, C. de Co.).

El partícipe inactivo tiene derecho, en cualquier tiempo, a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión (art. 512, C. de Co.).

NOTAS

- ¹ "... que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto al azar es, ciertamente, un ser degradado, o un ser superior a la especie humana...". ARISTÓTELES, 'La Política', 12^a ed., Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1974, pág. 23.
- ² Edgar BODENHEIMER: 'Teoría del Derecho', Fondo Cultura Económica, México, 1932, pág. 26.
- ³ Julien BONNECASE: 'Introducción al Estudio del Derecho', Editorial Santafé, Bogotá, 1945, pág. 266.
- ⁴ Manuel F. CAAMAÑO: 'Introducción al Estudio de Derecho', Editorial Cromos, Bogotá, 1950, págs. 61 y 62.
- ⁵ H.J. v. KIRCHMANN: 'La Jurisprudencia no es Ciencia', Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 49 y 54.
- ⁶ Regis JOLIVET: 'Curso de Filosofía'. 2^a ed., Ediciones Desclés, de Brower, Buenos Aires, 1955, pág. 325.
- ⁷ Gustav RADBRUCH: 'Introducción a la Filosofía del Derecho', Fondo de Cultura Económica, México, 1951, pág. 54.
- ⁸ Luis DORANTES: '¿Qué es el Derecho?', Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1962, pág. 116.
- ⁹ Ángel LATORRE: 'Introducción al Derecho', Editorial Ariel, Barcelona, 1974, pág. 27.
- ¹⁰ Néstor PINEDA: 'Introducción a la Ciencia del Derecho', 2^a ed., Editorial ABC, Bogotá, 1950, pág. 45.
- ¹¹ Heinrich AHRENS: 'Curso completo de Derecho Natural', 2^a ed., española, 1864, pág. 154.
- ¹² Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 97.
- ¹³ Armand CUVILLIER: 'Manual de Sociología', Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 2^a ed., 1959, pág. 36.

- ¹⁴ Ferdinand TONNIES: '*Principios de Sociología*', Fondo de Cultura Económica, México, 1946, 2^a ed., pág. 19.
- ¹⁵ P. NIKITIN: '*Economía Política*', Ediciones Los Comuneros, Bogotá, pág. 16.
- ¹⁶ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., págs. 15 y 16.
- ¹⁷ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., pág. 12.
- ¹⁸ Luis DORANTES: Ob. cit., ed. cit., pág. 23.
- ¹⁹ "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho..." (art. 56 de la C.N.).
- ²⁰ El '*Mutuo*' o '*Préstamo de Consumo*' es un contrato de que trata el Código Civil (art. 2221) y el Código de Comercio (arts. 1163 y ss.). (Ver '*Contrato de Mutuo*', pág. 334).
- ²¹ El delito de Lesiones Personales está contemplado en el Libro 2º, Título 13, Cap. II, arts. 331 a 341 del Código Penal.
- ²² Jorge GUTIÉRREZ GÓMEZ: '*Comentarios al Código Penal Colombiano*', Bogotá, 1940, pág. 64.
- ²³ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., págs. 62, 63 y 72.
- ²⁴ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., págs. 145 a 147.
- ²⁵ Regis JOLIVET: Ob. cit., ed. cit., pág. 336.
- ²⁶ Regis JOLIVET: Ob. cit., ed. cit., pág. 336.
- ²⁷ Gustav RADBRUCH: ob. cit., ed. cit., pág. 110.
- ²⁸ La idea del '*contrato social*' ya había sido esbozada por Epicuro (Grecia, 341-270 a. C.) y sus discípulos, quienes consideraron el Estado como un ente formado por un '*pacto*' entre los asociados, a fin de eliminar los constantes conflictos existentes entre ellos.
- ²⁹ Cita tomada por T. Hobbes posiblemente de Plauto Tito Macio (Roma, 254-184 a.C.) de su obra '*Asinaria*'.
- ³⁰ Hugo GROCIO: '*Del Derecho de la Guerra y de la Paz*', Editorial Reus, Madrid, 1925, Tomo I, pág. 52.
- ³¹ Thomas HOBBES: '*Leviatan*', Edic. castellana, México, 1940, pág. 106.
- ³² Rudolf STAMMLER: '*Economía y Derecho; según la concepción materialista de la historia*', ed. cast., Madrid, 1929, pág. 167.
- ³³ Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., págs. 159 y 160.
- ³⁴ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., págs. 114 y 115.
- ³⁵ Luis RECASENS SICHES: '*Estudios de la Filosofía del Derecho*', Barcelona, 1936, pág. 499.

- ³⁶ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 272.
- ³⁷ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 305.
- ³⁸ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., págs. 307.
- ³⁹ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., págs. 17 y 18.
- ⁴⁰ François GENY: ‘*Science et technique en droit privé positif*’, París, 1922, tomo II, pág. 35.
- ⁴¹ Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., págs. 141 y 142.
- ⁴² Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., págs. 322 y 323.
- ⁴³ V. AFANASIEV: ‘*Fundamentos de Filosofía*’, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, pág. 14.
- ⁴⁴ Otto V. KUUSINEN: ‘*Principios del Materialismo Histórico*’, Ediciones Suramericanas Ltda., Bogotá, 1962, pág. 15.
- ⁴⁵ Otto V. KUUSINEN: Ob. cit., ed. cit., pág. 16.
- ⁴⁶ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 251.
- ⁴⁷ V. AFANASIEV: Ob. cit., ed. cit., pág. 385.
- ⁴⁸ V. AFANASIEV: Ob. cit., ed. cit., pág. 387.
- ⁴⁹ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 265.
- ⁵⁰ Gustav RADTCH: Ob. cit., ed. cit., pág. 17.
- ⁵¹ Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 257.
- ⁵² Edgar BODENHEIMER: Ob. cit., ed. cit., pág. 257.
- ⁵³ El Derecho Canónico entendido como el conjunto de reglas obligatorias impuestas por la Iglesia Católica para el gobierno de la sociedad eclesiástica y para la vida de los fieles.
- ⁵⁴ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 101.
- ⁵⁵ Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., pág. 20.
- ⁵⁶ Luis DORANTES: Ob. cit., ed. cit., pág. 57.
- ⁵⁷ José Joaquín CASTRO M.: ‘*Tratado de Derecho Administrativo*’, 2^a ed., Editorial Argra, 1950, Bogotá, pág. 5.
- ⁵⁸ Sentencia de mayo 22 de 1975.
- ⁵⁹ Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., pág. 196.
- ⁶⁰ José Joaquín CASTRO M.: Ob. cit., ed. cit., pág. 6.
- ⁶¹ José Joaquín CASTRO M.: Ob. cit., ed. cit., pág. 7.
- ⁶² José Joaquín CASTRO M.: Ob. cit., ed. cit., pág. 7.

- ⁶³ Esteban JARAMILLO: '*Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública*', 7^a ed., Editorial Temis, Bogotá, 1974, págs. 154 y 155.
- ⁶⁴ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 104.
- ⁶⁵ José Joaquín CAICEDO C.: '*Derecho Internacional Privado*', Universidad Nacional de Colombia, 1949, Tomo I, Bogotá, pág. 2.
- ⁶⁶ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., pág. 161.
- ⁶⁷ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 46.
- ⁶⁸ Francisco WALKER LINARES: '*Derecho del Trabajo*', 3^a ed., Editorial Nascimiento, Santiago, 1936, pág. 10.
- ⁶⁹ Ernesto KROTOSCHIN: '*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*', Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, pág. 5.
- ⁷⁰ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 102.
- ⁷¹ Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., pág. 208.
- ⁷² Juan C. MOLINA: '*Tratado Teórico y Práctico del Derecho Minero Colombiano*', Editorial Iqueima, Bogotá, 1952, pág. 12.
- ⁷³ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 105.
- ⁷⁴ José Joaquín CAICEDO C.: Ob. cit., ed. cit., pág. 2.
- ⁷⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA: '*Compendio de Derecho Procesal*', Tomo I, Editorial ABC, Bogotá, 1974.
- ⁷⁶ Núm. 2 del artículo 119 de la Constitución Nacional.
- ⁷⁷ Artículo 113 de la Constitución Nacional.
- ⁷⁸ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., pág. 84.
- ⁷⁹ Arturo VALENCIA Z.: '*Derecho Civil*', Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 228.
- ⁸⁰ “Se trata de un documento relativamente corto, compuesto de un preámbulo en el que se reafirma el derecho de todo hombre a la libertad y a la dignidad, y de treinta artículos que proclaman los derechos y libertades básicos, tanto de carácter formal como económico y social. Pero, sin negar la importancia de este documento, conviene señalar que no fue aprobado por unanimidad, se abstuvieron los países socialistas, porque en él se reconoce como derecho fundamental la propiedad privada; la República de Sudáfrica, pues se condena la segregación racial, y Arabia Saudita” (*'Justicia y Derecho'*, Biblioteca Salvat de Grandes Temas, Salvat Editores S.A., Barcelona, 1973, pág. 120).
- ⁸¹ '*Declaración Universal de los Derechos Humanos*', arts. 9º y ss.

- ⁸² La '*familia*' es la reunión de personas naturales unidas entre sí por el vínculo matrimonial, o por el parentesco de consanguinidad (vínculo que une a dos o más individuos que descienden uno de otro, o de un autor común), o por el de afinidad (vínculo que une a uno de los esposos con los parientes del otro).
- ⁸³ "Quien se sustraiga, sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos e hijos adoptivos, al cónyuge, aún al divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta mil pesos" (art. 40, Ley 75 de 1968).
- ⁸⁴ Alfredo CONSTAIN: '*Elementos de Derecho Constitucional*', 2^a ed., Editorial Universidad del Cauca, 1952, pág. 46.
- ⁸⁵ El texto del '*Código de Hammurabi*' está grabado en una estela de diorita hallada en Susa (ciudad de Elam, que fue en tiempos del Imperio Persa, residencia de Darío y sus sucesores) y actualmente se encuentra en el Museo de El Louvre en París.
- ⁸⁶ El denominado '*Código de Manú*' ('*Manava Darma Shastra*') o el '*Libro de la ley de Manú*', es el libro sagrado de la India, que expone las doctrinas del brahmanismo, y se divide en: a) El Veda, b) El Vedanta, que expone el sistema filosófico, c) El Achara, que trata de la vida doméstica, d) El Viavahara, o sea, propiamente, el código de leyes civiles, e) El Prayas Sita, que habla de las diversas formas de expiación, y f) El Karma Pala, que trata de la ley de reencarnación.
- ⁸⁷ José María OTS CAPDEQUI: '*España en América*', 2^a ed., Universidad Nacional de Colombia, 1952, pág. 59.
- ⁸⁸ Luis LEGAZ y L.: '*Introducción a la ciencia del Derecho*', Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1943, pág. 345.
- ⁸⁹ Gregorio FINGERMANN: '*Lecciones de Lógica y Teoría del Conocimiento*', 17^a ed., Librería El Ateneo, Editorial Buenos Aires, 1960, pág. 283.
- ⁹⁰ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 115.
- ⁹¹ Enciclopedia Monitor, tomo 5, pág. 1959.
- ⁹² Ángel LATORRE: Ob. cit., ed. cit., pág. 72.
- ⁹³ Simón CARREJO: '*Derecho Civil*' (Introducción-Personas), Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969, pág. 178.
- ⁹⁴ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., pág. 195.
- ⁹⁵ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed., cit., pág. 135.
- ⁹⁶ La '*ficción*' es un procedimiento útil y eficaz en la elaboración normativa que, en razón de la limitación humana para crear a veces conceptos que expresen

cabalmente la realidad jurídica y que se acomoden a las exigencias del devenir social, excepcionalmente emplea el Legislador, por el cual se formula como verdadero jurídicamente un concepto claramente contrario a la verdad y en ocasiones hasta imposible, y cuyo objeto es obtener una determinada finalidad social, económica, etc. Como ejemplos de este provechoso medio en la elaboración de la regla de derecho, se puede mencionar la anotada de que “*todo el mundo conoce la ley*”, la de los ‘*inmuebles por destinación*’ de que trata el art. 658 del Código Civil, etc.

- ⁹⁷ Alfredo L. PALACIOS: ‘*El Nuevo Derecho*’, 3^a ed., Editorial Claridad, Buenos Aires, 1927, pág. 60.
- ⁹⁸ El artículo 341 de la Constitución Nacional contempla algunas restricciones a la iniciativa parlamentaria, porque no se permite que el Plan Nacional de Inversiones Públicas pueda modificarse sino cuando se mantenga el equilibrio financiero.
- ⁹⁹ “Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella. El Presidente de la respectiva comisión rechazará las iniciativas que no se avengan con este precepto, pero sus decisiones serán apelables ante la misma comisión. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas (art. 158 de la C.N.).
- ¹⁰⁰ Francisco de P. PÉREZ: ‘*Derecho Constitucional Colombiano*’, Biblioteca de Autores Colombianos, Tomo II, Bogotá, 1952, pág. 15.
- ¹⁰¹ José María SAMPER: ‘*Derecho Público Interno de Colombia*’, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Tomo II, Bogotá, 1951, págs. 125 y 126.
- ¹⁰² “Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que regulan los derechos y obligaciones civiles:
“1) En lo relativo al estado de personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en algunos de los territorios administrados por el gobierno nacional, o en asuntos de la competencia de la unión;
“2) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior” (art. 19 del C.C.).
- ¹⁰³ “Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.
“Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.”

“Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión” (art. 20 del C.C.).

- ¹⁰⁴ “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial de la Unión.

“La forma se refiere a las solemnidades externas, a (sic) la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese” (art. 21 del C.C.).

- ¹⁰⁵ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 90.

- ¹⁰⁶ “El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto” (art. 20 de la Ley 153 de 1887).

“La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Pero si ésta restringe dicha capacidad, no se hará efectiva la restricción sino cumplido el término de un año, salvo que la ley misma disponga otra cosa” (art. 23 de Ley 153 de 1887). “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley nueva” (art. 28 de Ley 153 de 1887).

- ¹⁰⁷ “Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente en la época en que fallezca el testador.

“En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que al tiempo en que murió regulaban la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones” (art. 34 de la Ley 153 de 1887).

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes a tiempo de su celebración.

“Exceptúanse de esta disposición:

“1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y

“2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido” (art. 38 de Ley 153 de 1887).

- ¹⁰⁸ José Gabino PINZÓN: *'Derecho Comercial'*, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1957, págs. 77 y 78.
- ¹⁰⁹ “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ... II. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los Decretos, Resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes” (Num. 11 del artículo 189 de la C.N.).
- ¹¹⁰ José Joaquín CASTRO M.: Ob. cit., ed. cit., pág. 64.
- ¹¹¹ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., pág. 205.
- ¹¹² Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 106.
- ¹¹³ Casación, 14 de julio de 1947, LXII, 613.
- ¹¹⁴ Sentencia, 28 de octubre de 1925, XXXII, 73.
- ¹¹⁵ Simón CARREJO: Ob. cit., ed. cit., pág. 138.
- ¹¹⁶ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 108.
- ¹¹⁷ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 193.
- ¹¹⁸ Manuel F. CAAMAÑO: Ob. cit., ed. cit., pág. 213.
- ¹¹⁹ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 193.
- ¹²⁰ Manuel F. CAAMAÑO: Ob. cit., ed. cit., pág. 223.
- ¹²¹ “Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia” (art. 48 de Ley 153 de 1887).
- ¹²² Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 179.
- ¹²³ Simón CARREJO: Ob. cit., ed. cit., pág. 153.
- ¹²⁴ Luis LEGAZ y L.: Ob. cit., ed. cit., pág. 401.
- ¹²⁵ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed., cit., págs. 199 y 200.
- ¹²⁶ Casación, 19 de noviembre de 1930, XLIV, 474.
- ¹²⁷ Sentencia, Sala de Negocios Generales, septiembre 6 de 1935, XLII, 601.
- ¹²⁸ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed., cit., pág. 204.
- ¹²⁹ “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.
“Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.”

“Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario” (art. 768, C.C.).

- ¹³⁰ Casación, 20 de mayo de 1936, XLIII, 50.
- ¹³¹ Casación, 20 de mayo de 1936, XLIII, 49.
- ¹³² Casación, 24 de marzo de 1939, XLVII, 745.
- ¹³³ Casación, 29 de octubre de 1936, XLIV, 457.
- ¹³⁴ A la Equidad se refieren, entre otras disposiciones, el artículo 5^a de la Ley 153 de 1887 y el artículo 32 del Código Civil.
- ¹³⁵ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 39.
- ¹³⁶ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 164.
- ¹³⁷ Gustav RADBRUCH: Ob. cit., ed. cit., pág. 10.
- ¹³⁸ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 164.
- ¹³⁹ “Fines de la Casación. El recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida” (art. 365 del C.P.C.).
- ¹⁴⁰ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 109.
- ¹⁴¹ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., pág. 124..
- ¹⁴² El Presidente José Hilario López sancionó, el 21 de mayo de 1851, la ley por la cual se abolió definitivamente la esclavitud en Colombia.
- ¹⁴³ Título XXXVI, ‘*De las Personas Jurídicas*’, artículos 633 a 652 del Código Civil.
- ¹⁴⁴ Sentencia, noviembre 19 de 1927, XXXV, 96.
- ¹⁴⁵ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., pág. 168.
- ¹⁴⁶ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., págs. 69 y ss.
- ¹⁴⁷ Eustorgio SARRIA: ‘*Tratado de derecho administrativo*’, 2^a ed., Bogotá, 1952, pág. 73.
- ¹⁴⁸ José Joaquín CASTRO M.: Ob. cit., ed. cit., pág. 157.
- ¹⁴⁹ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 572.
- ¹⁵⁰ Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 64.
- ¹⁵¹ Sentencia, Sala de Negocios Generales, agosto 21 de 1940, L., 197.
- ¹⁵² Francisco WALKER L.: Ob. cit., ed. cit., pág. 301.
- ¹⁵³ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., pág. 158.

- ¹⁵⁴ Casación, 16 de julio de 1937, XLV, 318.
- ¹⁵⁵ Sentencia, Sala de Negocios Generales, noviembre 7 de 1955, LXXXI, 922.
- ¹⁵⁶ Casación, septiembre 28 de 1934, XLI bis, 261.
- ¹⁵⁷ Artículo 97 del Código del Menor.
- ¹⁵⁸ El '*destierro*', o sea la pena consistente en alejar una persona de un país, no está contemplado actualmente en la legislación colombiana.
- ¹⁵⁹ "Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda" (art. 65, C.C.).
 "Caución es un término genérico y comprende todas las seguridades accesorias que se dan para la seguridad de otro. Son reales (hipoteca, prenda y derecho de retención, como dice González Valencia) y personales (fianza, cláusula penal, o sea la pena civil)" (*Código Civil*, 5^a ed., Editorial Temis, Bogotá, 1961, pág. 80).
- ¹⁶⁰ Álvaro PÉREZ V.: *'Teoría General de las Obligaciones'*, 2^a ed., Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1953, pág. 77.
- ¹⁶¹ Artículo 1º del Decreto 2820 de 1974.
- ¹⁶² "Las corporaciones son representadas por las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas, y a falta de unas y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter" (art. 639, C.C.).
- ¹⁶³ En virtud del Decreto 2820 de 1974, desapareció la '*potestad marital*' que obligaba a la esposa a obedecer ciegamente al marido. Ahora los dos (marido y mujer) tienen igual autoridad y deben dirigir conjuntamente la familia.
- ¹⁶⁴ La Ley 92 de 1938, por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre registro civil, fue publicada en el '*Diario Oficial*' No. 23.803, del 15 de junio de 1938.
- ¹⁶⁵ Néstor PINEDA: Ob. cit., ed. cit., págs 150 y ss.
- ¹⁶⁶ "Se llama '*aluvión*' el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas" (art. 719, C.C.).
 Denomínase '*avulsión*' (Lat. '*avulsio*', separación, apartamiento, arrancamiento), cuando una parte del suelo, por una avenida o por otra fuerza natural violenta, es transportada a un sitio de propiedad de otra persona (art. 722, C.C.).
 "La '*adjunción*' es una especie de accesión y se verifica cuando dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños, se juntan una a otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada, como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en marco ajeno se pone un espejo propio" (art. 727, C.C.).

La ‘especificación’ es otra especie de accesión que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajena se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave (art. 732, C.C.).

¹⁶⁷ Se entiende por ‘Título’, dice Miguel Arteaga, “la manera jurídica de adquirir los derechos personales”. “La palabra título, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, tiene dos acepciones: la de causa en virtud de la cual posee alguna cosa (C.C., art. 765), y la de instrumento o escritura en que se acredita el derecho” (Casación, noviembre 29 de 1929, XXXVII, 33).

Por su parte, J.J. Gómez, considera que “Título es una cualquiera de las fuentes de las obligaciones puestas en actividad por el hombre, para crear: si la fuente es la ley, derechos personales, salvo cuando el título actúa simultáneamente con el modo, caso en el cual se producen derechos reales; si la fuente es otra, derechos personales siempre; sin que sea forzoso tener en mira, en el título, la adquisición del derecho real”.

¹⁶⁸ Auto, Sala de Negocios Generales, abril 29 de 1954, LXXVII, 88.

¹⁶⁹ Casación, julio 30 de 1942, LIV, 474.

¹⁷⁰ Casación julio 15 de 1939, XLVIII, 398.

¹⁷¹ George BRY: ‘*Nociones de Derecho Romano*’, 5^a ed., Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1912, pág. 279.

¹⁷² Julien BONNECASE: Ob. cit., ed. cit., pág. 129.

¹⁷³ Álvaro PÉREZ V.: Ob. cit., ed. cit., pág. 328.

¹⁷⁴ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., págs. 307 y ss.

¹⁷⁵ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 264.

¹⁷⁶ Erich DANZ: ‘*La Interpretación de los Negocios Jurídicos*’, 3^a ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 9.

¹⁷⁷ Arturo VALENCIA Z.: Ob. cit., ed. cit., pág. 313.

¹⁷⁸ Casación, febrero 28 de 1936, XLIII, 523.

¹⁷⁹ Casación, 17 de noviembre de 1939, XLVIII, 889.

¹⁸⁰ Sentencia, Sala de Negocios Generales, febrero 6 de 1936, XLIII, 277.

¹⁸¹ Sentencia, febrero 21 de 1947, LXXXVIII, 37.

¹⁸² Casación, septiembre 18 de 1944, LVII, 580.

¹⁸³ Casación, noviembre 25 de 1935, XLIII, 392.

¹⁸⁴ Sentencia, septiembre 14 de 1927, XXXIV, 336.

- ¹⁸⁵ Casación, junio 6 de 1939, XLVIII, 268.
- ¹⁸⁶ Casación diciembre 4 de 1900, XV, 117.
- ¹⁸⁷ Álvaro PÉREZ V.: *'Teoría General de las Obligaciones'*, 2^a ed., Volumen III, Editorial Temis, Bogotá, 1955, pág. 456.
- ¹⁸⁸ Casación, agosto 28 de 1945, LIX, 424.
- ¹⁸⁹ Casación, abril 7 de 1954, LXXVII, 364.
- ¹⁹⁰ Jorge CARDENAS I.: *'Pruebas Judiciales'*, Editorial ABC, Bogotá, 1971, pág. 32.
- ¹⁹¹ Jorge CARDENAS I.: Ob. cit., ed. cit., pág. 32.
- ¹⁹² “El juramento constituye una llamada solemne a la conciencia con el objeto de disponer al testigo a hacer una deposición más o menos verídica. En la forma que le ha dado la mayor parte de las legislaciones, es una invocación a la Divinidad. Por su origen y por su naturaleza es un acto esencialmente religioso y simbólico. Este carácter no ha dejado de provocar las críticas de la mayor parte de los incrédulos. La política se ha mezclado en este asunto, no ha podido hacer otra cosa que alterar la cuestión. Se ha intentado ‘laicizar’ el juramento, sin transformarlo, privándolo simplemente de emblemas religiosos accesorios; solo se ha conseguido hacerlo tomar menos en serio por ciertas categorías de testigos...”. (François GORPHE: *'La Crítica del Testimonio'*, 3^a ed., Instituto Edit. Reus, Madrid, pág. 330).
- ¹⁹³ C.J.A. MITTERMAIER: *'Tratado de la Prueba en Materia Criminal'*, 9^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 313.
- ¹⁹⁴ Jorge CARDENAS I.: Ob. cit., ed. cit., pág. 386.
- ¹⁹⁵ Antonio ROCHA: *'De la Prueba en Derecho'*, 3^a ed., Talleres Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1951, pág. 213.
- ¹⁹⁶ Casación, marzo 11 de 1952, LXXI, 390.
- ¹⁹⁷ Auto, Sala de Negocios Generales, mayo 25 de 1937, XLV, 543.
- ¹⁹⁸ Casación, abril 20 de 1940, XLIX, 247.
- ¹⁹⁹ Casación, marzo 25 de 1941, L., 824.
- ²⁰⁰ Álvaro PÉREZ V.: Ob. cit., ed. cit., Vol. I, pág. 58.
- ²⁰¹ Sentencia, 1º junio de 1952, LXXII, 503.
- ²⁰² Casación, 11 octubre de 1929, XXXVII, 283.
- ²⁰³ Alvaro PÉREZ V.: Ob. cit., ed. cit., pág. 68.
- ²⁰⁴ Sentencia, 9 octubre de 1953, LXXVI, 576.
- ²⁰⁵ Casación, 12 agosto de 1936, XLIII, 612.

BIBLIOGRAFÍA

- AFANASIEV, V. *Fundamentos de Filosofía*, Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú.
- AHRENS, Heinrich. *Curso Completo de Derecho Natural*, 2º edición española, 1864.
- ARISTÓTELES. *La Política*, 12ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1974.
– *Moral a Nicómano*, 2ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Buenos Aires, 1946.
- BETANCOURT, Cayetano. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Editorial ABC, Bogotá, 1953.
- BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA DIKÉ. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, 1ª edición, 1992.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Fondo Cultura Económica, México, 1932.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Santafé, Bogotá, 1945.
- BRY, Georges. *Nociones de Derecho Romano*. 5ª edición, Imprenta Eléctrica, Bogotá, 1945.
- CAAMAÑO, Manuel Felipe. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Cromos, Bogotá, 1950.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del Derecho*. Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1962.
– *Teoría General del Derecho*. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1995.
- CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. *Derecho Internacional Privado*. Universidad Nacional de Colombia, tomos I y II, Bogotá, 1949.
- CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2ª edición, Editorial Argra, Bogotá, 1950.

- CARREJO, Simón. *Derecho Civil (Introducción - Personas)*. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969.
- CARDOZO ISAZA, Jorge. *Pruebas Judiciales*. Editorial ABC, Bogotá, 1971.
- CONSTAIN, Alfredo. *Elementos de Derecho Constitucional*. 2^a edición, Editorial Universidad del Cauca, Popayán, 1952.
- CUVILLIER, Armand. *Manual de Sociología*. Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 2^a edición, 1959.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editora Supernova, S.A. *La Prensa*, 2^a edición, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- CALDAS, Tito Livio. *Régimen Laboral Colombiano*. Legislación Económica Ltda., Bogotá.
- DANZ, Erich. *La interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
- DORANTES TAMAYO, Luis. *Qué es el Derecho*. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1962.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I, Editorial ABC, Bogotá, 1974.
- ENCICLOPEDIA MONITOR. Salvat S.A. de Ediciones, Pamplona, 1969.
- FERRARA, Francisco. *Teoría de las Personas Jurídicas*. 2^a edición, Editorial Reus, Madrid, 1929.
- FINGERMAN, Gregorio. *Lecciones de Lógica y Teoría del Conocimiento*. 17^a edición, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1960.
- FRIEDRICH, Carl J. *Introducción a la Teoría Política*. Editorial Roble, México, 1969.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1949.
- GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. París, 1927.
- GONZÁLEZ R., Augusto. *Lógica y Teoría del Conocimiento*. Bogotá, 1963.
- GORPHE, Francois. *La Crítica del Testimonio*. Instituto Editorial Reus, S.A., 3^a edición, Bogotá.
- GRANADOS R., José. *Nuevo Código de Comercio*. Legislación Económica Ltda., Bogotá.
- GROCIO, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y la Paz*. Editorial Reus, Madrid, 1925.

- GUTIÉRREZ GÓMEZ, Jorge. *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Bogotá, 1940.
- HOBBES, Thomas. *Leviatán*. Ed. cast., México, 1940.
- IHERING, R. Von: *El Espíritu del Derecho Romano*. Ed. cast., Madrid, 1925.
- JOLIVET, Regis. *Curso de Filosofía*. 2^a edición, Ediciones Desclés de Broueer, 1955.
- KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho*. Ed. cast., Buenos Aires, 1941.
- KIRCHMANN H., J. V. *La Jurisprudencia no es Ciencia*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- KLINKE, Federico y COLOMER, Eusebio. *Historia de la Filosofía*. Editorial Labor S.A., Barcelona, 2^a edición, 1953.
- KROOTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Roque Depalma Editores, Buenos Aires, 1955.
- KUUSINEN, Otto V. *Principios del Materialismo Histórico*. Ediciones Suramericana Ltda., Bogotá, 1962.
- LATORRE SEGURA, Ángel. *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel, 6^a edición, Barcelona, 1974.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1943.
- MARÍAS, Julián. *Historia de la Filosofía*. 11^a edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1958.
- MOLINA R., Juan C. *Tratado Teórico y Práctico del Derecho Minero Colombiano*. Editorial Iqueima, Bogotá, 1952.
- MITTERMAIER C. J. A. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959.
- NIKITIN, P. *Economía Política*. Ediciones Los Comuneros, Bogotá.
- OTS CAPDEQUI, José María. *España en América*. 2^a edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1952.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*. Editorial Temis, Bogotá, 1961.
– *Código Penal*. 3^a edición, Editorial Temis, Bogotá, 1981.
- PALACIOS, Alfredo. *El Nuevo Derecho*. 3^a edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1927.
- PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho Constitucional Colombiano*. Tomos I y II, Ministerio de Educación Nacional, Ediciones de la Revista Bolívar, 1952.

- PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Volúmenes I, II, III y IV. Editorial Temis, Bogotá, 1953.
- PINEDA, Néstor. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 2^a edición, Editorial ABC, Bogotá, 1950.
- PINZÓN, José Gabino. *Derecho Comercial*. Volúmenes I y II, Editorial Temis, Bogotá, 1957.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1951.
- RECASENS SICHES, Luis. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1936.
— *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico*. Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1929.
- RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. *Del Contrato de Compraventa y Materias Aledañas*. Ediciones Lerner, Bogotá, 1960.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Editorial Fe, Buenos Aires, 1940.
- SALVAT DE GRANDES TEMAS. *Justicia y Derecho*. Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1973.
- SAMPER, José María. *Derecho Público Interno de Colombia*. Tomos I y II, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951.
- SARRIA, Eustorgio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 2^a edición, Bogotá, 1952.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema de Derecho Romano Actual*. Ed. cast., Madrid, 1878.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Ed. cast., Madrid, 1930.
— *Economía y Derecho, según la Concepción Materialista de la Historia*. Ed. cast., Madrid, 1929.
- TONNIES, Ferdinand. *Principios de Sociología*. Fondo de Cultura Económica, 2^a edición, México, 1946.
- WALKER LINARES, Francisco. *Derecho del Trabajo*. 3^a edición, Editorial Nacimiento, Santiago, 1936.
- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1957.
- VICO, Giambattista. *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la Naturaleza Común de las Naciones*. Tomos I y II, El Colegio de México, México, 1941.

ÍNDICE DE MATERIAS

-A-

Abrogación de la ley: 121
Accesión: 231
Acción
 de nulidad: 146
 de plena jurisdicción: 146
 in rem verso: 163
 redhibitoria: 304
 reparación directa y cumplimiento: 146
 restablecimiento del derecho: 146
 revocatoria o pauliana: 166
Acreedor: 25, 242
Acto ilícito: 245, 247
Acto jurídico
 elementos del: 248
 noción del: 245, 246
Acuerdos: 137
Adhesión permanente: 237
Adjunción: 231
Adopción: 202, 209
Agencia comercial: 347
Alcaldes: 138
Aluvión: 231
Anales del Congreso: 110
Analogía
 juris: 157
 legis: 157
 noción de: 155
Anarquía: 3
Anatocismo: 289, 315
Anexión territorial: 208
Animal político: 3
Anti-intelectualismo: 40
Anticresis: 321

Antigüedad: 97
Apatría: 209
Apellido: 199
Apertura del crédito: 355
Arancel: 65
Arras: 302, 323
Arrendamiento: 308
Asamblea: 137
Asignatario: 375
Asociación sin lucro: 187
Atributos de la personalidad: 199
Autonomía de la voluntad: 291
Avalúo
 convencional: 289
 judicial: 289
 legal: 289
 noción de: 288
Avulsión: 231

-B-

Beneficio de
 competencia: 262
 exclusión: 318
 inventario: 226
 separación: 226
Bienes
 accesorios: 239
 baldíos: 239
 consumibles: 238
 corporales: 237
 divisibles: 238
 fungibles: 238
 futuros: 239
 incorporales: 237
 indivisibles: 238
 inmuebles: 237

- mostrencos: 239
- muebles: 237
- no consumibles: 238
- no fungibles: 238
- noción de: 236
- presentes: 239
- principales: 239
- singulares: 238
- universales: 238
- vacantes: 239
- Bilateral: 293
- Buena fe: 164
- Buenas costumbres: 124
- C-**
- Cajillas de seguridad: 356
- Cancelación: 321
- Canon: 308
- Capacidad
 - de obrar: 212
 - jurídica: 212
 - legal: 213, 248
 - noción de: 212
- Capitis deminutio*: 177
- Carta de crédito: 355
- Carta de porte: 328
- Casación: 170
- Caso fortuito: 264
- Catastro: 68
- Caución: 214
- Causa
 - ilícita: 253
 - lícita: 253
- Censo: 235
- Ciudadanía: 210
- Coacción: 28
- Codificación: 82
- Código
 - Civil colombiano: 83
 - de Hammurabi: 83
 - de Manú: 83
 - noción de: 82
- Coerción pública: 27
- Comerciante: 70
- Comisión de transporte: 346
- Comisión: 345
- Comisiones constitucionales: 110
- Comodato: 314
- Compañía: 191, 311
- Compensación: 263
- Compilaciones: 82
- Compraventa: 300
- Concejo municipal: 137
- Conciliación: 263
- Condición resolutoria: 267
- Condonación: 263
- Confesión
 - compuesta: 273
 - calificada: 273
 - espontánea del procesado: 282
 - extrajudicial: 273
 - ficta o presunta: 273
 - judicial: 273
 - noción de: 273
 - pura y simple: 273
- Confusión: 264
- Congreso: 107, 129
- Comorientes: 179
- Conocimiento de embarque: 328
- Consejo de Estado: 142
- Consensual: 296
- Consentimiento
 - noción de: 248
 - vicios del: 248
- Consignación (pago por): 261
- Constitución de renta: 299
- Constitución Política
 - ejemplos: 59
 - noción de: 59
 - reforma de: 60
- Contrato (s)
 - accesorio: 296
 - aleatorio: 295, 317
 - bancarios: 353
 - bilateral: 293
 - civil: 292
 - clasificación de: 293
 - colectivo: 298
 - comunitativo: 295
 - consensual: 296
 - de adhesión: 297

- de anticresis: 339
de apuesta: 317
de arrendamiento: 308
de comodato: 314
de compraventa: 300, 322
de consignación: 352
de construcción: 311
de corretaje: 349
de cuenta corriente: 343
de deliberación: 297
de depósito: 316
de edición: 350
de ejecución instantánea: 298
de ejecución sucesiva: 298
de fianza: 318
de fiducia: 340
de hipoteca: 235
de hospedaje: 336
de mandato: 344
de mutuo: 314
de obra: 310
de permutación: 307, 325
de prenda: 235, 337
de seguro: 329
de sociedad: 311
de suministro: 326
de transacción: 322
de transporte: 326
gratuito: 294
individual: 298
innombrado: 297
laboral: 292
mercantil: 292
noción de: 291
nominado: 297, 322
oneroso: 294
principal: 295
promesa de: 287
real: 296
resolución de: 267
social: 36
solemne: 296
unilateral: 293
Control jurisdiccional: 145
Cooperativas: 189
- Corporación Pública Administrativa: 184
Corporación: 187
Corpus juris civilis: 152
Corte Constitucional: 140
Corte Suprema de Justicia: 147
Costumbre
 clasificación de la: 98
 elementos de la: 96
 importancia de la: 99
 noción de la: 95
 prueba de la: 99
Culpa: 284
 división: 284
Cuasicontrato: 243
Cuasidelito: 243
Cuenta corriente bancaria: 353
Cuentas en participación: 357
Curaduría: 221
- D-
- Daño
 compensatorio: 288
 emergente: 287
 imprevisto: 288
 moratorio: 288
 noción de: 287
 previsto: 288
Debate: 110
Declaración de parte: 272
Decretos
 de alcaldes: 137
 de ejecutivos: 135
 de gobernadores: 136
 en estado de conmoción interior: 132
 en estado de emergencia: 134
 en estado de guerra exterior: 131
 especiales de planificación: 131
 extraordinarios: 130
 legislativos: 131
 leyes: 130
 noción de: 129
 reglamentarios: 129
Delito
 legalidad del: 63
 noción del: 63, 244

- Depósito: 316
a término: 354
de ahorro: 354
- Derecho
adjetivo: 71
administrativo: 61
aduanero: 65
agrario: 68
canónico: 55
carácter de clase: 50
civil: 69
clasificación del: 55
comercial: 70
como ciencia: 10
comparado: 23
constitucional: 58
consuetudinario: 81
de adjudicación: 320
de persecución: 320
de preferencia: 320
de retención: 320
de venta: 320
definición del: 7
determinación económica del: 50
elementos esenciales: 25
escrito: 82
ficción de: 106
fuentes del: 89
historia y el: 22
internacional privado: 71
internacional público: 66
laboral: 67
minero: 70
moral y el: 14
natural: 33
naturaleza del: 33
no escrito: 81
objetivo: 75
penal: 62
privado: 68
procedimental: 71
psicología y el: 22
público: 56
social: 67
subjetivo: 75
teoría pura del: 46
tributario: 64
- y la economía: 19
- Derechos
absolutos: 80
abuso de los: 163
adquiridos (teoría de los): 119
personales: 241
reales accesorios: 234
reales principales: 229
relativos: 80
subjetivos
familiares: 78
individuales: 77
patrimoniales: 78
políticos: 79
- Derogación de la ley: 121
- Despotismo: 3
- Deudor: 26, 242
- Dictamen pericial: 276
- Dignidad humana: 62
- Disolución: 197
- Docimasia: 178
- Documentos
auténticos: 277
crítica de los: 92
denegación de justicia: 155
escrito: 281
jurídicos: 83
noción de: 276
privados: 277
públicos: 277
valor probatorio: 278
- Dolo
incidental: 252
noción de: 251
principal: 252
- Domicilio
contractual: 206
de origen: 205
elementos del: 205
legal: 204
noción del: 204
pluralidad del: 207
presunciones del: 205
voluntario: 205

Dominio o propiedad: 229
Donación: 263

-E-

Economía: 19
Edad
 habilitación de: 215
 mayores de: 216
 menores de: 216
Efectos de las obligaciones: 283
Elementos del derecho: 25
Emancipación: 220
Emergencia (estado de): 134
Empeño: 319
Empresa: 70
Empresas industriales y comerciales del Estado: 108
Enriquecimiento sin causa: 162, 244
Entidades descentralizadas: 185
Equidad: 167
Error

 de derecho: 249
 de hecho: 249
 in corpore: 249, 250
 in negotio: 250
 in personae: 249
 in substantia: 249
 noción del: 248
Escritura pública: 277
Especie: 257
Especificación: 231
Establecimientos públicos: 184
Estado

 de conmoción interior: 132
 de derecho: 16, 57
 de emergencia: 134
 de excepción: 132
 guerra exterior: 131
 noción de: 56
Estado civil
 inscripción: 223, 224
 noción del: 223
 prueba del: 224
 quienes llevan: 224
Etnología jurídica: 22

Evipción: 304
Excepción de contrato no cumplido: 286
Exequibilidad: 141
Exhibición: 279
Existencia legal: 177
Expectativas: 119
Extranjeros
 clases de: 211
 derechos de: 211
 domiciliados: 211
 naturalizados: 211
 transeúntes: 211

-F-

Familia: 78
Fianza: 318
Ficción
 noción de: 105
 teoría de la: 180
Fideicomiso: 226
Formalidades: 242
Fraude a la ley: 165
Fuentes de derecho
 formales: 92
 noción de: 89
 reales: 90
Fuero
 externo: 14
 interno: 14
Fuerza
 física: 251
 mayor: 264
 moral o psíquica: 251
 noción de: 251
Función del Derecho
 preventiva: 28
 represiva: 29
Fundaciones: 187

-G-

Garantía
 noción de: 27
 prendaria: 325
Género: 256

Gobierno: 110
Gratis: 294

-H-

Habeas corpus: 78
Habilitación de edad: 215
Habitación: 233
Hecho punible (realidad del): 63
Hecho jurídico: 245, 246
Hechos jurídicos: 9, 13
Heredero: 232
Herencia: 232
Hermenéutica: 150, 152
Heurística: 92
Hijos
 adoptivos: 202
 extramatrimoniales: 202
 legitimados: 201
 naturales: 201
 póstumos: 178
Hipoteca: 235, 320
Historia humana: 4
Historia: 22
Historicismo: 41
Hombre: 175

-I-

Ignorancia de la ley: 105
Imprevisión: 166
Impúberes: 216
Impuestos
 ad valorem: 66
 directos: 64
 específicos: 66
 indirectos: 65
Incapaces
 absolutos: 214
 relativos: 215
Incapacidad: 213
Indemnización: 288
Indicio (s): 279
 existencia de otro hecho: 282
Infante: 216
Inmuebles: 237
Innominados: 297
Insinuación: 263

Inspección judicial: 276, 281
instrumento público: 277
Interés asegurable: 329

Intereses
 convencionales: 315
 corrientes: 315
 legales: 315
 noción de: 315

Interpretación
 judicial: 150
 jurisprudencial: 151
 legislativa: 150
 métodos de: 152
 privada: 151
 pública: 150

Invención o hallazgo: 231

-J-

Judicial, competencia: 64
Juego: 317
Juramento
 descrito por la ley: 274
 estimatorio: 274
 noción de: 274

Jurisdicción
 constitucional: 139
 ordinaria: 147

Jurisprudencia: 169
 etnológica: 23

Jus
 domicilii: 208, 209
 sanguinis: 208, 209
 soli: 208

Jusnaturalismo: 33

Justicia: 167

-L-

Leasing: 311
Legados: 232
Legatario: 232
Legitimación: 213
Lesión
 enorme: 252
 noción de: 252

Leviatán: 38

- Ley
abrogación de la: 121
abrogativa: 127
aplicabilidad de: 211
de autorizaciones: 131
de facultades: 130
definiciones de la: 244
definiciones de: 101
derogación de la: 121
divina: 35
en sentido formal: 103
en sentido material: 103
eterna: 35
explicativa: 127
formación de la: 106
humana: 35
ignorancia de la: 105
inexequible: 114
interpretación de la: 148
lenguaje de la: 104
marco o cuadro: 129
natural: 35
no retroactiva: 119
permisiva: 127
preceptiva: 126
prohibitiva: 126
subordinada: 139
subordinante: 139
territorialidad de la: 116
- Leyes
clasificación de las: 123
constitucionales: 127
cuadros: 129
de orden privado: 124
de orden público: 124
declarativas: 127
dispositivas: 125
estatutarias: 107
interpretativas: 125
ordinarias: 129
orgánicas: 107
según su obligatoriedad: 123
según su origen: 127
suptivas: 125
taxativas: 124
- Liquidación: 197
Lucro cesante: 287
- M-
- Mandato: 312
Marxismo: 48
Materialismo
 dialéctico: 48
 histórico: 48
Medios de prueba penales: 281
Método
 exegético: 153
 histórico: 154
 libre investigación científica: 155
 noción de: 152
 tradicional: 152
Minas: 70
Modo: 230
Mora
 clasificación: 286
 del acreedor: 287
 del deudor: 286
 simultánea: 287
Moral: 14
Muebles: 237
Muerte
 civil: 177
 presunción de: 179
Mutación del álveo: 231
Mutuo: 314
- N-
- Nacimiento: 177
Nacionalidad
 noción de: 207
 sistemas de la: 208
Negocio jurídico: 246
Neotomismo: 34
Niños expósitos: 202
Niños: 216
Nombre y apellido: 199
Nominado: 297, 299
Normas
 dispositivas: 125
 incompatibilidad de: 147

interpretativas: 125
supletivas: 125
Novación: 262
Nulidad
absoluta: 265
relativa: 265

-O-

Objeto
ilícito: 253
lícito: 253
Obligación
a plazo: 255
alternativa: 256
civil: 254
clasificación de: 254
con cláusula penal: 258
concepto de: 241
condicional: 255
de género: 256
de rendir juramento: 282
divisible: 258
efecto de la: 282
elementos de la: 242
específica: 257
extinción de: 259
facultativa: 256
fuente de la: 243
indivisible: 258
natural: 254
noción de la: 241
prueba de la: 268
pura y simple: 255
solidaria: 257
Ocupación: 231
Onomástica: 201
Orden público: 124
Ordenanza: 137

-P-

Pacto
comisorio: 306
de adición en día: 307
de reserva de dominio: 305
de retroventa: 306

Pago
con subrogación: 261, 262
efectivo: 259
por consignación: 261
Patria potestad: 219
Patrimonio
noción de: 225
para un fin, teoría: 181
unidad del: 225
Peculio
adventicio: 220
profesional: 217
Pena
legalidad de la: 63
Pérdida de la cosa: 264
Peritación: 276
Perjuicios: 287
Permutación: 307
Persona
clases de: 176
jurídica
comienzo de: 179
de derecho privado: 186
de derecho público: 183
disolución de: 197
liquidación de: 198
o moral: 180
teorías de: 180
natural: 176
noción de: 175
Personalidad: 175
Pertenencia: 268
Plazo: 255
Poder: 312
Póliza: 331
Posesión: 232
Positivismo
jurídico: 44
noción de: 44
Prenda: 235, 319
Preposición: 348
Prescripción
adquisitiva: 268
extintiva: 267
extraordinaria: 267

- noción de: 267
ordinaria: 267
- Prestación
de dar: 26
de hacer: 27
de no hacer: 27
determinación de la: 27
licitud de la: 27
moralidad de la: 27
noción de la: 26, 242
posibilidad de la: 27
requisitos de la: 25
- Préstamo
de consumo: 314
de uso: 314
- Presunción
de derecho: 105, 280
judicial: 280
legal: 280
noción de: 280
- Prima: 330
- Principio personal: 117
- Principios generales del derecho
de la buena fe: 164
de la imprevisión: 166
del abuso de los derechos: 163
del enriquecimiento sin causa: 162
del error común: 164
del fraude a la ley: 165
noción de los: 161
- Privilegio legal: 208
- Procedimiento
civil: 73
laboral: 74
penal: 73
- Proceso (legalidad del): 64
- Procuración: 312
- Promesa de contrato: 287
- Promulgación de la ley: 112
- Propiedad
fiduciaria: 226
modos de adquirir la: 230
noción de la: 229
privada: 230
- pública: 230
Protocolo: 277
- Prueba (s)
a petición de parte: 271
carga de la: 269
clases de: 269
conducente: 270
de inspección judicial: 283
de oficio: 271
diabólica: 271
documental: 271, 282
eficaz: 270
incompleta: 270
inconducente: 270
ineficaz: 270
literal: 271
medios de: 271, 272
monumental: 271
noción de: 268, 269
penales: 280
pericial: 282
plena: 269
preconstituida: 271
principal: 270
sumaria: 270
supletoria: 271
testimonial: 281
trasladada: 271
- R-
- Racionalista (posición): 36
Razón social: 203
Realidad jurídica (teoría de la): 182
Reaseguro: 333
Reconstrucción histórica: 92
Regalía: 350
Registro del Estado Civil: 224
Rehabilitación: 210
Relaciones sociales: 3
Remisión: 263
Renta vitalicia: 318
Reparaciones
locativas: 310
necesarias: 310

Representación
de incapaces: 219
judicial: 222
legal: 222
noción de: 222
voluntaria: 222
Requerimiento: 285
Rescisión: 264
Reserva de dominio: 305, 325
Resiliación: 359
Resolución: 260, 267
Resoluciones
clases de: 138
noción de: 138
Retención: 235
Revocación: 266
Riesgo: 330

-S-

Sanción
constitucional: 112
legal: 112
presidencial: 112
Sanciones
noción de: 29
represivas: 29
restitutivas: 30
Saneamiento: 304
Secuestro: 317
Servicio público: 183
Servidumbre: 233
Sesiones
especiales: 107
extraordinarias: 107
ordinarias: 106
Sílogismo jurídico: 171
Sinalagmático: 293
Sindicatos: 188
Sociedades
anónimas: 191
civiles: 191, 311
colectivas: 192
comerciales: 192
con ánimo de lucro: 191
de economía mixta: 194

de hecho: 194
de responsabilidad limitada: 193
en comandita: 193
extranjeras: 194
irregulares: 194
Sociología
del derecho: 18
noción de: 18
Solución o pago efectivo: 260
Subrogación: 261
Sucesión por causa de muerte: 231
Sujeto
activo: 25
de derecho: 175
noción de: 122
pasivo: 26

-T-

Técnica legislativa: 91
Teológica (posición): 34
Término: 256
Territorial (principio): 117
Testamento: 231
Testigo
auricular: 275
de cargo: 275
de descargo: 275
de mayor excepción: 275
de oídas: 275
directo: 275
indirecto: 275
instrumental: 275
noción de: 275
ocular: 278
Testimonio: 274, 282
Tiempo (ley en): 119
Título
justo: 231, 232
precario: 314
singular: 231
universal: 231
Tradición: 231, 300
Transacción: 263, 300, 322
Trueque: 300

Tutela: 80
Tutoría: 221

Usufructo: 232
Usura: 315

-U-

Unilateralidad: 293
Universalidad
de derecho: 225
de hecho: 226
jurídica: 226
Uso: 233
Usucapión: 268

-V-

Vicios del consentimiento
dolo: 251
error: 249
fuerza: 248
redhibitorios: 304
Vínculo jurídico: 242
Voluntad (teoría de la): 75

Editado por:
LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.
Impreso en los Talleres Gráficos de:
EDITORIAL ABC
Bogotá, D.C., Colombia
Febrero de 2007

