

HN
T
D348.9861
P111C
EJ-1

UNIVERSIDAD DE MARICÓ
FACULTAD DE DERECHO

COMITÉ DE LA AUSENCIA DE LA VERDAD
O LA EXISTENCIA DEL DELINCUENTE

YUDY MARINO FERRER B.

DIRECTOR DE TESIS

" La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas - en la presente Tesis, las cuales deben considerarse como propias del autor ".

FECHA

MARICÓ, 1982.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

CRISIS DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD
O LA SOCIALIZACION DEL DERECHO

LINO RAMIRO PABON D.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. José A. Bolaños Muñoz

JURADOS:

PASTO, 1982.

EPIGRAFES

".....No creía yo que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron....." Dice Antígona a Creonte. SOPHOCLES. ANTIGONA.

" En un mal gobierno esta igualdad sólo es aparente e ilusoria: sirve tan sólo para mantener al pobre en la miseria y al rico en la usurpación. De hecho, las leyes siempre son útiles a los que poseen y perjudiciales a los que nada tienen, de lo que se sigue que el estado social sólo es ventajoso para los hombres cuando todos tienen algo, y cuando ninguno de ellos tiene demasiado" Rousseau. EL CONTRATO SOCIAL.

" Es necesario racionalizar también la juridicidad: la frondosa imaginación tropical no puede seguir instalada en el desorden imprevisible e inmediatista elaborando las normas a la carta del día, sin responder a un proyecto global coherente; normas que, a veces, por el gran formalismo y abstracción o por la urgencia con que son elaboradas, no pueden después tener ejecución porque el desarrollo actual de la estructura del Estado no lo permite o porque permitiéndolo resultaría absurdo e inconveniente. Especie de Macondo jurídico donde las normas deambulan dejando intocada la realidad social que pretende cobijar. /...../ entre nosotros se legó el poder no tener que gobernar....." CARLOS URAN. El Derecho como arma social. Magazin Dominical, El Espectador, Bogotá, octubre 25 de 1981.

" No te indignes, pues, con nuestros políticos; son los hombres más divertidos que existen, con sus reglamentos que modifican incesantemente, persuadidos de que con eso pondrán remedio a los abusos que se introducen en las relaciones de la vida en todos aquellos puntos de que ya he hablado, y no advierten que lo que en realidad hacen es cortar las cabezas de una hidra." PLATÓN. La República. Libro IV.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	1
I. CONCEPTO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO.....	9
II. EVOLUCION DE LA LIBERTAD JURIDICA EN EL ESTADO ROMA- NO.....	36
A. Durante la Monarquía.....	40
B. Durante la República.....	44
C. Durante el Imperio.....	46
D. Derecho y Libertad.....	51
E. Influencia de los Iusnaturalistas.....	57
F. Derecho y Poder.....	64
III. LA LIBERTAD JURIDICA EN EL ESTADO BURGUES.....	68
A. Papel del Iusnaturalismo.....	68
B. Declaración de los Derechos del Hombre.....	80
C. Papel de la burguesía.....	83
D. Socialización del Derecho.....	92
IV. PROCESO DE SOCIALIZACION DE LA LEGISLACION COLOMBIANA	98
A. Fundamento Constitucional.....	101
B. Legislación Laboral.....	105
1. Jornada de Trabajo.....	106
2. Seguro de vida obligatorio.....	108
3. Vivienda urbana y campesina.....	108
4. Control.....	108
C. Legislación sobre la Familia.....	112
1. Sobre el matrimonio.....	113
2. Derechos de los hijos.....	114
D. Legislación Agraria.....	118
E. Contrato de Arrendamiento de Inmuebles Urbanos..	121
F. Problemas relativos a la Legislación.....	125
1. Legislación Precipitada.....	125
2. Incapacidad gubernamental para ejecutar las leyes.....	129
G. Ambiente propicio para socializar aún más el De- recho Laboral.....	133
CONCLUSIONES.....	137
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	145

INTRODUCCION

En la actualidad muchos tratadistas y expositores de Derecho afirman que el Estado estrangula el campo de acción de la voluntad individual y mata la iniciativa de los particulares. Y que, por consiguiente, exige una crisis profunda de la libertad. Son los partidarios del individualismo cerrado y extremo los que así hablan; creen que la libertad se agota al restringirse la capacidad omnimoda de la voluntad del que posee medios de producción para jugar el papel del poderoso.

Evidentemente en Colombia como en la mayoría de los países se ha producido una crisis en la autonomía de la voluntad: El contrato de trabajo desde mediados de la segunda década del presente siglo, se halla vigilado y controlado por el Estado en algunos de sus aspectos como la duración de la jornada, el derecho a huelga, las prestaciones sociales, el salario mínimo, la participación de los obreros en las ganancias de las empresas, la revisión de los contratos por motivos de imprevisión, etc.

Por el contrato de arrendamiento, el arrendador no puede incrementar los cánones a su voluntad porque están congelados o porque solo han permitido la ley un leve aumento y porque el plazo convenido no es elemento esencial del contrato ya que su vencimiento no es causal de su terminación. Si pretende la devolución del inmueble porque lo necesita para su habitación o para establecer un negocio comercial o es preciso demolerlo para construir uno nuevo, debe conseguir la licencia administrativa, o sea, una autorización gubernamental para readquirir la propiedad plena; y si no cumple con lo alegado en la solicitud de devolución, pierda en favor del gobierno la caución que debió constituir como requisito para solicitar la licencia administrativa; si se trata de locales comerciales y el arrendador no los da "el destino indicado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega, deberá indemnizar al arrendatario los perjuicios causados, según estimación de peritos" (art. 522 del C. del C.)

El valor de muchos productos y del transporte los fija la ley; o sea, que el contrato bilateral se ha debilitado para dar paso al contrato de adhesión o contrato dirigido. Las normas sobre tenencia de la tierra limitan su extensión y ordenan la expropiación, constituyen una prescripción adquisitiva excepcional de cin-

cinco años continuos a favor del poseedor que de buena fe cree que las tierras que ocupa son baldías, aunque en la práctica pertenezcan a particulares, pero se hallan incultas o no explotadas según la forma que la ley prescribe. (art. 12 de la ley 200 de 1936)

En realidad, toda esta legislación y otra similar que toca diversos aspectos, ha restringido la autonomía de la voluntad, o sea, el *ius utendi, fruendi et abuti* de la primera fase del Derecho Romano. Se ha entendido de la primera fase del Derecho Romano. Se ha entendido una crisis que implica necesariamente un reajuste de situaciones porque la crisis es un estado de confusión por desorientación; y la nueva legislación pretende reorientar el derecho para crear un equilibrio entre las partes contratantes; el nuevo derecho intenta fortalecer la libertad o autonomía de la parte débil del contrato; del trabajador que necesita ganarse un salario a cambio de su trabajo y la del arrendatario que requiere un inmueble para su habitación o para un establecimiento de comercio.

Claro que el Estado con esta clase de legislación puede propiciar ciertas injusticias por razón de la tendencia a la uniformidad porque puede desatender las particularidades, como cuando ordena la congelación de los precios de arrendamiento o permite una alza muy pequeña, pues, resulta descompensatorio para la persona que solo posee una vivienda o un local destinados al arriendo y el canon que percibe es bajo.

La extrañeza que muestran los que hablan de que el Estado al adoptar actitudes de clara intervención está enquistando la libertad individual, es fruto del desconocimiento de la historia del Derecho. En efecto, en todas las épocas los Estados se han visto obligados por las circunstancias especiales provenientes de coyunturas económicas insólitas, a intervenir para salvar a la sociedad y no necesariamente como actos despóticos. Julio César, por ejemplo, intervino sobre los arrendamientos ordenando que fuesen rebajados, como lo anoto en el trabajo mediante la cita pertinente tomada de la obra de Suetonio: Vida de los Doce Césares. En Colombia por razón de la crisis mundial de 1930, llamada la gran depresión, y ante la falta de circulante, el gobierno "decreto la moratoria de deudas exigibles y la rebaja de sus intereses, porque habiéndose roto la equidad contractual, los deudores serían exiliados por los acreedores" (1)

I. Emiliani Román, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Bogotá, Editorial Temis, 1980, p.64.

El Derecho es producto de la evolución cultural y normalmente tiene que reflejar las fluctuaciones por las que atraviesa la civilización, originadas por trastornos económicos, avances científicos-técnicos o alteraciones políticas e ideológicas. La función del Derecho es regular la libertad de los individuos; y regular el poder de los gobernantes para dirigirlos a evitar todas las formas de despotismo.

Es decir que en Colombia y en muchos países del Tercer Mundo, particularmente, la legislación no está coartando la libertad, sino transformando los privilegios en derechos comunes; los derechos que solo beneficiaban a unas pocas personas en un Estado, no son derechos, sino prerrogativas. El día en que el contrato bilateral se celebre siempre entre partes relativamente iguales en poder económico, se habrá alcanzado un alto grado de justicia. Las clases oprimidas también son parte de la nación; también son parte del Estado; si la ley es general, los derechos también deben ser generales.

El Estado Colombiano debe intervenir en campos de mayor profundidad como el de la Reforma Agraria para cuya realización cuenta ya con una legislación bastante acertada como las leyes 200 de 1936, 100 de 1944, 135 de 1961 y 4a. de 1973. Con frecuencia se queda en el nivel de Estado asistencialista o paternalista que se contenta con dar regalos a los que han sufrido alguna catástrofe; pero permanece insensible y apático ante, por ejemplo, la formación de barrios tuguriales a cambio de votos de los jefes políticos, barrios que carecen de los servicios necesarios para la buena salud de sus habitantes, y que, además, ofrecen serios peligros a sus vidas. Se mantiene en una actitud de simple espectador ante la ingente concentración de la riqueza, en sus diversas formas, pero especialmente, según la tendencia de los últimos años, del capital financiero con el cual algunas sociedades que manejan el dinero de los particulares, se apoderan de las empresas que son grandemente rentables y encarecen el crédito.

A este respecto el economista y exministro de Hacienda, Absalón Espinoza V. afirma: So capa de aplicar modernas técnicas extraídas de las canteras más reaccionarias del mundo intelectual, el Estado ha ido abandonando zonas de influencia irrenunciablemente suyas en aras de grupos privilegiados, a los cuales se reconoce como factores incontrastables de poder. Se diría a juzgar por su tendencia morbosa, que vamos retornando al Estado-gendarme, y quizá, más tarde, en el

guntas de sus expresiones típicas. /.../ No es que el Estado haga o dirija. Es que deja hacer y resulta dirigido en la práctica "(II)". Un político y un estadista de prestigio que pide que el Estado intervenga - franca y resueltamente.

Es preciso reconsiderar el concepto de Estado; no es el sector de gobernantes y la clase dominante a la que representan, que es la extensión a la que se reduce el concepto en su uso corriente; sino toda la nación, y las clases oprimidas son parte de la nación. Mientras éstas no tomen una clara y definida conciencia de esto, es imposible entender que los conceptos de servidumbre, manipulada por los particulares poderosos o por el Estado, y de Derecho son contradictorios y excluyentes.

La tesis central de este trabajo es que el derecho avanza en dirección de la justicia, a sea que se socializa, como consecuencia de la acción de ciertos factores que normalmente concurren de manera simultánea; esos factores son: Las fuerzas económicas, las luchas de clases y los consecuentes conflictos políticos, el feudalismo y los esfuerzos de autoconservación del Estado que cumplen sus gobernantes y la clase que los respalda.

Con frecuencia el factor predominante son las fuerzas económicas las cuales una vez que han alcanzado un grado considerable de dinámica en un sentido determinado, no pueden ser plenamente controladas; entonces, se convierten en fuerzas ciegas e inexorables. El fenómeno de la urbanización que ha tomado un impulso gigantesco en Colombia con la irrefrenable emigración de los campesinos hacia las ciudades, es consecuencia de las fuerzas económicas en conjugación con la lucha de clases, en este caso más o menos soterrada, pero efectiva, porque los barrios de miseria se están constituyendo en una amenaza para los dueños de los medios de producción, de viviendas y de lujos. Las fuerzas económicas están orientadas hoy hacia la industrialización del país y hacia la ampliación del comercio, con el consiguiente descuido y mengua de la agricultura, especialmente, de la trabajada con procedimientos rudimentarios. De modo que los campesinos sin tierra o con una pequeña y poco fértil parcela, que son innumerables, deben aglomerarse

II* Espinoza V., Abdón. Espuma de los Acontecimientos. El Tiempo, Bogotá, 22 de octubre de 1981, p.

en las ciudades para complicar la vida del gobierno - porque nada provechoso pueden hacer en el campo, -
 las luchas de clases han adoptado la forma armada a través de las guerrillas las cuales están forzando al gobierno a introducir cambios jurídicos y sociales; -
 Lo hace para autoconservarse, o como dicen las autoridades civiles y militares, para salvaguardar la Constitución, el orden público y mantener las instituciones democráticas.
 Contribuye poderosamente a este proceso de transformación el aporte del iusnaturalismo mediante la labor docente de los profesores, tratadistas y expositores, en general, que sustentan las ideas de libertad y justicia. Es iusnaturalista toda persona que sostiene convencida los fundamentos de la justicia social inspirada por la razón humana y realizada por medio de los diversos grados de igualdad que son factibles de alcanzar en el proceso de las sociedades. Las mejores expresiones de esas concepciones iusnaturalistas son las diferentes declaraciones de derechos del hombre y las garantías sociales que a manera de nobles propósitos, figuran en las Constituciones de todos los Estados. Las destaco en mi trabajo; en él anoto, de manera sucinta, las variadas corrientes iusnaturalistas y sus planteamientos básicos. En la actualidad los maravillosos medios masivos de comunicación facilitan el trabajo de difusión de las ideas para llamar la atención de los gobernantes sobre los problemas sociales, proponer soluciones, prevenir los acontecimientos que resultarán de las presiones que producen los factores de cambio, todo en nombre de la justicia y de la equidad. Una excelente labor de tendencia iusnaturalista están cumpliendo los periodistas críticos y denodados por medio de la prensa, la radio y la T.V.

Los iusnaturalistas modernos saben que " existe una justicia universal emanada de la sola razón" y comprenden que como sus leyes carecen de sanción natural, "son inútiles entre los hombres" sin que existan leyes positivas que unan "los derechos a los deberes y dirijan la justicia hacia su objeto. (III)*. La finalidad del iusnaturalismo es lograr que los abusos y explotaciones del hombre sean considerados como despreciables aberraciones y denigrantes insensatez humana.

III*. Rousseau, Jean J. El Contrato Social. Editorial Bedout, S.A., Medellín, 1974, p. 42, libro primero, capítulo VI.

na. Así mejoran la cultura, refuerzan la posición del Derecho y levantan el nivel de exigencia de las clases oprimidas para que ejerciten esa forma excelsa de libertad: Resistir a la opresión, que consagró la Revolución francesa.

En Colombia como nuestra tendencia general es poco pragmática, ha sucedido el fenómeno de que la legislación resulta en algunos casos bastante avanzada y en otros acorde con los requerimientos de la realidad, pero la práctica social es mediocre; de modo que la pauperización, por un lado, se ha incrementado hasta topes políticamente peligrosos; y, por otro, la concentración de riqueza en pocas manos se ha acrecentado también hasta límites que violan todas las formas de la justicia.

La experiencia demuestra que la evolución del Derecho es cíclica. De etapas de notoria estrechez y de limitación de la libertad o de los campos de acción de la voluntad individual, se avanza hacia un generoso disfrute de amplios derechos. Como esta situación fácilmente genera abusos por la exacerbación de la tendencia natural del individuo hacia el poder de obrar y de hacer, la sociedad, forzada por los factores de transformación retorna a la primera etapa; para luego reiniciar el proceso según el influjo de uno u otro de varias de estas fuerzas. Cuando la clase gobernante desatiende la incidencia de estos factores, retrocede el derecho y aún es destruido por el fortalecimiento del poder. El derecho casi siempre pierde ante el poder que es la fuerza, porque el derecho, especialmente el equitativo, es una alta forma de civilización y solo cuenta con la fuerza espiritual de la razón. La justicia igualmente solo posee esta fuerza que puede ser hallada por el poder del Estado o de los individuos.

Este ciclo fue pleno en el Estado Romano como expresión en el capítulo segundo. En el individualismo el ciclo de halla en proceso vigoroso: de prácticas y concepciones puramente individualistas con un Estado observador durante la segunda mitad del siglo XVIII y durante casi todo el siglo XIX, se ha ido pasando gradualmente a concepciones y prácticas socializantes merced a la necesidad en que se ha visto el Estado de intervenir en la dirección de la economía. El derecho se ha socializado magníficamente en el campo laboral; pero todavía no se superan suficientemente las fatídicas leyes económicas de la libre empresa, libre competencia o libre mercado, a pesar de que los economistas y polí-

ticos hablan de la exigencia planteada por las fuerzas económicas de realizar una sana planeación de la producción.

Por su parte el Socialismo Marxista avanza hacia la retoma de ciertas prácticas de corte capitalista; - cierta libertad en el mercado, por lo tanto, competencia entre las empresas de producción; mayor extensión en la propiedad personal de los artesanos y también de los campesinos a quienes se asignan parcelas más o menos amplias para aprovechamiento no solo de la familia, sino del mercado. Influyen en grado variable los diversos factores de transformación. El pueblo trabajador de los niveles técnicos inferiores lucha por adquirir estas libertades y particularmente sus formas electivas como el derecho a disentir y de intervenir en la dirección de las empresas mediante la congestión, y en la administración del Estado. Para esto combaten al partido monolítico e impositivo y la dictadura de la burocracia que se ha constituido ya en la nueva clase dominante.

De esta manera en ambos campos de práctica política y modos de producción epuestos, el derecho está progresando, se está socializando. Pero el poder, a pesar del avance de la cultura, siempre puede arrasar exclusivamente el humanitarismo y las luchas de las clases inferiores, reducidas a reclamos, protestas y huelgas. O, al menos, cuando tienen la primacía sobre las fuerzas económicas. Estamos de hecho, en la misma situación del pueblo que logró la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789; la práctica de esos derechos nos proporcionará formas de la verdadera autonomía de la voluntad compartidas por todos los hombres. Para esto es preciso que el pueblo, o sea todas las clases oprimidas de los diversos modos de producción se convengan que ellas son parte del Estado o de la nación " en la que reside exclusivamente la soberanía" y que tienen un poder que deben ejercer. El concepto de Estado se ha distorsionado de modo que por él se entiende las clases dominantes y sus gobernantes en el mundo capitalista y la burocracia en los países socialistas marxistas.

Nos enseña la dialéctica que todo extremo lleva en sí mismo los gérmenes de su propia destrucción. El fin no equilibrio de los derechos individuales y los derechos sociales. El predominio de los primeros como ha ocurrido cíclicamente en la historia de los Estados, - crea la injusticia y la explotación del hombre por el

hombre; y la prevalencia de los segundos, controlados dictatorialmente, producen la destrucción de las formas inmanentes de libertad, particularmente del derecho al libre examen y, por lo tanto, del derecho a libertad de discurrir y de resistir a la opresión. voluntar se ha de

El cuarto capítulo está destinado fundamentalmente a presentar una muestra de las normas más ilustrativas del derecho laboral, civil y de familia, dentro del proceso de socialización de la legislación Colombiana. No pretendo hacer un análisis ni una discusión de esas normas porque ese no es el propósito de mi trabajo; me contento con aludir a su contenido y con agregar ocasionalmente algún comentario para delimitar ciertos aspectos de su alcance. Comienzo por hacer unas breves consideraciones sobre las normas constitucionales que permiten efectuar una considerable transformación de la realidad Colombiana, dentro del restringido marco, propio de las concepciones políticas de tinte individualista que subyacen y moldean la ideología de los partidos tradicionales.

En efecto, las normas constitucionales de carácter social están estructuradas de tal manera que se fija la finalidad con admirable claridad y precisión, pero, al mismo tiempo se establece, la limitante que hace casi imposible su ejecución e solo permite tocar aspectos muy superficiales de la realidad socio-económica del país; porque para cumplir el objetivo a cabalidad se requiere que el legislativo dicte la ley pertinente en desarrollo de la norma constitucional; lo cual significa, como en el caso del art. 32, que se produzca un vuelco total o una revolución en la concepción política central de los partidos porque ni siquiera la fuerte actitud formativa del modo de ser del colombiano, más notoria en la burguesía política, permite que se dicte una ley definitivamente intervencionista.

Concluyo ese capítulo con unas breves consideraciones sobre el formalismo que domina nuestra legislación, el cual se revela en primer lugar a través de la expedición de normas con una pesada ligereza y precipitación que obliga a modificarlas permanentemente, para configurar así una masa indigesta de regulaciones y de preceptos; y en segundo término, por medio de la incapacidad del gobierno para actuar seria y metódicamente dentro de ese estrecho margen de acción que las leyes le marcan.

I. CONCEPTO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO.

Los catedráticos de Derecho así como muchos tratadistas hablan de que la autonomía de la voluntad se halla en crisis, que el imperio de la voluntad se ha debilitado y ha cedido terreno debido a la permanente e inalterable intervención del Estado mediante una legislación que está sofocando la iniciativa del individuo para crear, reformar o extinguir relaciones jurídicas. Hay quienes presagian un total acorralamiento del individuo y la destrucción de su voluntad como factor de relaciones de Derecho.

Crisis es un estado de confusión producido por cambios profundos que sufren las concepciones formuladas y sostenidas habitualmente; lo cual supone alteraciones de honda repercusión en los parámetros de la vida de la sociedad; o simplemente variaciones aparentes en las costumbres, variaciones que no afectan esencialmente la conducta. Las crisis presuponen un estado más o menos largo de desorientación y ofuscamiento mientras la sociedad encuentra una nueva ruta para proseguir su marcha.

Si existe en Colombia una crisis en el ámbito de la autonomía de la voluntad, pero no es de este tiempo no más, pues, viene de muy atrás. Como se trata de una mutación profunda, el momento actual corresponde a una circunstancia de suma trascendencia y que atañe a una fuerte y aguda intervención del poder legislativo y ejecutivo, especialmente de éste último que entre las ramas o funciones del poder ha tomado la supremacía. Esta intervención ha estrechado gravemente el campo de acción de la voluntad individual en el actuar jurídico; ha recortado el espacio de la iniciativa de la persona natural y de la persona jurídica.

En el campo jurídico cada vez que la clase con predominio económico y político pierde algunos de sus privilegios y prerrogativas habla de crisis. En Colombia como en el resto de países subdesarrollados y aún en los superindustrializados dentro del sistema capitalista, esta crisis se viene sintiendo desde hace bastante tiempo. La filosofía liberal individualista continúa perdiendo prestigio y decomponiéndose gracias al normal proceso de evolución de los tiempos como consecuencia de la gestión cumplida por la burguesía en el desarrollo de la industria, la ciencia y la técnica; y gracias a la lucha de clases trabajadora de todos los niveles. Ambas fuerzas en fruto del proceso dialéctico de los.

la vida social.

La crisis consistió en que la parte débil de los contratos de carácter patrimonial va adquiriendo mayor fuerza con base a la legislación que los gobiernos, movidos por diversos factores, han establecido. Va produciéndose una aproximación a un apreciable grado de igualdad que permite un juego más libre de las voluntades contratantes. El contrato de trabajo ya no se fundamenta tanto en la libertad plena del patrono y el sometimiento de suma necesidad del trabajador que impedía que éste pudiera realmente convenir o estar de acuerdo. La fijación de salarios mínimos impide o puede hacerlo, que el patrono determine el precio de las mano de obra del servicio profesional; en el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos, el propietario ya no puede por su propio arbitrio aumentar el canon de arrendamiento ni tampoco exigir la devolución del inmueble al término del plazo estipulado, porque el vencimiento del plazo ya no es causal de terminación del contrato; y si infringiera la norma, el arrendatario tiene derecho a ejercitar la acción procesal pertinente.

Se va produciendo un equilibrio necesariamente inestable de los contratantes, que desgraciadamente no cubre aún a todos los miembros o agrupaciones de los débiles en el plano económico y político, pero ya va extendiéndose paulatinamente con firmeza y seguridad.

El negocio jurídico, especialmente el contrato de carácter patrimonial llegó a tener tanta importancia a partir del triunfo de la burguesía que muchos tratadistas en una laxitud conceptual extraña llegaron a asimilar la autonomía de la voluntad con la libertad contractual. O sea la cualidad de la voluntad que es una tendencia dinámica e inagotable con un aspecto de ella, por cierto de gran trascendencia en el desarrollo de las relaciones sociales de producción. Los tratadistas y exponentes de derecho emplean las siguientes denominaciones: autonomía de la voluntad, autonomía privada, imperio de la voluntad.

No es que confundan lo genérico con lo específico y determinado, sino que se dejaron llevar de su entusiasmo por una institución que revela magníficamente la actitud del individuo frente al derecho positivo; o sea frente al sector gobernante. El contrato que implica relaciones patrimoniales entre los individuos es en vez de la suprema manifestación de la libertad de los propietarios de bienes cuyo dominio necesitan transmitir

o adquirir. de la intervención del Estado en las relaciones privadas " (2)".

Luigi Ferri nos dá un concepto de autonomía de la voluntad que se ubica dentro de los criterios que comentamos:

" Es el poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses " (1)".

Según este autor los particulares no solo actualizan la norma legal mediante el acto jurídico que celebran, sino que crean normas por delegación del poder del Estado, y, por otra parte, esa autonomía consiste exclusivamente en la facultad que tiene el individuo de disponer de lo que le es propio, y por tanto, y no solo de sus bienes corporales e incorporales transferibles sino de su actividad como su fuerza de trabajos y su capacidad profesional, pues, qué otra clase de intereses pueden regular?

Desde luego que hay autores que no caen en esta imprecisión imperdonable; por ejemplo, Georges Ripert y Jean Boulanger quienes establecen claramente la distinción entre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual; se expresan así: " Este mismo principio se expresa a veces hablando de la autonomía de la voluntad. La idea es algo diferente. La libertad contractual es un principio jurídico indiscutible, ya que está dictado por la ley. La autonomía de la voluntad es una explicación filosófica de la regla y una tendencia a su mantenimiento o desarrollo. Con esto se quiere decir que la ley debe respetar las voluntades individuales sea por que el derecho individual de obligarse es superior a la ley, sea porque hay interés económico y social en que los hombres reglamenten sus relaciones por su sola voluntad. Esta teoría fue definida a este título en el siglo XIX como expresión del individualismo liberal. En la actualidad, ha perdido bastante de su favor con el

1°. Ferri, Luigi. La Autonomía Privada. Citado por Fernando Cancino. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis, Bogotá, 1979, p. 29.

desarrollo de la intervención del Estado en las relaciones privadas". (2)*. límites físicos o intelectuales de su capacidad.

La libertad contractual no es sino un aspecto de la libertad individual. Para el liberalismo económico la libertad de que disfrutan los particulares para celebrar contratos fijando su objeto y las modalidades es la forma más importante del principio de libertad. Entre las formas de la libertad no se puede afirmar que una sea la más importante porque todas corresponden a los anhelos y necesidades profundos del ser humano. A no ser que por más importante se quiera entender más urgente e imperiosa. Ninguna libertad puede llevar a cabo o no tal delito.

La libertad contractual es una parte de la libertad jurídica y un aspecto de la libertad individual. La libertad jurídica es la facultad que toda persona natural o jurídica tiene para optar entre ejercitar o no ejercer los derechos que lo reconoce y le otorga el ordenamiento jurídico de un país determinado, del cual es ciudadano o en el cual reside o en el cual actúa jurídicamente. Testar o no testar es parte de la libertad jurídica de que pueda gozar un ciudadano. Igualmente, celebrar o no un contrato es un desarrollo positivo o negativo de dicha libertad. A la vez esta libertad se inscribe en la libertad individual.

Consideremos brevemente estos conceptos. En general, se define la libertad como una propiedad de la voluntad humana que se traduce como una facultad o capacidad que tiene el individuo psicológicamente normal para elegir una entre varias posibilidades de actuar sin ser impelido a ello por ningún tipo de coerción. Esa elección puede suponer una acción lícita o ilícita. Es precisamente la libertad como un atributo de la personalidad la base de la existencia de la responsabilidad del individuo por los actos que han cumplido. Sin ella no existe ninguna moral, ni ley. Los juristas, moralistas y algunos filósofos distinguen entre una libertad física y una libertad moral. La primera es la facultad de elegir entre lo permitido o lo prohibido por la moral, entre lo permitido o lo prohibido por la ley o por las costumbres sociales. Es la libertad material, o sea, la capacidad de hacer el individuo todo cuanto su capacidad física o intelectual le permitan; es decir, todo-

2*. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Tomo 1. Traductora: Dolia García D. Edición por la Ley. Buenos Aires, 1968, p.424.

cuanto está dentro de la esfera de su poder; no tiene más límites que los límites físicos e intelectuales de su capacidad.

La libertad moral es la facultad de elegir entre los diversos medios que conducen a un fin lícito. Solo permite exoger una entre las posibilidades de actuar para producir un acto moralmente bueno. Esta es una libertad reducida a un solo campo de acción; es una libertad especializada. Por la libertad física una persona puede elegir entre producir o no producir la muerte de otra persona, por ejemplo, en venganza por una mala acción que ésta hubiera cometido contra la primera; y por esa misma libertad puede llevar a cabo o no tal delito.

La libertad se fundamenta en la razón del hombre. La razón le descubre los diversos medios que existen para cumplir un fin; las diversas oportunidades y posibilidades de lograr un objetivo, una meta. Luego interviene la voluntad para elegir y resolverse en uno u otro sentido según las vías que la razón le ha permitido ver; pero la libertad no culmina su proceder en la sola elección y resolución, sino en la acción que se manifiesta de algún modo ante los demás porque produce un cambio en el mundo exterior. De modo que libertad es la capacidad de actuar en una forma determinada como consecuencia de una elección entre dos o más posibilidades o alternativas no existiendo para ello una coacción grave y de actuación. Libre es quien tiene el poder racional para realizar cosas diversas y opuestas; quien tiene la facultad de orientar su conducta en una u otra dirección; o sea, la capacidad de autodeterminarse y de autoconducirse.

La coacción y demás obstáculos que impiden el desarrollo de la libertad tiene varias fuentes. En el campo jurídico, el Derecho Romano consideró las que tradicionalmente han proseguido estudiando el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina. Ellos son: la violencia y el miedo, el dolo, la simulación, y el error. Las dos primeras pueden viciar el consentimiento y, por tanto, hacer imposible la existencia de una voluntad libre; el acto no había sido querido y, por consiguiente, el negocio no existió, pues, el contrato era para los romanos una manifestación de la voluntad libre e inteligible que tiene por fin producir efectos jurídicos plenos en el sentido de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones correlativos.

La simulación y el error viciaban la voluntad, o sea, el fundamento del consentimiento por no existir conformidad o correspondencia entre la voluntad interna y la voluntad externa o declarada. El Derecho Romano estableció claramente los casos en que el error afecta realmente la voluntad porque la razón nos señala con claridad las posibilidades entre las cuales el sujeto debe elegir para lograr que su acto sea plenamente racional y voluntario. El ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia modernas han mantenido esas distinciones.

Estas causas impiden o estorban seriamente la elección acertada que la voluntad del hombre debe realizar o impiden la plena intelección del acto que pueda efectuarse o de los medios para obtener el fin deseado. Frente a la influencia de dichas causas decían los romanos que no existía *animus*, *voluntas*, *consensus* o *affectus* en el acto jurídico. En cuanto a la fuerza o violencia vale la pena decir que el Derecho Romano ya hacía la clara diferencia entre la *vis absoluta* y la *vis impulsiva*; la primera es la fuerza física, material que puede privar totalmente de su libertad a la persona porque imposibilita la acción de la voluntad, la reduce a una posición meramente pasiva, automática. Esta clase de coacción, que ahora dispone de medios sumamente sofisticados y eficaces, es externa, o sea, que se infiere sobre el cuerpo de la víctima. La segunda es inferida sobre su ánimo, mediante amenazas de efectuar daño físico o espiritual. En ambos casos la voluntad no elige y no decide, pues, se le impone la opción y el acto. La persona actúa bajo la influencia del miedo (*metus*).

Respecto a la simulación establecía el Derecho Romano que era la divergencia intencional entre la voluntad interna o *animus* y la voluntad externa o declaración (*declaratio*). Consiste en aparentar o fingir ambas partes del contrato su voluntad genuina para producir un acto jurídico consciente diverso del deseado o del intentado. La incongruencia o divergencia debe ser producto de una voluntad aviesa, deliberadamente consentida por las partes. Si el fingimiento provenía de una sola parte, con el propósito de perjudicar a la otra y el perjuicio se producía efectivamente, no existía simulación, sino dolo.

La simulación no impide el ejercicio de la libertad de las partes comprometidas, sino de la de terceros; en efecto, los simuladores recorren el campo de elección del tercero interesado en el acto jurídico que las partes simularon.

No es el propósito de este trabajo considerar, ni siquiera brevemente, estas causas. El ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia de todos los tiempos a partir del Derecho Romano han estudiado cuidadosamente todas estas fuentes de limitación o destrucción de la libertad del individuo actor de un negocio jurídico. Las escuelas jurídicas han examinado todas las implicaciones de las mismas, de modo tal que se puede suponer válidamente que el tema ya no da pie para polémica de fondo.

Una causal de limitación o impedimento y aún de eliminación de la libertad es la necesidad. Cuando el hombre enfrenta una necesidad más o menos imperiosa y urgente, no tiene capacidad de elegir y resolver porque se halla cohibido e impelido a optar por el camino señalado por una exigencia externa distinta de la violencia o fuerza ejercida por otra persona. No se trata de la vis absoluta ni de la vis impulsiva que el Derecho solo considera producida por otra persona. Nunca el Derecho ha considerado la fuerza o violencia producida por ciertos hechos o circunstancias provenientes de la voluntad humana o de la naturaleza que priven al hombre de su libertad o se la coartan gravemente de modo que no puede decirse que actúa con albedrío; su razón y su voluntad no tienen poder de elegir, resolver y actuar. En efecto, el que vende aún por justo precio un bien suyo del cual ha menester para su bienestar movido por un estado de necesidad más o menos grave, no tiene otra opción que elegir; no puede no vender; tiene que hacerlo. El obrero que contrata su fuerza de trabajo porque necesita urgentemente obtener un sueldo para su subsistencia y la de sus familiares, no es libre, carece de albedrío porque está determinada su voluntad en una sola dirección. No puede convenir el valor del salario mediante discusión del mismo; tiene que aceptar el ofrecido por el patrono; o sea que ha convenido; en otras palabras, no ha contratado. Por el libre albedrío el hombre basado en su facultad cognoscitiva juzga lo que le conviene procurar y lo que le conviene evitar y con fundamento en su voluntad elige y obra.

El que contrata en estado de necesidad no ha hecho una declaración libre de su voluntad. Tan impedido está como el que ha tenido que expresar su consentimiento movido por la violencia física o moral ejercida por la contraparte o por un tercero con algún interés en la celebración del acto jurídico. El acto efectuado es nulo como nulo es el acto cumplido bajo violencia injusta y capaz de ocasionar grave impresión en una persona razonable, o cuando "cae en varón constante" como lo ex-

presa el Digesto (3). O en "una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición", como establece el art. 1513 de nuestro código civil. Este artículo agrega: "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". Pues bien, en estado de necesidad existe también esta clase de temor de un mal irreparable y grave. El derecho Romano consideraba nulo el acto jurídico celebrado bajo violencia física o moral grave y le otorgaba a la víctima la excepción "quod metus causa"; pero el acto podía ser validado o subsanado por la víctima al desaparecer las causas de la violencia.

El estado de necesidad grave es una causal también de inexistencia de la voluntad libre, y, por consiguiente para la inexistencia e invalidez del negocio jurídico. Sin embargo, la legislación no la ha incluido entre tales causales. Quizá la razón haya sido que el reconocimiento de ella hubiera perjudicado seriamente las relaciones jurídicas patrimoniales y, por tanto, hubiera impedido la normal transferencia del dominio de las cosas corporales e incorpóreas. Por este motivo nunca las leyes romanas y las atenienses impidieron a los patricios y ciudadanos, en general, ejercer con plena libertad la usura de sus créditos y ejecutar al deudor insolvente utilizando la ley que los autorizaba para convertir a tales deudores en esclavos y confiscar sus propiedades. A este respecto Engels afirma que en la revolución "de Solón, la propiedad de los acreedores fue la que tuvo que sufrir en provecho de la de los deudores. Las deudas fueron sencillamente, declaradas nulas. No conocemos con exactitud los detalles, pero Solón se jacta en sus poesías de haber hecho quitar los postes hipotecarios de los campos españados en pago de deudas y de haber repatriado a los hombres que a causa de ellas habían sido vendidos como esclavos o habían huido al extranjero.....(4)*.

En el Derecho primitivo romano también se reconoció la reducción a la esclavitud de los deudores insolventes y la incautación de sus bienes por el acreedor. Además, el padre, deudor insolvente, tenía derecho a mancipar al hijo en garantía del pago del crédito.

3*. Petir, Eugène. Derecho Romano. Editorial Nacional, México, 1980, p.187.

4*. Engels, F. El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, Ediciones Los Comunistas, Bogotá, Sf., p. 112.

El que contrata oprimido por un estado grave de necesidad sufre violencia y su voluntad no es libre; - acepta lo que no quiere para evitar "un mal irreparable y grave". Muy bien lo expresa Rousseau: "Ceder a la fuerza es un acto de necesidad y no de voluntad, cuando más es un acto de prudencia" (5)*.

El Derecho, si bien no ha reconocido el estado de necesidad como vicio del consentimiento, sí ha establecido cierta protección cuando el vendedor ha recibido un precio irrisorio o ha sufrido lesión enorme. El Derecho Romano ya había establecido esta tutela; en efecto, en la venta el precio debía ser serio; ésta era nula si el precio era insignificante con relación al valor real de la cosa vendida. Si el precio era muy inferior al valor real, la venta era válida; pero en el imperio de Dioclesiano los rescriptos autorizaron al vendedor la acción para demandar la resolución de la venta cuando el precio era inferior a la mitad del valor real de la cosa. Parece que solo fue establecida en favor del vendedor y en caso de inmuebles. (6)*. Nuestro código consagra esta defensa en el capítulo XIII del libro cuarto, título 23, art. 1946 y siguientes. Llama la atención el hecho de que la acción rescisoria en favor del vendedor se halla en los mismos términos que en los rescriptos del mencionado emperador; pero el art. 1948 permite al comprador "a su arbitrio" consentir en la rescisión o completar el justo precio con deducción de una décima parte; lo cual implica a todas luces una injusticia contra el vendedor. Resulta extraño que el art. 1949 correspondiente al 32 de la ley 57 de 1887 preceptúe que no hay lugar "a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de justicia", norma que en lo referente a la venta de bienes muebles resulta absoleta e inconsecuente ya que existen bienes muebles de gran valor sobre cuya venta puede ocurrir la lesión enorme. Como es sabido Andrés Bello en su proyecto de Código, incluía la lesión como vicio del consentimiento y la hacía extensiva a todos los contratos consuntivos.

5*. Rousseau, Jean J. El Contrato Social. Editorial-Bodout, Medellín, 1974, p. 15, Libro I, cap. 111.

6*. Petit, Eugène. Op. cit. p. 391.

El Derecho Romano consagraba también la acción redhibitoria en defensa del comprador cuando después de efectuar la compra advertía vicios ocultos; por esta acción, cuyos requisitos estaban claramente determinados, podía lograr la resolución de la venta; o podía también ejercer la acción estimatoria (aestimatoria o quanti minoris) mediante la cual podía conseguir una rebaja del precio. (7) (cfr. CCC artículo 1914 a 1928).

Estas normas, en el fondo, se las puede considerar como una protección no solo del contratante que actúa por error o ignorancia del valor real de lo que vende o compra o de la existencia de vicios que afectan la cosa o disminuyen su valor, sino del que consiente en el negocio jurídico bajo la presión de una grave necesidad cuando al mismo tiempo ocurren las circunstancias que legitiman la acción correspondiente.

Es posible que la legislación con el tiempo incorpore normas que admitan el estado de necesidad grave como vicio del consentimiento, tanto en derecho privado como también en derecho laboral. En este campo es de hecho que se puede entenderse que indirectamente está reconocida desde el momento en que el Estado ha fijado por ley el salario mínimo, pues, el trabajador puede exigir legalmente que el patrono le pague tal salario, al menos, el cual sin llegar a ser compensatorio del trabajo socialmente útil, sí protege al trabajador de una explotación extremada.

Pero volvamos al concepto de libertad. Rousseau nos dice que "Lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho limitado a todo lo que intenta y que puede alcanzar; lo que gana, es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, se ha de distinguir la libertad natural, que no reconoce límites que se halla limitada por la voluntad general civil, que se halla limitada por la voluntad general civil....." (8) y luego agrega que en el estado civil puede el hombre lograr "la libertad moral, que es la única que hace al hombre verdaderamente dueño de sí mismo; pues el impulso del solo apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha impuesto es libertad....."

7°. Ibid. p. 396.

8°. Rousseau, Jean J. op. cit. p. 26.

El estado natural tal como lo supone Rousseau nunca existió según los investigadores de las primitivas agrupaciones humanas. (Cfr. Lewis H. Morgan, F. Engels, por ejemplo). El hombre desde su origen estuvo siempre sometido a normas que eran compulsivamente obligatorias y generales para la tribu o para la gens. Lo que sí es cierto, es que la obediencia de las leyes justas de la sociedad es la verdadera libertad del hombre en el campo jurídico; y ley justa es la que concuerda con la moral común y beneficia directa o indirectamente a la sociedad. El hombre es un ser social y político; si pudiera vivir solitariamente sería el rey de sí mismo; pero no puede hacerlo porque no se basta así mismo, no es autosuficiente. Y la sociedad no puede existir sin normas que regulen la conducta de sus miembros. Este es un concepto evidente. El hombre, pues, no es libre para sí mismo, lo es para los demás.

De ahí que los juristas han sostenido que la ley entendida como norma impuesta compulsivamente por el Estado y general para todos los residentes en el país, es un ordenamiento que regula la vida de sociedad en los campos de comportamiento que el Estado ha fijado. La ley es una limitación de la voluntad de las personas porque demarca sus actos. Los ciudadanos pueden hacer todo lo que la ley les permite y deben abstenerse de hacer todo lo que les prohíbe. Dentro de estos límites y confines queda configurado el campo de la libertad civil. La capacidad de elección, decisión y de acción no puede desbordar estos confines. El rebasa concreto el poder civil de las personas. El rebasamiento implica la posibilidad de incurrir en la sanción prevista por el Estado. La ley no solo debe limitar la voluntad o poder de las personas, sino que tiene que encauzarla para que alcance los fines que la sociedad espera de la conducta positiva o negativa de las personas, según las normas vigentes.

Surge aquí la contradicción de que la ley acorde con la razón al limitar la libertad del individuo, la ordena y perfecciona para lograr un progreso hacia el fin de la convivencia, la paz y la armonía de la sociedad. La ley restringe la libertad, pero al mismo tiempo la garantiza. Pero para que la ley se convierta en el contrario dialéctico de la libertad no debe ser arbitraria fruto del capricho de los gobernantes porque entonces el campo de acción de ésta sería ampliado o restringido según la voluntad subjetiva del estrato gobernante de la sociedad; estaría no dentro de un equilibrio inestable resultado del proceso de la vida social, sino en un estado de permanente incertidumbre.

La libertad es un valor social que nace de la esencia inteligente y volitiva del hombre. Por lo tanto, la libertad jurídica normativa y procesal, como los derechos civiles y garantías sociales, no son una dádiva del poder político. No se trata de concesiones, sino de reconocimiento de unos derechos subjetivos o facultades que el orden racional implica. La ley debe declarar la existencia de esos derechos, protegerlos, dirigirlos sabiamente a la consecución de los fines superiores a que la sociedad aspira. Claro está que en el estado actual de la civilización, se entiende que los derechos subjetivos no existen sino por decisión del derecho objetivo o normativo del Estado. Los derechos subjetivos son una entelequia si el derecho positivo no los ha incorporado en normas claras y específicas; solo así tienen existencia jurídica; pero esta existencia jurídica no garantiza su existencia real, la cual depende de la efectiva voluntad que los gobernantes de turno tengan de respetarlos.

Los derechos subjetivos son pertenencia específica del individuo porque le corresponden por naturaleza como es el derecho a la vida. La ley positiva no hace otra cosa que declararlo y consagrarlo. Otros derechos son asignaciones no otorgadas por la naturaleza, sino por obra de la voluntad humana manifestada por la necesidad en las comunidades primitivas o por el sector de gobernantes en el Estado moderno, pero que los individuos toman como pertenencias por influencia de la cultura en la cual se inscriben su vida y acciones. Tal es, por ejemplo, la libertad contractual que permite a la persona natural o jurídica, dentro del marco trazado por las leyes, establecer relaciones jurídicas que generen obligaciones y derechos recíprocos con modificación de sus patrimonios. Con relación a este tipo de poderes o facultades, la ley no los reconoce, los crea. Cuando habla de reconocimiento lo que hace es fundamente en la costumbre y en las normas culturales de la sociedad a la que se dirige.

El derecho al trabajo como medio para la obtención de los recursos para la subsistencia no es un derecho otorgado por el Estado, sino que surge de la naturaleza del derecho de la vida y a su conservación; igualmente el derecho que tiene el individuo para cualquier forma de trabajo a que la sociedad le proporcione los medios de vida, no es un derecho que concedan las leyes, sino un derecho natural. La eliminación de las personas inservibles o aún de los deformes puede ser una ley positiva como la que estableció el legislador espartano o la que instituyó el nazismo, es decir, Adolfo Hitler.

El conjunto de derechos subjetivos tanto los que se fundan en la naturaleza como los otorgados por el Estado constituyen el campo de acción de la libertad individual. Se confunden con la libertad civil. Todos los Estados cualquiera que sea su modo de producción han reconocido unos derechos básicos al individuo ciudadano y han fijado algunos que provienen exclusivamente del grado de civilización de la sociedad. La historia de la Humanidad es un largo proceso de las vicisitudes de la expansión o de la reducción del campo de la libertad de los individuos.

La libertad en el campo jurídico es el poder de producir una conducta por acción u omisión, de defender ese conjunto de derechos o facultades, reconocidos y concedidos, a través de la jurisdicción cuando es atacado, y de cumplir los actos necesarios para su ejercicio o goce. La libertad contractual es una parte de esa libertad jurídica por la cual la voluntad humana individual a través del contrato bilateral o sinalagmático y también por el contrato unilateral o más bien el compromiso unilateral, se constituye en fuente de obligaciones que la ley tutela siempre que tales actos se haya sujetado plenamente a sus disposiciones.

El derecho de ejercer las acciones procesales para la defensa de los derechos atacados o desconocidos es de libre incumbencia del sujeto perjudicado; con relación a ciertos derechos el sujeto puede renunciar al empleo de los actos y medios procesales para obtener del Estado su tutela; en tanto que con relación a otros derechos el Estado exige que el sujeto ejerza su legítima defensa procesal porque tales derechos no son renunciables, por ejemplo, la mayor parte de las prestaciones sociales conforme lo establece el art. 340 del C.S. del T. Por esta razón el art. 94, ordinal 2, del C. de P. C. establece que el allanamiento a la demanda será ineficaz "cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes".

En este sentido se puede afirmar que la ley ordena y dirige la libertad para que sea rectamente empleada por el hombre. La carta y restringe para enderezarla; por tanto, para fortalecerla con el fin de que alcance el objetivo social que es una síntesis de las pretensiones individuales y de los objetivos de la sociedad a la cual pertenece.

Con base en estas consideraciones, vamos llegando a un concepto apropiado de la libertad individual dentro de la sociedad regida por el derecho positivo. El

autor Manuel Alonso García nos da una definición acertada cuando afirma: "El derecho no puede prescindir del consenso y por autonomía de la voluntad - ya en los de constitución minios de lo jurídico - hemos de entender la virtud que esfera de poder atribuida a la voluntad humana y en virtud de la cual quedan sometidas a su regulación determinadas esferas de actividad" (9)* y filósofos que separaron el derecho de la moral, como Foucault y Kant, no plantearon jamás una cosa que distinguiese, no plantearon.

El ciudadano tiene libertad para crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas aprobadas y tuteladas por la ley; su voluntad compromete la voluntad de otras personas dentro de la situación originada por la ley y con el alcance trazado por ésta. Es, pues, más o menos autónomo según la extensión de bienes de los que puede disponer. También se le reconocen unos determinados derechos civiles y unas garantías sociales que le pueden permitir disfrutar de un campo de amplitud variable de opciones y posibilidades entre las cuales puede elegir, decidir y actuar. Pero la libertad también implica una liberación de lo que estorba, de lo que limita innecesariamente y que, por tanto, impide el desarrollo de la personalidad. El fin del individuo es su autorrealización en el máximo grado posible a través del desenvolvimiento de todas sus capacidades intelectuales afectivas, imaginativas y artísticas.

No basta que el Estado reconozca los derechos humanos en normas claras y precisas, sino que no estorbe para que todos los individuos y la sociedad los alcancen y los disfruten amplia y liberalmente. Que el hombre se libre de la ignorancia, de las enfermedades y de los hábitos que lo degeneran, de las diversas fogatas de servidumbre; y para ello la sociedad le proporcione todos los medios requeridos. Es la libertad interior que es la base de todas las demás manifestaciones de libertad. Es la liberación de los estados de necesidad. Es el verdadero albedrío. Una sana orientación de la sociedad permitirá al hombre alcanzar grados sucesivos de este tipo de libertad. Claro que esto exige que el hombre haya adquirido en la sociedad significativas aproximaciones a la plena seguridad e igualdad. Esta libertad se expande y perfecciona mediante la aceptación del ordenamiento jurídico que encuadra dentro del plano de las aspiraciones del individuo a su íntegra realización.

9*. Alonso García, Manuel. La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo. Barcelona, Bosch, casa Editorial, 1956, pp 18 y 19.

Pero esta libertad interior no existe, si no existe un algo grado de moral en los individuos que componen la sociedad. El derecho no puede prescindir del concepto y de la influencia de la moral. Esta está constituida por el conjunto de normas de licitud y de virtud que son autónomas en los individuos y que toda vía no han sido incorporadas en el ámbito jurídico mediante normas respaldadas por la capacidad coercitiva del Estado. Los juristas y filósofos que separaron el derecho de la moral, como Thomasius y Kant, no pretendieron otra cosa que distinguirlos, no plantearon la supresión o prescindencia de la moral. Quizá fue Kelsen el que realmente intentó tal finalidad en forma radical cuando afirma que un estado despótico es una forma de derecho, y por consiguiente, no se puede afirmar que está gobernado exclusivamente por la voluntad arbitraria del tirano; o sea que es un Estado de derecho.

El CC colombiano acude frecuentemente a fundamentos de moral. El art. 32 prescribe que "con relación a la ley" se interpretarán los pasajes oscuros y contradictorios del modo que más conforme parezca el espíritu general de la legislación y a la equidad natural". El art. 764 dice que la posesión regular es "la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe....." El art. 1603 establece que "los contratos deben ejecutarse de buena fe....." El art. 2037 prescribe que "El colono o arrendatario rústico es obligado a gozar del fundo como buen padre de familia.....". Pero no solamente es el CC, que cuenta con más de cien años de vigencia en sus lineamientos generales, y los artículos mencionados pertenecen a esa tendencia, sino el C. del Comercio que rige desde 1971. En efecto, este código establece en el art. 871, cuyo texto es casi idéntico al mencionado 1603 del CC, que "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural". Además, retoma el concepto de equidad natural que incluye el art. 32 del CC, ya mencionado.

Es que la coercitividad como amenaza o como aplicación real no puede servir de único control de la conducta del hombre en sociedad. El derecho es en vez el único instrumento coactivo de regulación de la sociedad y tiene por objeto la conducta externa del hombre en el ámbito cubierto por las leyes; pero la experiencia demuestra que las sanciones por drásticas

que sean no son suficientes barreras para ordenar la -
 sociedad; por ejemplo, la pena de muerte ha dejado de
 significar un efectivo freno a la delincuencia y por -
 esta razón ha sido abolida en casi todos los países; -
 las condenas con largos periodos de privación de la li -
 bertad también tienden a atenuarse en las legislaciones
 de avanzada. La naturaleza del hombre no se ablanda f -
 acilmente por el temor al castigo físico; por esto, en -
 la actualidad los regimenes totalitarios están acudien -
 do al castigo psicológico para destruir el mal en su -
 fuente y origen: la mente del hombre; por esto están
 proliferando las clínicas psiquiátricas especiales pa -
 ra el tratamiento de los disidentes.

pero la libertad no es un valor abstracto, sino un
 valor real que brota de la situación política objetiva,
 de la realidad interpersonal, de las interacciones reci -
 procas constantes. Es un valor que está ahí, real y -
 presente en las relaciones sociales económicas y cultu -
 rales. La no libertad es también una realidad que es -
 inseguridad, carencia de los bienes indispensables pa -
 ra la vida; es ignorancia, enfermedad, desempleo, tra -
 bajo mal remunerado, sometimiento irracional al poder -
 y la explotación del poderoso económicamente y del pí -
 cado en general. No se la puede concebir solo desde el
 punto de vista formal como lo hizo la doctrina liberal
 creyendo que el hombre era libre porque así constaba en
 las leyes y declaraciones políticas; o porque se había
 establecido y garantizado la libre concurrencia y libe -
 tad de empresa. Esta es la libertad para los industria -
 les y comerciantes.

Como la libertad es un valor que se origina en la -
 razón y se hace realidad en la situación política obje -
 tiva, su definición y alcance evoluciona con el desa -
 rrollo social. La libertad jurídica que es un conjunto
 de poderes de hacer y de no hacer de que dispone el in -
 dividuo dentro del Estado, es la libertad positiva ord -
 nada y encauzada por la ley. Esta compuesta por dere -
 chos con respecto a los cuales, como ya se dijo, la ley
 no hace otra cosa que reconocerlos y declararlos porque
 existen en la naturaleza del hombre o son consecuencia
 de ésta como el derecho a la reproducción; y también de
 derechos creados por el Estado; de éstos, el que ha goza -
 do de mayor atracción, ha sido el de la propiedad pri -
 vada sin limitación; a él está ligada la libertad con -
 ductual. La evolución de los primeros se da solo en -
 cuanto la forma; la evolución de los segundos es profun -
 da y constante según cambian las circunstancias socia -
 les y económicas.

La evolución y alcance del derecho de propiedad ha sido enorme y reiterado produciéndose verdaderos ciclos que van de una dilatada amplitud a una significativa estrechez según el vaivén del desarrollo económico en las diversas épocas.

La libertad política comprende no solo el conjunto de garantías sociales tradicionales que los Estados han consagrado en sus constituciones, sino la participación activa del individuo en el desarrollo y marcha del Estado para alcanzar los fines de éste. Es la libertad de hacer para la sociedad en general de regu- lar los derechos de las gentes y sus relaciones con el fin de alcanzar la convivencia y el bienestar en la igualdad y la seguridad eficaces y colectivas.

La libertad, como dialécticamente corresponde a todo concepto, implica relaciones de libertad y relaciones de no libertad, obligatorias y orientadas no solo desde el punto de vista del derecho positivo, sino desde el filosófico, hacia un fin social.

La ideología imperante convierte con frecuencia un cierto aspecto de la libertad no solamente como la forma más importante de la libertad, sino como la libertad misma, como ocurrió con el derecho de propiedad bajo la ideología liberal clásica. Hay, pues, la libertad positiva que es la capacidad de elegir, planear, intentar y realizar entre varias opciones en diversos niveles de la actividad humana y posibilidad de gozar la satisfacción que el uso de tal capacidad supone, como también de gozar el aprecio y estímulo de los demás. Estos niveles son el cultural, el artístico y el económico. Y también hay una libertad de lo negativo o sea ausencia de coacción física y psicológica cuando se ha actuado dentro del marco de las leyes, ausencia de necesidades cuya satisfacción es racionalmente posible.

La libertad total es como dice Michele Abbate: "la libertad entendida como autorrealización humana y participación activa en el poder colectivo, en la administración de la vida asociada en todos los niveles". Y luego agrega: Ser libre no significa solamente no tener miedo, poder expresar la propia opinión sin temor de represalias, tener independencia de juicio; también significa encontrarse en condiciones de que la propia opinión pese realmente en los asuntos de interés común; se dialogue con las demás; sea requerida por la sociedad como contribución necesaria y no solo

como expresión de un derecho intangible; inñida en la realidad y no se reduzca a un lujo inútil, o aún, a una pantalla tras la cual siga funcionando el mecanismo de formación del poder y de las decisiones con sentido autocrático y centralizador. Libertad es plenitud de vida. No soy libre si, disponiendo de un cerebro que puede producir cien, se me deja vegetar en una función donde rindo diez...." (10)*

Por razón de la sociabilidad del hombre, las diversas formas de libertad de que solo gozaran unos pocos dentro del Estado no son parte de la libertad, sino verdaderos privilegios. La libertad contractual desde el plano del prepotente, no es parte de la libertad, sino una manifestación de la condición preferida. La historia de la humanidad no es sino la historia de las prerrogativas de un lado y las servidumbres del otro. Las clases inferiores son las clases excluidas de toda libertad o de algunas de sus formas, de modo particular, de las más apremiantes.

Buena parte de los expuestos es idealista, utópico y ucrónico; es el deber ser del derecho y del Estado y no su ser porque en la práctica, el uno y el otro no son sino los instrumentos que de una u otra manera han frenado la libertad de las clases sociales carentes de poder económico real y efectivo y, por tanto, carentes de poder político. El derecho y el Estado son instrumentos de control y dominio que manipulan las clases predominantes. Esta es una verdad incontestable e irrefutable. El estudio de la historia de las sociedades no convence sin mayor dificultad de que la historia de la humanidad no es sino la historia de las luchas de las clases sociales por el poder real y efectivo. (11)*

El derecho como deber ser es fuente de libertad y el Estado su garante. Dentro de esta tónica, del Verbo afirma que el derecho se presenta objetivamente como una serie de imperativos: "Aparece, pues, como una negación, por lo menos, como una limitación de la libertad individual. Pero si profundizamos, veremos que el derecho, aunque aparentemente niega la libertad, substancialmente la afirma y la constituye. En efecto,

10*. Abbate, Michele. Libertad y Sociedad de masas. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974, p. 134.

11*. Marx, K. y Engels, F. El Manifiesto Comunista.

antes del Derecho fuera del mismo no hay verdadera libertad, porque la simple posibilidad de obrar, a la cual se puede contraponer cualquier impedimento, no es libertad, sino arbitrio irregulado, y carece de todo valor. Las normas jurídicas que prohíben ciertos comportamientos tienen como efecto garantizar todos los que no excluyen /.../ La subordinación a las normas del Derecho objetivo es, pues, condición del derecho subjetivo: en cuanto la actividad de un sujeto está jurídicamente limitada, en tanto está protegida. En este sentido es rigurosamente verdadera la sentencia de Cicerón: "Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus". (12)*

De modo que el Derecho es para este autor el ordenamiento de la libertad de manera coercitiva. Edgar Bodenheimer sostiene que: "En su forma más desarrollada el Derecho significa la asignación a cada individuo de esferas de poder clara y terminantemente delimitadas dentro del orden social. Dentro de esa esfera el individuo es libre de actuar según su voluntad..." (13)*

La ley como debe ser es una norma racional orientada al bien común; y en definitiva, a afianzar la libertad del individuo, la mejor definición de lo que la ley debe ser es la de Santo Tomás de Aquino que los textos de introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho no dejan de incluir y comentar: "Una ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad". Y hablando de las leyes positivas este mismo autor dice que son justas o injustas: "Las leyes son justas: por razón del fin, es decir, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, esto es, cuando la ley establecida no excede la potestad del legislador; por razón de la forma, a saber, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad en orden al bien común..." (14)* y agrega que si no es una ley justa, ya no será ley, sino corrupción de la ley.

12*. Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho 9a. edición española. Barcelona, Bosch, 1974, p.391.

13*. Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho. Fondo de Cultura Económica. 6a. reimpresión, México, D.F., 1979, p.99.

14*. De Aquino, Tomás. Citado por Joaquín Zabala I. - El Derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica. Universidad de Santo Tomás, 2a. edición, Bogotá, 1979, p.15.

Claro que la realidad es diferente; hay que decir con Rousseau: "El hombre ha nacido libre, y en todas partes se halla entre cadenas, "debe recobrar su libertad," por el mismo derecho con que se la han quitado" (15)* Teniendo en cuenta la evolución normal de las - circunstancias, esta aserción sigue siendo verdadera. Las clases proletarias deben reivindicar las formas de libertad de las cuales han sido despojadas y - conquistar las que la ley no les ha otorgado o exigir el cumplimiento de las reconocidas, pero no cumplidas.

El deber ser del derecho y del Estado es un conjunto de anhelos o a lo sumo de buenas intenciones. - El ser del Derecho es una hosca realidad de servidumbres y represiones para las clases dominadas. Pero es un hecho también evidente de que a medida que avanza - la civilización el derecho se va socializando de manera lenta, es cierto, pero con seguridad y firmeza. Ahora la sociedad y de modo particular el pueblo, entendido como el conjunto de las clases proletarias, va alcanzando algunas formas de libertad jurídica que le estaban vedadas porque las normas o las desconocían o las restringían insensatamente. Este avance del Derecho - se debe a una multitud de factores; pero vale la pena mencionar las considerables influencias que ha ejercido la doctrina iusnaturalista, a la que algunos juristas miran con bastante desprecio en la actualidad.

Este factor, unido a otros, ha contribuido con innegable eficacia a la materialización de muchas ideas que fueron hace algún tiempo simples ilusiones. En esta doctrina la que hará realidad con el tiempo posible - mente corto o muy largo, tanto anhelos de justicia y de igualdad como los que contemplan las constituciones o leyes fundamentales en la parte consagrada a las garantías sociales que son ideales que los sectores dirigentes pretenden con variada voluntad según los sistemas políticos imperantes y según las circunstancias sociopolíticas en que viven las sociedades. Como el con - sagrado por el art. 20 de la Constitución Rusa y que se expresa así: "En consonancia con el ideal común - ta " el libre desenvolvimiento de todos", el Estado se propone el objetivo de ampliar las posibilidades reales para que los ciudadanos puedan aplicar sus energías creadoras, sus aptitudes y capacidades, para el desarrollo integral de la persona humana".

Este texto claramente expresa que se trata de un

Este texto claramente expresa que se trata de un ideal; es un ideal excelente porque implica la búsqueda de la plena libertad del individuo, la libertad como poder de elegir, decidir y actuar para sí y para la comunidad; y una libertad como ausencia de coacción por parte del poder de control y de represión del Estado y de cualquiera de los estados de necesidad. Obsérvese que el legislador soviético utiliza el término Estado como un organismo separado de la sociedad, que es la manera normal en que se emplea ese concepto en Occidente, "como un poder situado aparentemente, por encima de la sociedad" según la expresión que usa Lenin en su obra "El Estado y la Revolución" como crítica del Estado capitalista. Cuando el art. 2 de la misma Constitución indica que "En la URSS, todo el poder pertenece al pueblo..." Osea que la soberanía reside en el pueblo, como lo establece la Constitución Colombiana y, en general todas las constituciones de las naciones actuales, "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos" (art. 2). El Estado no es el gobierno, ni la clase dominante, ni el partido preponente; es la nación que organizada en un territorio determinado debe regirse por un ordenamiento jurídico, libremente aceptado.

El artículo 21 de la Constitución Rusa expresa el propósito de organizar científicamente el trabajo, de reducir, "y posteriormente eliminar del todo - el pesado trabajo manual, a base de la múltiple mecanización y automatización de los procesos de producción..". A simple vista parece imposible de alcanzar esta meta; pero lo que es imposible hoy, puede no serlo mañana - si la sociedad trabaja para realizarlo. Los partidarios de la consolidación del dominio de las clases poderosas siempre creyeron utópico todo cuando los pro-pulsores de las doctrinas sobre la justicia y la equidad planteaban como posibilidades o conveniencias para organización política más igualitaria. La reducción de la jornada de trabajo a ocho horas les pareció una quimera y un despropósito; pero este sueño se volvió realidad gracias a los sustentadores de las razones de justicia en que se fundamenta (propósito) práctica y gracias a las constantes y organizadas luchas de los trabajadores. La armoniosa conjugación de presión y jercida por la combatividad de las clases pobres en bienes y libertad, con el trabajo paciente y tenaz de los tratadistas y de los divulgadores de las ideas de justicia, ha logrado grandes avances en la legislación social y continuará logrando otros igualmente significativos.

En todas las constituciones encontramos anhelos semejantes. En la colombiana podríamos tomar, entre otros, el art. 16 que dispone que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia " y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares ".

El concepto de libertad ha evolucionado en las diversas etapas fundamentales de la historia; igualmente ha variado la libertad real entendida como el conjunto de relaciones interpersonales dentro del marco jurídico, social y moral delimitante. La evolución está en consonancia con el predominio de los dos extremos de fluctuación: el individualismo y el colectivismo. El conflicto entre individuo y sociedad es constante e in

En la actualidad estamos entre dos fenómenos claramente diseñados en la realidad: El individualismo en transición hacia formas menos extremas y hacia formas de socialismo y de estatización. El liberalismo económico ya no sostiene las leyes puras de la oferta y la demanda, de la libre producción y libre concurrencia; desde finales de la segunda guerra mundial habla de una economía planificada o sea de la libertad con relación a las fuerzas ciegas del mercado. O sea, que favorece la intervención del Estado en la dirección de la economía.

El segundo fenómeno es el socialismo marxista para el cual la libertad fundamental reside en la destrucción de la explotación capitalista y en la organización de un Estado centralista omnipotente. Sin embargo, ya empieza a resquebrajarse la concepción del Estado extremadamente centralista en que las decisiones en su totalidad se toman desde un pináculo, ante la experiencia no siempre positiva para la sustentación de la teoría; como el hecho de la burocracia la cual se embelesa con el poder, de modo que no quiere compartir ni siquiera mínimas proporciones del mismo en el campo de las decisiones y de la planeación, con las gentes que desarrollan la práctica.

Comprendió por lo que ocurría en Europa y en Estados Unidos, y por la escasa experiencia propia dirigida, que el liberalismo económico puro era en esta etapa, teórica y prácticamente insostenible. Solo que por

falta de claridad de los políticos, que con frecuencia han sido también insignes dirigentes del sector económico, el Estado se convirtió no en un Estado altamente intervencionista, director de la economía, sino en un Estado asistencialista, caritativo, en el sentido limitativo de esta palabra, incapaz de trabajar " en profundidad, a nivel de organización y estructura; trabaja en superficie haciendo regalitos. Reforma agraria, costos de vida, distribución de riqueza, creación de frentes de trabajo, aumento de la producción, equidad en la distribución de los bienes y servicios, son materias del Estado economista. Aquí eso no existe./.../ El asistencialismo delata la impotencia del Estado colombiano para resolver los problemas de fondo que agobian al pueblo de la nación. Se refugia en el asistencialismo, malo para quien lo practica, malo para quien lo recibe " (16)

De esta manera también se restringe la libertad, porque se mata la iniciativa del Estado. Esta situación de confusión mental produjo el texto del art. 32 de la Constitución nacional que es una mezcla indescifrable e incoherente de concepciones de muy disímil caso. Mientras no se delimite la libertad de empresa y la iniciativa privada, ningún Estado del mundo puede intervenir y menos si para ello deba depender de una ley que el legislativo nunca dictará porque sus miembros son los que disfrutan de tales libertades: de empresa y de mercado. Si siquiera los políticos gobernantes tienen la suficiente audacia para poner a funcionar a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de una esfera relativamente libre de los principios y técnicas del liberalismo económico para crear formas necesarias de libertad que requiere el pueblo. En la actualidad solo benefician a la burocracia que se ha apoderado de ellas y las ha conducido a una inestabilidad permanente.

El inaturalismo continúa siendo fuerte; prosigue insistiendo en la necesidad de fomentar el bien común a través de una socialización efectiva, pero salvando la libertad individual en las esferas en que no contradice el bienestar social. Pretende que el derecho sea el resultado de un querer colectivo y un instrumento de cooperación social; y el Estado, un medio eficaz de realización de la justicia y de la libertad. Una norma jurídica es justa en su contenido y en su práctica si logra eficientemente producir la conciliación real entre los propósitos del individuo, o sea de su libertad, y los de la comunidad que es la libertad de los otros.

16°. Mendoza Hoyos, Alberto. Colombia siglo XX: El Estado Asistencialista. El Espectador, Bogotá, Febrero 24, 1960, p.44.
1965, p.22.

Ante la situación del hombre en las sociedades colectivistas extremas, se renueva con mayor vigor el principio kantiano de que el hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio de la voluntad de otro o de la sociedad o del gobierno: "Obra de modo que en cada caso te valgas de la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de todo otro, como fin, nunca como medio...." (17)*.

Entre los representantes más notables del inenaturalismo moderno se pueden mencionar a Rudolf Steiner (1856-1938), Giorgio del Vecchio y Leon Luguit (1859-1928). Dentro del inenaturalismo católico sobresalen los papas; entre éstos cabe mencionar particularmente a Juan XXIII quien modernizó en varios aspectos a la Iglesia; en su Encíclica Mater et Magistra escribió: "Uno de los aspectos típicos que caracterizan nuestra época es la socialización, entendida como un progresivo multiplicar de las relaciones convivencia, con diversas formas de vida y de actividades asociada, y como institucionalización jurídica. Entre los múltiples factores históricos que han contribuido a la existencia de este hecho se han de contar los progresos científico-técnicos, una mayor eficiencia productiva, y un nivel de vida más alto en los ciudadanos" (18)*. La destrucción violenta del Nazismo y del Fascismo, que fueron formas agresivas y arbitrarias de poder, y el fortalecimiento del socialismo marxista unidos a un mayor desarrollo de la economía mediante una explotación más productiva de los recursos naturales al disponer de una tecnología sobrepasada produjeron una fuerte tendencia a socializar la legislación y a pretender la seguridad social en todos los países. Pero al mismo tiempo de manera paradójica, se han fortalecido los trusts industriales, comerciales y financieros los cuales han llegado a constituir a nivel nacional e internacional vigorosas estructuras de poder que entran la socialización jurídica.

Dentro del socialismo marxista de tiempo atrás han surgido movimientos bastante fuertes que reclaman libertad. El caso actual de Polonia es muy dicente. El Sindicato Solidaridad que se constituyó en contra de las leyes vigentes, llegó a exigir elecciones municipales parciales en 1982, en el sentido de que no se tuviera que votar por lo por los candidatos respaldados, o mejor impuestos por

17*. Kant, Immanuel. Cimentación para la Metafísica de las Costumbres. Editorial Aguilar, 3a. Edición, Madrid, 1968, p.125.

18*. Juan XXIII. Carta Encíclica: Mater et Magistra. Ediciones Paulinas, 6a. edición, Bogotá, 1965, p.22.

el partido comunista polaco, sino también pro candidatos del movimiento obrero. Algunos miembros desahogados llegaron a proponer el establecimiento de un gobierno provisional dirigido por obreros. Respecto a la propiedad privada exigieron que se permitiera una mayor porción de bienes para los campesinos y los artesanos a fin de estimular la producción introduciendo formas de competencia que acicateen la iniciativa personal; contra la excesiva centralización del gobierno y contra la burocracia ociosa, privilegiada, inamovible e imponente - pedía la autogestión con real participación en la dirección de las empresas y en las decisiones del gobierno; el reconocimiento y garantía de sindicatos libres, intervención en el manejo de los medios masivos de comunicación, etc. O sea que los trabajadores polacos ya no consideran como miembros del proletariado a los funcionarios que dirigen distintos niveles del gobierno - porque se ha convertido en clase dominante que impide el normal desenvolvimiento del socialismo.

Es decir, que reclaman otras formas de libertad. No bastan el aseguramiento más o menos bueno que ha cumplido el partido comunista en cuanto a vivienda, alimentación, trabajo, servicios de salud, educación y esparcimiento; necesita el hombre de los estados socialistas - la libertad de opinión que le permita disentir de las teorías y prácticas fijadas por el partido y sus burocracia; libertad de información que le permita conocer las diversas facetas de la verdad y lo que piensan y lo que hacen en el mundo capitalista porque la información unilateral distorsiona la realidad consciente o inconscientemente; que se eliminen las trabas y poderosas interferencias sobre los medios de comunicación del mundo capitalista y su seguimiento por los medios de recepción deje de ser un delito.

No bastan el acondicionamiento o adaptabilidad al sistema político, la aceptación silenciosa de las órdenes y pautas de conducta, en una palabra, el conformismo; se requiere un efectivo reconocimiento de la dignidad personal y su respeto sincero, como también de la capacidad de cada individuo. La masificación con olvido del individuo es una forma de esclavitud también porque se cercenan las formas de la libertad interior - que exigen que la persona sea considerada importante en la sociedad. El hombre exige que sean valorados su capacidad y aporte. La legalidad socialista formal no es suficiente. El partido dominante reemplaza tarde o temprano al amo de los viejos tiempos feudales o capitalistas en una variante más avanzada.

Es la quinta vez que el pueblo trabajador de Polonia en forma bastante masiva, se revela. Alemania, Hungría y Checoslovaquia, o sea los países socialistas más avanzados de la órbita de influencia rusa, también se ha levantado exigiendo mayor libertad en sus formas de liberación interior, sobre todo el derecho de disentir que es un poderoso instrumento de evolución social y que la dictadura burocrática del sistema socialista-marxista en su etapa actual de desarrollo no entiende o no quiere entender porque considera un gran peligro para su actitud dogmática en todas las esferas.

Michele Abbate afirma a este respecto: "La historia pasada y presente indica que no puede haber liberación efectiva del individuo sin un esfuerzo colectivizado; pero también indica que cuando el colectivismo se transforma de medio en fin, en modo de ser del hombre, se hace especialmente urgente encontrar la manera de impedir que la gigantesca criatura devore a su minúsculo creador, el individuo con sus nervios, sus sueños, su necesidad de vida social, pero también de soledad, su capacidad inventiva, su derecho a ser feliz, a decir lo que cree cierto y también a equivocarse, sin tener que pagar tributos desproporcionados al daño eventualmente causado". (19)* Este que es el alcance lógico de la libertad en algunas de sus formas, pareciera a los dirigentes comunistas criterios reaccionarios y asiente de la anarquía.

El problema es que el poder político tiene la fuerza y siempre dispone de ella a su antojo; es la fuerza; sin ella no puede existir. Y cuando el poder se halla en peligro ataca y destruye si no encuentra resistencia de igual vigor, dinámica y organización. Y dentro del derecho el uso de la fuerza por el poder es jurídico siempre: El Estado de sitio cuya norma aplica en toda circunstancia en que los subordinados de cualquier tendencia pretenden adueñarse del poder y de la fuerza. Entre nosotros esa medida jurídica es de aplicación sucesiva y permanente desde que exista un pretexto; este pretexto ha existido por más de treinta años y probablemente seguirá existiendo en las mentes de los gobernantes por muchos años más. En ninguna parte y en ningún tiempo los detentadores del poder han aprendido lo que Lech Wałęsa, líder del sindicato polaco ilegal de Solidarnosc, quería que aprendieran, como lo expresaba pocos meses antes de ser avasallado el sindicato: "La

19*. Abbate, Michele. Op. cit. p.102.

liebre hambrienta no tiene fronteras y no sigue ideolo-
gías. La liebre hambrienta va a donde encuentra comida,
y las otras liebres no le cierran el camino con tanques.
Ellos (los gobernantes) deberían aprender de las liebres"
(20)*. Los tanques segaron los retrocesos de ciertas for-
mas de libertad en Polonia, como lo habían hecho en Che-
coslovaquia, Hungría y Alemania Oriental. Y aquí en
Colombia como en todos los países, las protestas son
siempre ilegales y, por tanto, han que aplastarlas por
la fuerza; y la rebelión es un delito que los gobiernos
deben afrontar para salvar las instituciones y la demo-
cracia de la clase que tiene poder real y que, en conse-
cuencia, posee y disfruta de amplias formas de libertad.

El poder es la fuerza; el derecho es la civilización
o al menos, representa formas de civilización y de domi-
nio de la razón. Entre ellos el conflicto es permanen-
te; nunca existe una etapa de conciliación altamente a-
lentadora; pero cuando el conflicto sea agudiza en exeg-
so, el derecho sale perdiendo porque en ciertas manifes-
taciones de la razón y el poder es la fuerza en cualquier
sistema de producción, capitalista o socialista. Solo
la lucha organizada de los débiles de todas las catego-
rías y el trabajo ideológico de los insumatistas de-
diversas corrientes puede lograr el fortalecimiento de
las posiciones precarias del Derecho.

Hoy nos hallamos, pues, en situación parecida a la
plantada por el proletariado en la Asamblea Francesa
de 1789: Tenemos que luchar para conquistar los dere-
chos que se expresaron así: "Los hombres nacen y permane-
cen libres e iguales en derechos. Las distinciones
sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.
La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe
a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos natu-
rales del hombre no tenga más límites que los que asegu-
ren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos
mismos derechos.... La libre comunicación de los pensa-
mientos y de las opiniones es uno de los derechos más
preciosos del hombre..." y el pueblo debe estar alerta
contra el surgimiento de un poder que pervierta estos
derechos y los haga imposibles nuevamente. La lucha por
la conquista de las formas de la libertad es perpetua
porque perpetuo es el conflicto entre el poder y el dere-
cho.

20*. Valenzuela, Lech. Entrevistado por Oriana Fallocci. -
Traducción del San Francisco Chronicle por
Clara Zawadzki, El País, Cali, Domingo 21
de Junio de 1961, p.16.

II. EVOLUCION DE LA LIBERTAD JURIDICA EN EL ESTADO ROMANO.

Para algunos tratadistas el derecho es la realización de la justicia y el ordenamiento de la libertad. Llegan a esta clase de afirmaciones contundentes y peligrosas porque se alborozan en exceso ante las muestras que contiene el derecho de tales fines, muestras que son pequeñas ante el cúmulo de normas netamente injustas y arbitrarias. Sus mentes incapaces de distinguir con claridad, se dejan ilusionar y engañar por los hermosos destellos de limitados elementos jurídicos que pretenden la justicia en la trama de un cuerpo de normas orientado sin ambigüedades a la explotación más o menos tenaz y franca de la parte débil de la sociedad. Luis Legaz y Lacambra asevera que el Derecho es la:

"realización de la justicia en la vida social. Su contenido se traduce formalmente en una delimitación de las esferas correlativas de licitud y deber, conjugando las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual" (21)

Con frecuencia esta clase de conceptos provienen de los defensores del sistema político imperante. En ellos es natural la deformación de la realidad porque su función primordial es la apologética del sistema vigente. Giorgio del Vecchio que en varias obras se ubica en una posición clara dentro de la escuela iusnaturalista de orientación Kantiana, incurre en ilusiones sobre el ser del Estado por un proceso de obnubilación causado por la ideología reinante:

"El Estado es /.../ la síntesis de la voluntad y de los derechos individuales, es el momento ideal de convergencia de estos derechos en una suprema expresión de poder" (22)

El Estado no es esa síntesis ni ese momento de convergencia; debería ser, pero no es.

21*. Legaz y Lacambra, Luis. Filosofía del Derecho. - Citado por Manuel Alonso García en "La autonomía de la Voluntad en el Contrato de Trabajo". Barcelona, Bosch, 1958, p. 19
22*. DEL VECCHIO, Giorgio. op. cit. p. 432.

Las discusiones sobre el ser del Estado y del Derecho y de su deber ser datan del tiempo mismo de la aparición y constitución del Estado y promulgación del Derecho. Los filósofos griegos plantearon tales cuestiones estableciendo claramente sus posiciones. Los que traen en forma más sistemática sus ideas al respecto son Platón y Aristóteles. El primero en la República y en las leyes; el segundo en la Ética y en la Política. Platón expuso la necesidad de constituir un Estado más justo, movido en gran parte por la situación caída de su Polis, Atenas, después del desastre de la guerra del Peloponeso de la que, tras 27 años de lucha, salió triunfadora Esparta; después de la guerra civil simultánea en la que triunfó el partido popular dirigido por Alcibiades; las tremendas exacciones a que Esparta sometió a Atenas, el gobierno de los treinta tiranos impuesto por el vencedor, el restablecimiento de la democracia por Trasíbulo, quien, envanecido con el poder, se transformó en un terrible déspota y cometió infinidad de iniquidades, entre ellas el haber consentido la condena injusta de Sócrates.

En el diálogo que configura en la República entre Sócrates y Trasímaco, éste afirma: "Digo que la justicia no es otra cosa, sino aquello que es ventajoso para el más fuerte. /.../ No sabes que los Estados, o son monárquicos, o aristocráticos, o populares? /.../ No es el más fuerte aquel que gobierna en cada Estado? /.../ No hace cada cual de ellos leyes en provecho suyo: el pueblo leyes populares; el monarca, leyes monárquicas, y parejamente los demás? Y, una vez hechas esas leyes, no declaran sus autores que la justicia, para los gobernados, consiste en observar esas mismas leyes? No castigan a aquel que las transgrede, como culpable de una acción injusta? Así tienes cuál es mi pensamiento. En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquel que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte. De lo cual se sigue para todo hombre que sepa razonar, que, dondequiera que sea, la justicia y lo que aprovecha al más fuerte son una y la misma cosa" (23)*.

Trasímaco nos presenta el ser del Estado y de la legislación. Platón a través de las intervenciones de Sócrates nos suministra el deber ser. El primero se fundamenta en la experiencia, especialmente la práctica política de la mayoría de las Polis griegas que le ha enseñado que el Derecho y el Estado son instrumentos de

23*. Platón, La República, o de lo justo. Libros primero y cuarto. Editorial Bedout, S.A., Medellín, 1977, pp. 29 y 113.

contraria a la virtud; ni tampoco deben ser labradores /.../ ya que para el desarrollo de la virtud y para la actividad política es necesario el ocio", y para ello "deben necesariamente poseer recursos abundantes....." "Los agricultores y artesanos, los esclavos y los metecos son las clases al servicio, en mayor o menor grado, de la aristocracia. El ocio es la máxima liberación, pues, el hombre no tiene que preocuparse por trabajar, ya que dispone de abundancia de bienes; dedica su tiempo a la reflexión, a la filosofía, a la conversación y la discusión provechosas, y al cultivo de las facultades artísticas.

Aristóteles creía en la existencia de una ley natural que nos guía a la equidad y estaba convencido que "la revolución /.../ tiene dondequiera por causa la desigualdad, /.../ quienes se sublevan lo hacen buscando la igualdad" (25)*; conocía sobradamente las causas y consecuencias de las permanentes luchas de la plebe contra los nobles, particularmente la que precedió al ascenso de Solón.

Fueron los estoicos los que mejor expusieron la existencia de un derecho natural que se basa en la razón de todo hombre y, por tanto, es universalmente válido y obligatorio para todas las sociedades del mundo. Afirman que el fundamento último de tal derecho se halla en el hecho de que todos los hombres cualquiera que fuera su raza o nacionalidad participaban de la razón divina. Proponían la constitución de un Estado universal en el que todos los hombres podrían vivir en plena armonía y felicidad bajo la dirección de la razón divina; en dicho Estado el hombre podría ser realmente libre. Sostenía que tal estado de convivencia había existido en una etapa primitiva y que fue destruido por el egoísmo y la ambición de bienes materiales y de poder. Como ese estado ya no podía ser restablecido en su integridad por el predominio incontrolado de las pasiones humanas, "El Derecho natural relativo debía tender a fomentar, con sus disposiciones positivas, la libertad e igualdad de todos los hombres....." (26)*.

Desde este momento de la historia de la cultura y de la política, el pensamiento iusnaturalista empieza a ejercer enorme influencia sobre el desarrollo del

25*. Aristóteles. Op. Cit. Libro Quinto. p. 169

26*. Rodenhaimer, Edgar. Op. Cit. p. 131.

recho y del Estado originando importantes procesos de socialización del Derecho y restricción del poder omnímodo de los monarcas. Habrá también épocas de reacción en que se refuerza el poder político y se restringe el derecho y, por ende, la libertad de los individuos.

Voy a considerar la evolución del concepto de libertad jurídica o de la socialización del derecho a través de dos grandes épocas que considero claves para seguir este interesante y significativo proceso: En el Estado Romano y en el ámbito constituido por el triunfo de la burguesía a partir de la Revolución Inglesa, llamada Gloriosa, de 1688 y la Revolución Francesa de 1789.

La etapa histórica del Estado Romano es quizá la más interesante para comprender los ciclos evolutivos del derecho y del poder; son ciclos que se presentan en forma reiterativa: al período de desmedida restricción le sigue un período de considerable expansión de la libertad, para retornar posteriormente a la fase de consuetudinario. El desenvolvimiento de la libertad política casi siempre se manifiesta en relación inversamente proporcional al desenvolvimiento de la libertad contractual. El caso romano es el modelo que periódicamente se ha cumplido en muchas naciones, apenas con las variantes lógicas originadas por las situaciones y las circunstancias específicas de cada país. En el Estado Romano la libertad contractual fue en aumento constante por razón del acrecentamiento de la propiedad privada rural y urbana y por la intensificación del comercio interior y exterior en las ciudades, por ejemplo, se extendieron de manera considerable por la acumulación de la población; esto incrementó el negocio de la vivienda y de los bienes relacionados. En tanto que las libertades políticas y cívicas que se habían acrecentado a finales de la monarquía y durante toda la República, decrecieron gradualmente desde el inicio del Imperio hasta casi desaparecer en sus formas más comunes durante el gobierno en extremo despótico de la mayoría de los emperadores.

A. Durante la Monarquía

El derecho quiritario es el derecho de los ciudadanos romanos. Quirite era la denominación del antiguo ciudadano romano. Según la teoría más aceptada, surgió de la unión de tres pueblos: los latinos, los sabinos y los etruscos constituidos en tres tribus bajo la dirección de un rey. Cada tribu se dividía en diez curias y cada una de éstas estaba compuesta por un número más o menos de gens. Esta comprendía un número más o me-

nos grande de personas vinculadas por parentesco por línea paterna. Cada gens estaba gobernada por el jefe de familia que era siempre el mayor al cual se sometían los jefes de las familias nuevas. El conjunto de estos paterfamilias formaron la clase denominada patricios; eran la nobleza de la sociedad, los que gobernaban el Estado, y, por tanto, disfrutaban de todos los derechos propios del ciudadano. Es decir que gozaban de modo pleno de las formas de libertad que un Estado puede reconocer y otorgar: disposición de bienes materiales abundantes, amplias posibilidades para alcanzar un armonioso desarrollo de las capacidades intelectuales, afectivas y artísticas, y facultad para intervenir en grado apreciable en la administración del Estado.

Cada familia tenía como auxiliares un grupo de personas llamadas clientes. Se hallaban bajo la protección del paterfamilias. Las relaciones entre la gens y la clientela creaba derechos y deberes recíprocos. El paterfamilias les debía protección y asistencia; el cliente le debía respeto, servicios y lealtad en todo momento y circunstancias. La ley establecía claramente estas obligaciones y derechos.

Parece que en los primeros tiempos después de la fundación de Roma, la población estaba constituida solamente por patricios y clientes. Más tarde surgió una nueva clase denominada plebeyos (plebs- plebis). Se sostiene que se formó por los clientes que se independizaron al extinguirse la gens bajo cuya protección se habían colocado; por libertos y sus descendientes y por los extranjeros provenientes de los pueblos conquistados y que no habían sido convertidos en esclavos. La clientela se había formado también de extranjeros, de libertos y sus descendientes.

En un principio el patriciado adoptó la monarquía como forma de gobierno; pero no se trató de una monarquía absoluta, sino de una monarquía regida por leyes. La soberanía no residía en el rey, sino en el patriciado; el monarca era simplemente el jefe, el administrador supremo, comandante del ejército en tiempo de guerra, magistrado judicial en lo civil y en lo penal, y también el pontífice religioso encargado de vigilar el cumplimiento de los ritos y ceremonias del culto divino. Era elegido en forma vitalicia por los comicios de las curias. Estaba asesorado por un senado al cual debía consultar en todo lo relacionado con el manejo del Estado. El senado estaba compuesto por los señores o personas-

mayores. El poder legislativo era desempeñado por los comitia curiata. Cada miembro de las curias votaba, pero el conteo de votos se hacía por curias; por tanto, la mayoría era definida por la mayoría de las curias que se expresaban en un sentido determinado. Pero las decisiones de los comicios debían ser aprobadas por el senado que era la auctoritas patrum.

Esta organización que fue ideal en un principio se fue desestabilizando paulatinamente debido a las exigencias de los plebeyos cuyo número creció desmesuradamente por razón de las conquistas territoriales que los reyes condujeron. Los patricios a pesar de sus privilegios por tener el dominio del Estado se hallaban desconfortados porque eran ellos quienes pagaban los impuestos y prestaban el servicio militar, situación que resultaba demasiado gravosa; era necesario introducir reformas más o menos drásticas. Algunas fueron propiciadas por el patriciado; otras fueron admitidas de mala gana. Se necesitaba incorporar a la plebe el ejército porque las nuevas conquistas proyectadas y la conservación de las realizadas hacía imperioso aumentar considerablemente el ejército. La manera de lograrlo fue muy astuta de parte del patriciado; primeramente bajo Tarquino se con vino en aceptar un número de familias plebeyas en las gens patricias; y luego bajo el reinado de Servio Tulio la división de la población con base en la fortuna; con lo cual prácticamente se sometía a procesos de extinción a la gens, o sea a la organización patricia primitiva. El parentesco de sangre como fundamento del sistema político, perdía validez ante las nuevas circunstancias sociales; pero este cambio no afectaba la realidad del poder; además, se daba un paso importante hacia la propiedad individual.

Para llevar a cabo estas reformas, Servio Tulio estableció cuatro tribus urbanas y múltiples tribus rústicas; luego, siguiendo el plan de Solón, ordenó conformar el censo en el que todo jefe de familia debía inscribirse bajo juramento e inscribir a su mujer e hijos y determinar el valor de sus bienes, incluyendo sus esclavos. Fijó como castigo la esclavitud y la confiscación de los bienes para el que no cumpliera con el censo. Dividió la población en cinco clases según la fortuna; cada clase fue dividida en centurias. De esta manera los plebeyos concurren con los patricios no solamente a prestar servicio militar, y al pago de impuestos, sino a la formación de las leyes a través de los comicios por centurias. Las gentes muy pobres, con menos de 1.500 ases, no pagaban impuesto. Eran los proletarios, los que solo dan prole al Estado (prolem dare, prolem dant res).

El voto mayoritario se determinaba por mayoría de centurias; igualmente que en el caso de los comitia curiata, las resoluciones se convertían en leyes solo mediante la sanción del senado, el cual estaba constituido, si no totalmente por patricios, éstos eran mayoría; de esta manera podía el patriciado proteger sus derechos o privilegios. Pero como siempre ocurre cuando los sistemas políticos se ven forzados a introducir reformas que desestabilizan la organización fundamental; Servio Tulio y sus sucesores conservaron los comicios por curias; de esta manera el monarca y el patriciado lograron controlar a la plebe la cual habiendo obtenido la libertad de intervenir en la administración del Estado, se aplacó un tiempo que aprovecharon muy bien los patricios para recuperar el terreno cedido y reforzarse para continuar la lucha sin cuarte con su enemigo.

El patriciado había cedido aparentemente, pero había logrado aumentar el reclutamiento y conformar las soberbias legiones romanas que ensanchaban de modo considerable el territorio del Estado, lo cual otorgaba al patriciado y a los comerciantes inmensas riquezas; la monarquía incrementaba la recaudación. Desapareció la aristocracia proveniente de la raza y se conformó poco a poco la aristocracia fundada en la fortuna. La soberanía real y efectiva se trasladó a los ricos; ellos mandarían y dominarán el Estado. Los patricios ricos y los plebeyos ricos pasaban a conformar una clase poderosa que sustituía al patriciado. Estos además de poseer la mayor parte de los bienes, conocían la ley en todos sus secretos, adquirían buena cultura y de elección de los reyes y de sus auxiliares en la administración de justicia; controlaban al ejército, porque eran ellos sus jefes principales; pero entre los ricos, los patricios ricos dominaban; éstos, en verdad, no habían perdido nada con las reformas; por el contrario, habían ganado mucho.

Pero la lucha por el poder y por las demás libertades se reinició tan pronto la plebe tomó conciencia del engaño urdido por el patriciado. El antagonismo era irreconciliable; la plebe pretendía la igualdad civil plena y el aniquilamiento de los privilegios no ya solamente de los patricios, sino de sus congéneres los plebeyos ricos; paradójicamente, como siempre ha ocurrido en la historia, las reformas habían producido el acrecentamiento de los proletarios, con la tremenda desventaja de haber sido obligada la plebe a prestar servicio militar y a pagar impuestos, cargas de las cuales había estado libre anteriormente. Bien lo expresa

Eugène Petit cuando afirma que las reclamaciones de la plebe, siempre creciente, pusieron en serio peligro la estabilidad del gobierno de modo que "...la historia exterior de la ciudad se resume en la lucha de patricios y plebeyos, quienes se esfuerzan en conseguir la igualdad en el orden público como en el orden privado" (27)*

B. Durante la República.

Tarquino el Soberbio continuó las conquistas, pero envanecido por el poder, se volvió despótico en grado alarmante; fue depuesto y se estableció la República o el Consulado. El gobierno fué desempeñado por dos magistrados patricios que se denominaron cónsules. Eran elegidos por un año. La autoridad religiosa fue atribuida a un pontífice. Durante esta época los plebeyos pobres cayeron en una ruinoso miseria debida principalmente a las deudas que debieron contraer los patricios y con los plebeyos ricos para la consecución de armas y el sostenimiento de sus familias durante las guerras. Los ricos los oprimieron tiránicamente llegando, en uso de las leyes civiles, a convertir a los insolventes en sus esclavos después de confiscarles sus bienes; otros preferían venderlos como esclavos. Una de las obligaciones que los plebeyos adquirieron al dividirse la población según censo, fue la de equiparse y armarse a costa suya para prestar el servicio militar y concurrir a las guerras de conquista.

La plebe, entonces, para librarse de los usureros, abandonó la ciudad y armados se retiraron al Monte Aventino con el propósito de fundar una nueva ciudad. El Senado debió acudir a pedirles que regresaran a Roma. Los plebeyos regresaron después de celebrar un pacto con el Senado según el cual debía otorgarse libremente a los deudores insolventes, disminuirse el interés de los préstamos, y crear dos magistrados como defensores suyos que se denominaron tribunos de la plebe, con derecho a veto dentro de Roma a las resoluciones de los cónsules y del Senado. Mas tarde fueron diez; eran inolables en sus personas y cumplían las funciones de defensores de las personas y bienes de los plebeyos. También tenían dos asistentes de policía urbana que se llamaban ediles. Pero además, lograron el derecho a reunirse en asambleas, las concilia plebis, en donde tomaban resoluciones llamadas plebiscitos que en un principio solo tenían fuerza de norma entre ellos.

Como la mayor parte de las normas de derecho privado se fundaban en las costumbres y esto daba pie para que los cónsules patricios continuaran cometiendo, en su provecho, los abusos que los reyes habían cometido, los plebeyos asesorados por sus tribunos exigieron la redacción de normas claras y precisas. De nada sirvió la oposición de los patricios. Hacia el año 304 a. de C., los diez patricios escogidos, decenviros, publicaron diez tablas a las cuales pronto agregaron dos más; en estas doce tablas se contenía un conjunto bastante armónico de normas de derecho privado y público, sin necesidad de la creación por parte del senado. Impugnaron la función legislativa de

A pesar de los avances obtenidos por los plebeyos en la conquista de mayor libertad política y civil, no habían logrado superar la barrera que les impedía contraer matrimonio con patricios. Este derecho lo obtuvieron, sin embargo, mediante la ley canuleya, llamada así porque se debió en buena parte al empeño decidido del tribuno Canuleyo. Más tarde conquistaron el derecho al consulado. La razón para que los patricios cedieran esta magistratura fue la necesidad que tenían de los dos cónsules patricios de dirigir el ejército con reportaba riquezas y prebendas. Esta situación había llevado a los cónsules a obtener que los comicios cen- turados y el senado produjeran una descentralización administrativa mediante el nombramiento de magistrados especiales para el cumplimiento de funciones que los cónsules ya no podían cumplir previamente, la plebe adquirió el derecho a otras magistraturas como la de cuez- ter o recaudador; y luego, la de censor encargado de llevar el censo y de atender a la conservación de las buenas costumbres públicas y privadas; la de pretor o administrador de justicia y también la de la dictadura que era una institución con vigencia en los casos de peligro inminente para el Estado. Los cónsules elegían a un jefe que recibía el título de dictador quien quedaba investido de poderes absolutos sobre las personas y bienes, pero exclusivamente por el lapso de seis meses improrrogables; cumplido este tiempo los cónsules recuperaban su magistratura y poder.

Más tarde obtuvo el derecho a formar parte del Senado en el cual llegaron poco a poco a tener la mayoría. Claro está que eran los plebeyos ricos y que habían adquirido notable prestigio militar los que obtenían estos cargos. Por desgracia, estos plebeyos opulentos siempre actuaban con la misma codicia que caracterizaba a los patricios, y aún mayor; de este modo la plebe baja no lograba ventajas reales en su empeño por con-

seguir igualdad política y civil; los plebeyos ricos, -cuyas desafortunadas pretenciones políticas patrocinaban- los pobres ilusos, eran los que obtenían la totalidad de los frutos conseguidos con árduas luchas conjuntas.

En el año 468 del calendario romano, los plebeyos lograron el triunfo estruendoso: los plebiscitos, o sea las resoluciones adoptadas en las asambleas populares (concilia plebis) se convirtieron en verdaderas leyes (obligatorias para todos los habitantes del Estado, sin necesidad de la sanción por parte del senado. Eugène-Petit destaca magníficamente la función legislativa de los comicios populares, concilia plebis, cuando afirma:

" Los magistrados que presiden los comicios por centurias o por tribus, cónsules o pretores, a-penas si hacen votar más que las leyes relativas al derecho público. En cuanto al derecho privado, la actividad legislativa se manifiesta en los concilia plebis, presidido por los tribunos, y el interés durante este período se concentra sobre los plebiscitos " (26)*

B. Durante el Imperio.

Al culminar las conquistas en occidente: Las Galias y la Península Ibérica; por el oriente: Grecia, Macedonia, el Asia Menor; por el sur: Egipto y el norte hasta el Danubio y buena parte de Germania, el patriado y los plebeyos comerciantes se enriquecieron exorbitadamente en tierras, dinero, oro y alhajas, y desde luego, en esclavos. Gracias al trabajo de éstos incrementaron la agricultura, especialmente de cereales y de viñedos. Muchos plebeyos fueron despojados de sus tierras al no poder pagar las deudas y los crecientes intereses usurarios. Las luchas de clase se intensificaron.

El imperialismo romano trajo como consecuencia una profunda alteración de sus instituciones jurídicas y políticas que dieron al traste con la República y produjeron una descomunal concentración de riqueza en manos de las altas esferas del patriado y de los plebeyos ri-

cos que habían medrado no solamente con el cuantioso botín de las guerras, sino gracias a ciertos cargos políticos que desempeñaron y, sobre todo, gracias a su muy lucrativa actividad comercial ejercida con criterio imperialista, y al contrabando. Respecto a esto escribe José Luis Romero en el estudio preliminar a su traducción de las Vidas de los Doce Césares de Suetonio: "Las circunstancias favorecieron el rápido florecimiento de las actividades económicas y muy pronto se advirtió, como consecuencia, una dislocación de la tradicional ordenación social debido a la aparición de grandes fortunas que contrastaban con la creciente pauperización de las grandes masas. Ya en el siglo II a. de J. C. hizo su aparición el latifundio explotado por brazos serviles y comenzó a decaer, poco a poco la pequeña propiedad y el número de los colonos libres que trabajaban..." (29)

Se recrudeció la lucha por parte de los plebeyos endeudados, despojados de sus tierras, convertidos en verdaderos esclavos de sus acreedores. El tribuno de la plebe, Tiberio Graco, los acaudilló; en su empeño por hacer justicia, propuso el restablecimiento de una antigua ley agraria, por la cual nadie podía poseer más de 500 yugadas de tierra con el fin de repartir el resto entre los colonos pobres y entre los libertos. La ley antigua prescribía una limitación en cuanto a la extensión que no debía sobrepasar de siete fanegas por persona de las tierras cultivadas, conquistadas por el Estado. En un principio se distribuyeron gratuitamente a los pobres. Durante la República y el Imperio la tierra fue vendida por los cuestores; salvo el caso de los veteranos de la guerra y los ciudadanos enviados a fundar alguna colonia, a quienes el Estado les cedía parcelas proporcionadas.

Respecto a las tierras incultas, el Estado permitía que los ciudadanos poseyeran cualquier extensión a condición de que las cultivaran y pagaran al fisco un censo o impuesto. Esta posesión estaba amparada por acciones judiciales, interdictos posesorios, para adquirir la posesión, recuperarla o retenerla, y podía transmitirse hereditariamente. Como es natural casi todo el ager publicus estaba en manos de los patricios. Se constituyeron así enormes extensiones (latifundios) cultivadas por los esclavos y los clientes de los dueños.

29°. Romero, José Luis. Estudio Preliminar a "Vidas de los Doce Césares" de Suetonio. Editorial Cumbre, S.A. México, D.F., Grollier International, 12a. edición, 1976, pp. XI y XII.

El fracaso de los esfuerzos de Tiberio Graco fue rotundo porque los patricios, si habían estado dispuestos a compartir algunas ventajas con los plebeyos, como la de que estos accedieran a ciertas magistraturas y pudieran contraer matrimonio con gentes patricias, no querían privarse de parte de sus tierras. La ley, a pesar de la enconada oposición del Senado, fue sancionada; pero al aplicarla se sublevaron los patricios y los plebeyos terratenientes con el respaldo del ejército en su plana mayor. Tiberio pareció en esas revueltas, año 133 a. de C., junto con trecientos de sus partidarios. Mas tarde, su hermano Cayo, habiendo sido nombrado tribuno, año 121 a. de C., pretendió llevar a cabo la reforma agraria iniciada por su hermano; pero también fracasó porque el partido de los patricios no cedió un ápice, a pesar de que la presión del proletariado era intensa y suponía cierto grado de amenaza para la estabilidad del gobierno. Es un hecho incontestable que las clases económicamente poderosas defienden con ciega valentía sus prebendas económicas. Prefiriendo la ruina del sistema de gobierno que las ha amparado y justificado, a la posibilidad de que los pobres alcancen cierto grado de igualdad económica. Ceden sin mayor empeño y tesón para que éstos alcancen cierta igualdad política, aún grados ostensibles, como el sufragio para elegir magistrados, pero no igualdad económica. Y como algunos plebeyos logran acumular riquezas gracias a su talento, esfuerzo y astucia, entonces, la clase noble, llámese como se llame, en las diversas épocas, los atrae y los seduce para su política, venciendo para ello la repugnancia de tener que otorgarles un trato social de igualdad.

Cuando Julio César fue nombrado cónsul también propuso una reforma agraria que fue aprobada por el pueblo en sus comicios, pero naturalmente rechazada por el Senado; al intentarla en la realidad, naufragó. Mario también fracasó en sus propósitos y designios de justicia, a pesar de sus triunfos sobre Sila, caudillo de los patricios y plebeyos terratenientes. De poco o nada sirvieron sus violentas represalias contra éstos y sus líderes, pues, a su muerte, Sila la exterminó a miles de proletarios que había luchado junto a Mario.

Por esta época también se sublevaron los esclavos. Su suerte era inhumana, pues, eran cosas de propiedad de sus amos quienes, por lo tanto, tenían pleno derecho sobre ellos en su persona y sus bienes. El dueño podía no solo castigarlos o abandonarlos como a animales inservibles, sino también venderlos o darlos a muer-

te por cualquier razón o aún por simple capricho. Como eran considerados cosa (rei mancipi), los esclavos no tenían ningún derecho político; tampoco capacidad jurídica para contratar; no podían contraer matrimonio; solo se les permitía la unión de hecho llamada contubernio; tampoco podían concurrir ante el magistrado en petición de justicia. Pero tenían la esperanza más o menos remota de ser manumitidos, o sea de alcanzar libertad de patrono; éste podía libérramente otorgársela y fuera mediante el censo, el testamento o la vindicta. Por el censo el esclavo era inscrito en él con indicación de los bienes que el patrono le donaba; por la vindicta el señor conducía al esclavo ante un magistrado en cuya presencia se efectuaba una ficción de petición de libertad: un tercero afirmaba que el esclavo quedaba libre; el señor no contradecía; ante este juez declaraba tal estado de libertad del esclavo. El mayor o menor número de esclavos era señal de mayor o menor grado de opulencia y de prestigio social; muchas familias disponían hasta de diez mil. El número de esclavos en Roma y en todo el Estado era incalculable, tan grande que muchos patricios y magistrados empezaron a considerarlos como un verdadero peligro para el orden establecido; el temor a una sublevación era creciente; por desgracia, carecían los esclavos de medios para organizar su defensa, reivindicación y venganza; estaban privados de cierto grado de cultura que ordenara sus acciones de retaliación. Solo eran capaces de acciones turbulentas y desenfrenadas.

En el año 135 a. de C. iniciaron un levantamiento en la isla de Sicilia que rápidamente se extendió a toda Italia y a algunas Colonias. Ofrecieron bastante resistencia a las legiones romanas durante dos años; pero carentes de ideas claras fueron derrotados; con lo cual se agravó su situación, pero crearon un precedente que sirvió de ejemplo para luchas posteriores hasta lograr la desaparición de la esclavitud.

En el año 73 a. de C. los gladiadores, esclavos destinados a combatir a muerte para diversión de la población, se sublevaron al mando de Espartaco. Conformaron un ejército de cerca de 70.000 hombres con el cual pusieron en serios aprietos a las legiones romanas; pero al cabo de seis años de encarnizada lucha fueron derrotados por los generales Craso y Pompeyo.

Estas revueltas y el temor a su repetición movieron al Estado, más que por sentido humanitario, por oportunismo político a dictar normas en favor de los es-

clavos hasta llegar a tipificar como homicidio el dar muerte a un esclavo o sancionar al dueño que lo maltratará, obligándolo a quedar privado del derecho de poseer esclavos, pues, debía, vender los que tenía, por determinación del magistrado. No se trataba de reforma de fondo, pero, al menos, se aliviaba en algo la terrible situación de los esclavos.

Después de asesinato de Julio César y superada la guerra civil por lograr el poder, tiempo en que los derechos políticos fueron pisoteados y la libertad destruida, surgió el Imperio. Octavio fue proclamado emperador, reuniendo en sus manos todos los poderes: La potestad tribunicia que lo convirtió en inviolable y le confirió el derecho al veto a todas las resoluciones de los demás magistrados; el poder proconsular que le otorgó el mando supremo de las legiones romanas; y también el poder religioso, pues, fue constituido en el sumo pontífice. El Senado se le rindió, los comicios perdieron el poder legislativo que pasó, de hecho, al Emperador. Prácticamente hasta la destrucción del Imperio por los bárbaros, el Emperador tuvo poderes absolutos; muchos de los emperadores fueron abominables déspotas que aniquilaron los derechos políticos.

Durante este tiempo las asambleas del pueblo desaparecieron paulatinamente. Era el Emperador el que dictaba las leyes; el Senado las aprobaba por un acto de simple formalidad, pues, por una parte el poder del emperador era omnímodo; y, por otra, éste era quien escogía a los senadores.

A partir de Galba, especialmente, es el ejército el que manda y determina los derechos de las gentes. El poder político pertenecía al jefe militar que dispusiera de fuerza suficiente y hubiera conquistado un apreciable grado de fidelidad de sus soldados dándoles cuantiosos premios y permitiéndoles total libertinaje para adquirir bienes de fortuna. Pero ya desde Tiberio, o a peor, manencia del Emperador dependía de las legiones. Cuando algún jefe militar no se atrevía a asumir el imperio, patrocinaba a un personaje proclamándolo emperador, aún por burla, como en el caso de Claudio de quien Suetonio dice que "...recibió delante del pueblo reunido los juramentos del ejército; prometió a cada soldado quince mil sestercios, y fue el primero de los Césares que compró a precio de oro la fidelidad de las legiones..."(30)

30°. Suetonio. Vidas de los doce Césares. Traductor: Jq. Luis Romero, Editorial Cumbre, S.A. México, D.F., Grolhier International, 12a. edición, 1978, p. 226.

D. Derecho y Libertad.

Desde la conformación de la monarquía, es decir, desde la aparición del Estado por el colapso de la autarquía plena de la gens y la tribu, y, por tanto, desde la aparición del derecho estatal, los romanos consideraban que éste se dividía en dos grandes ramas: el derecho público y el derecho privado. El derecho público comprendía el gobierno del Estado y sus funciones, las magistraturas; y, además regulaba las relaciones de los individuos libres con el Estado. Dentro de este derecho se incluía también el *ius sacrum* que prescribía las formas del culto religioso. El derecho privado regulaba las relaciones de los individuos libres entre sí atendiendo si eran ciudadanos romanos o no; se dividía en *ius civile* y *ius gentium*. El primero cobijaba a los ciudadanos; el segundo a los extranjeros. El *ius gentium* tendría más tarde un sentido más extenso, pues, se refería al conjunto de normas de carácter internacional, que regulaban las relaciones del Estado Romano con los demás Estados en lo referente a derechos mutuos, declaraciones de guerra y tratados de alianza, de paz y de comercio.

Respecto a los actos jurídicos de carácter patrimonial el derecho prescribía claramente su forma interna y su forma externa. Esta tuvo de manera admirablemente clara los requisitos de la forma interna: los esenciales, los naturales y los accidentales en un esfuerzo por defender la voluntad de las partes contratantes para obtener un cierto equilibrio en sus relaciones patrimoniales. Los elementos esenciales comprendían: La capacidad del sujeto de la ración; el objeto del negocio, el consentimiento o voluntad interna de las partes, la declaración de la voluntad y la conformidad entre la voluntad interna y la externa o declarada (31)*. Resulta asombrosa la normatividad detallada para establecer la declaración de la voluntad y las circunstancias en que existen vicios del consentimiento, especialmente, los relacionados con el error. Este autor hace un magnífico estudio de estos aspectos en forma que permiten al lector alcanzar una buena comprensión de la siempre admiranda capacidad jurídica de los romanos en este campo específico.

Parece que la llamada lesión enorme en el contrato de venta no fue admitida como vicio del consentimiento.

31*. Petir, Eugène. Op. cit. p. 183.

que convirtiera el negocio jurídico en inexistente o nulo. La venta por un precio muy inferior al valor real era válida. Solo bajo el gobierno del emperador Diocleciano, un rescripto especial autorizó al vendedor, como ya le dijimos anteriormente, el ejercicio de una acción resolutoria de la venta cuando el precio recibido era inferior a la mitad del valor real al momento de celebrar el contrato; en favor de un menor de veinticinco años que hubiera recibido perjuicio, la ley había establecido la acción de carácter pretoriano llamada *in integrum restitutio*, según la cual la contra parte era obligada por el pretor a resolver la venta o reparar la lesión, no por tratarse de un menor, sino por haber sido lesionado. En un principio la ley le concedía un año de plazo para hacer ejercicio de esta acción. Justiniano elevó este término hasta cuatro años; término para la caducidad que nuestro código civil mantiene en el art. 1954.

Sin embargo, la acción *in integrum restitutio* tenía también otras causas para su ejercicio: la violencia, el dolo, la *capitis deminutio*, el error excusable y la ausencia necesaria. Toda persona que se sentía lesionada en la celebración de un acto jurídico, podía dirigirse al pretor para que anulara el acto y destruyera sus efectos volviendo las cosas a la situación anterior a la celebración del negocio. El triunfo judicial mediante esta acción otorgaba a la parte lesionada una reparación más completa que la acción resolutoria, pues, en el caso de un contrato de venta, obtenía la readquisición de la propiedad y la reivindicación que venía a ser una sanción a la contraparte. (32)*

Los actos jurídicos regidos por el derecho *quiritario* o *ius civile* primitivo estaban, en cuanto a la forma, regulados de manera extremadamente rigurosa: Esta consistía en palabras y expresiones solemnes, sacramentales, y en circunstancias muy peculiares. Estos actos no admitían condición ni mandato; las personas que estaban bajo la potestad de otra podía actuar como partes pero no eran consideradas por la ley como mandatarios o representantes de su amo.

Toda la fuerza legal de los actos jurídicos dependían del cumplimiento de las formalidades exteriores; la ley no presentaba atención a si concurrían o no los re-

quisitos internos. Equivalía a un desconocimiento de la eficacia normativa de la voluntad de los individuos, pues, el acto carecía de efectos jurídicos si no se habían cumplido las solemnidades exigidas por la ley. Todas las formalidades eran, según el lenguaje actual del derecho probatorio, *ad solemnitatem ad substantiam actus* y ninguna *ad probationem*.

La regla fundamental del derecho romano, tanto del primitivo, como del clásico, es que el acuerdo de voluntades no es suficiente para crear obligaciones civiles entre ciudadanos. Se expresaba mediante estas apogemas que citan muchos autores: "Nulla pactio obligationem non parit"; "ne ex pacto actio nascatur"; "ex nudo ehim pacto inter cives romanos actio non nascitur". El pacto o convención debía estar acompañado de las formalidades solemnes consistentes en la pronunciación de las palabras inalterables en los contratos *verbis*, en la anotación de palabras o expresiones inmodificables en los contratos *litteris*; en la entrega ante testigos del objeto del contrato *re*. El imperio del formalismo se impone al imperio de la voluntad, con el fin de proteger más esmeradamente el consentimiento de las partes contratantes. El principio regulador era "forma dat esse rei" que sigue vigente para los casos en que la norma prescribe una forma de modo imperativo como hace el art. 1857 del CCC que prescribe que "la venta de los bienes raíces, servidumbres y la de una cesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública".

Uno de los contratos más antiguos parece que fue el *nexum* que tenía por objeto un préstamo de dinero. Se configuraba por medio del cobre y la balanza (*per aes et libram*); como el cobre fue durante mucho tiempo el metal que servía para la compra venta, se pesaba en una balanza la cantidad que se prestaba; la balanza era sostenida por el librigena que según parece estaba investido originalmente de un carácter religioso para simbolizar el vínculo entre las partes del mutuo. Presenciaban el acto cinco testigos romanos capaces. Esta formalidad de pesar el metal desapareció desde cuando los romanos acuñaron monedas; entonces simplemente se contaban éstas; pero se continuó empleando este extraño rito. Cumplida la pesada o conteo, se pronunciaban las palabras exigidas, por las cuales el acreedor determinaba la naturaleza del acto jurídico y precisaba la sanción en que incurriría el deudor en caso de insolvencia para el pago de la cantidad prestada y de los intereses que eran normalmente muy elevados. El deudor

expresaba su consentimiento de manera también sacramental. Desde ese momento éste otorgaba al acreedor el derecho de manus injectio.

Por razón del nexum el deudor comprometía no solamente sus bienes, sino también su persona, la de su esposa in manu, y la de sus hijos a quienes debía, como último recurso, someterlos a la mancipium en garantía; si tenía esclavos, naturalmente también los comprometía. El deudor declarado insolvente, o nexus, quedaba al servicio del acreedor quien podía tratarlo en las mismas condiciones que a un esclavo. Eventualmente podía liberarse mediante el pago de la deuda y los crecidos intereses; acto que debía cumplirse ante un magistrado con las solemnidades requeridas. Fueron tantos los abusos de los acreedores, patricios y plebeyos ricos, que debió aprobarse una ley por la cual se declaró libres a todos los deudores condenados, nexi; prohibió encadenar a los deudores insolventes, y estableció que los deudores no comprometerían en adelante sus personas y las que estuvieran bajo su potestad, en favor del acreedor, sino solo sus bienes presentes y futuros. Esta ley marcó un paso de avanzada en el derecho romano y en la conquista de un apreciable grado de libertad de los plebeyos pobres, especialmente de los proletarios, quienes debían endeudarse con mucha frecuencia en forma muy gravosa, de modo particular, como ya le dijimos, para equiparse y amarse a fin de enrolarse en las legiones cuando el gobierno lo requería, con el agravante de que la soldada era reducida y no siempre el botín de guerra era cuantioso.

El ius gentium era liberal en cuanto a la forma de los actos jurídicos, pues, no exigía fórmulas sacramentales. Estaba consagrado para legitimar los actos que celebraban los extranjeros entre sí dentro del Estado romano o con ciudadanos. De los procesos litigiosos que resultaban, conocía el pretor peregrino que había sido encargado precisamente de la jurisdicción entre los peregrinos o extranjeros o entre éstos y los ciudadanos. Por razón de las exigencias de las relaciones comerciales, la ley admitía que en los actos jurídicos de derecho de gentes se aceptase al procurador o representante, institución que en los contratos celebrados entre ciudadanos era ilegal y, por tanto, convertía en nulo el acto jurídico. Según el ius civile el contrato en persona debía comparecer para dar cumplimiento a las solemnidades; sin embargo, como ya se dijo, podía sus hijos, su esposa o sus esclavos ejecutar las formalidades proque estos alieni juris eran, según la ley, una extensión de la persona del patrono.

el cuadro de los días fastos, o sea, los días en que únicamente se permitía administrar justicia y, por lo tanto, realizar ante los magistrados los ritos y las fórmulas precisas de las acciones procesales. Como se puede ver, la ley primitiva era celosa en el establecimiento de exterioridades que debían cumplir las normas ritualmente los ciudadanos; Sin embargo, como estas formalidades se convirtieron en verdaderas trabas, fueron paulatinamente eliminadas por la ley. Los edictos pretorianos unidos a las exigencias cada vez mayores del comercio y de las necesidades de realizar transferencias más rápidas de toda clase de bienes y mediante alguna manera datario en los casos en que era imposible la presencia del contratante, fueron factores que descartaron estas ritualidades. De este modo se equiparó el ius civile pretorio al ius gentium. Se impuso la sencillez formal sobre un conjunto de requisitos que, además, de inconvenientes, se convirtieron en extravagantes, como la forma casable, casos en que debía acudir al pretor quien podía concederle la acción in integrum restitutio. Era la caducidad plus petitio que las formalidades exteriores quedaron reducidas básicamente a la escritura, en ciertos actos, la presencia de testigos, la intervención de la autoridad, o sea para las resoluciones convenientes y que se han conservado hasta nuestros días. Berria incorporarse en los edictos de procedimiento a fin de que las partes sean más conscientes de sus pretensiones.

El formalismo no solo afectaba a la celebración del contrato, sino a las acciones procesales. En efecto, las acciones consistían en formalidades que se expresaban en palabras solemnes y en ritualidades simbólicas. El terror más pequeño conllevaba la pérdida del proceso. Eugène Petit menciona a Gaye quien citaba el caso de un demandante quien ejerció la acción correspondiente en su defensa contra alguien que había comprado sus viñas; perdió el pleito porque en vez de utilizar la palabra *arceores* contenida en la ley, empleó la palabra *arceores* y agrega este criterio profundamente significativo. (34)

De esta manera evolucionó el concepto de la libertad contractual: de una "La ignorancia de las formalidades del procedimiento fue, desde luego, una de las grandes causas que mantuvieron a la plebe bajo la dominación del patriciado, aunque llegó cierto tiempo en que fue divulgado el secreto por la publicación de las obras de Cicerón, el ius Flavianum y el ius Aelianum" hasta favorecer el concepto de la libertad contractual que no existían para los ciudadanos bajo la vigencia del procedimiento.

34. PETIT, Eugène Flávio, descendiente de un libertino y secretario o escriba de un jurista patricio, divulgó

33. Petit, Eugène. Op. cit. p.617.

el cuadro de los días fastos, o sea, los días en que únicamente se permitía administrar justicia y, por lo tanto, realizar ante los magistrados los ritos y las fórmulas precisas de las acciones procesales. A partir de esta publicación, el conocimiento de las normas sustantivas y su interpretación como de las normas procesales dejó de ser un privilegio de los patricios para convertirse en conocimiento común para beneficio de los débiles en los litigios y para progreso del derecho.

Respecto a la demanda también había que someterse a un estricto formalismo. Lo interesante era que si el demandante de manera cierta expresaba una pretensión exa gerada, incurría en la caducidad de su derecho porque no podía justificar su pretensión y, naturalmente, el demandado era absuelto. El demandante había perdido su derecho y no podía renovar el proceso; salvo cuando se trataba de un menor de 25 años o de error excusable, casos en que debía acudir al pretor quien podía concederle la acción in integrum restitutio. Era la caducidad plus petittio que podía ocurrir de cuatro maneras: con relación a la cosa, al tiempo, al lugar y a la causa. Magnífica institución para impedir el abuso del derecho de parte del demandante codicioso; esta legislación debería incorporarse en los códigos de procedimiento a fin de que las partes sean más conscientes de sus pretensiones.

Eugène Petit establece una relación de proporcionalidad directa entre la libertad del pueblo romano y el predominio de las formalidades; se expresa así: "... siempre han existido, sobreviviendo incluso a la libertad que tuvo el pueblo romano, correspondiendo a-l mayor desarrollo de esa libertad un mayor imperio del formalismo en los actos; y, por el contrario, cuando la libertad decae totalmente, desaparece también el formalismo y las fórmulas del Derecho antiguo"; menciona a Ihering en el enunciado de este concepto. (34)

De esta manera evolucionó el concepto de la libertad contractual: de una sobreprotección legal de los actos de los contratantes ciudadanos con formalismos que nada tenían que ver con los elementos de fondo del acto jurídico y con las conveniencias del Estado, hasta la eliminación de todas las solemnidades molestas, exigiendo solo las indispensables; (que no) y hasta favorecer el desarrollo de los contratos consensuales que no existían para los ciudadanos bajo la vigencia del de-

recho antiguo; pero sí en el *ius gentium* por el cual la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato se perfeccionaban por el solo consentimiento (solo consensu).

Al consolidarse el contrato consensual, el de venta ya no necesitó para perfeccionarse de la mancipación o de la entrega material directa o simbólica de la cosa vendida y del precio porque se perfeccionaba por el solo consentimiento expresado aún por *es-rt-a*; se fundaba, pues, en la buena fe de los contratantes. Así dejaba de tener vigencia en buena parte el principio de "ex nudo pacto actio non nascitur". El proceso social y el incremento del comercio y de la transferencia intervivos de la propiedad de toda clase de bienes transmisibles dieron al trasfondo con el excesivo formalismo. La voluntad de las partes tiende a ser soberana hasta lograr el máximo imperio con la destrucción del modo de producción feudal por la burguesía.

Esta amplia libertad contractual alcanzada incipientemente a partir de la República y consagrada con enorme extensión durante el imperio, favoreció la acumulación de la propiedad sobre la tierra en manos de la nueva clase rica compuesta de patricios cuyos privilegios de raza ahora les interesaba poco, y por los plebeyos que adquirieron fortuna en el comercio, mediante el botín de guerra y mediante la explotación, en el desarrollo de la agricultura, de numerosos esclavos y de innumerables colonos subordinados de manera humillante.

E. Influencia de los iusnaturalistas.

Ya hemos considerado brevemente cómo los hechos producidos por las luchas de la clase pobre y por los esclavos, hicieron regresar el derecho ocasionando verdaderas crisis en la sociedad patricia, particularmente en el campo de las libertades políticas y algunas civiles como el *connubium* de miembros de la plebe con miembros del patriciado. Hemos notado que los patricios no tuvieron mayor dificultad en reconocer a los plebeyos los derechos de participar en la formación de leyes a través de los comicios centuriados y de ocupar las magistraturas y aún de formar parte del Senado y, por tanto, de aprobar las leyes; más aún, en algunos casos facilitaron el camino para que los plebeyos lograran dichas metas; pero lo que nunca consintieron fue que alcanzaran la igualdad económica; para ello se valieron de la fuerza del ejército, de las leyes y, en buena medida, de la perspicacia, las componendas, y, en general, de la as-

tucia. Por esta razón las diversas leyes de reforma agraria fueron aprobadas, pero los esfuerzos por llevarlas a la práctica, fracasaron rotundamente. A los pocos plebeyos que lograron atesorar riquezas en cuantía considerable, rápidamente los asimilaron.

Esta historia de todas las civilizaciones: A la clase que tiene el poder se le puede arrancar ciertos derechos políticos y algunos derechos civiles que no afectan el derecho de propiedad que es el derecho de relación interpersonal de mayor apremio y que garantiza la consecución de los demás derechos y del máximo grado de liberación que es el ocio como lo entenderían los griegos, o sea, como la disposición del máximo de tiempo para dedicarse, sin preocupaciones del trabajo para la producción de bienes materiales, al cultivo de las capacidades intelectuales y artísticas.

La influencia de la filosofía estoica en el derecho romano fué considerable porque muchos de los juristas consultos y practicantes del derecho en Roma fueron seguidores de esta doctrina; se menciona frecuentemente a Porcio Catón, Rutilio Rufo, Quinto Scaevola, Antistio Labeo, Proculo, Calpo, padre e hijo, Neracio, Papiniano y Ulpiano. Dentro de esta corriente se distinguen el político, estadista y filósofo Cicerón (106-43 a. de C.); su pensamiento es conocido porque se conservan algunas de sus obras políticas como De República y De Legibus. Afirma que la naturaleza del derecho nace de la naturaleza del ser humano, que la ley es la recta razón, "que hemos sido creados para la justicia y que el derecho se basa, no en la opinión, sino en la naturaleza misma". "... la naturaleza nos ha formado para compartir nuestra existencia los unos con los otros y para transmitir el derecho entre todos nosotros". "... que es totalmente necio "considerar justo todo lo que se halla en las instituciones y en las leyes de los pueblos, o aún en las leyes suponiendo que las haya promulgadas por tiranos". "No hay /.../ más que un derecho único, que obliga a la sociedad humana y que establece una ley única: Ley que es la justa razón en lo que ella está escrita en algún lugar - es injusto, tanto si ella está escrita en algún lugar como si no lo está". El derecho no se basa en la voluntad de los pueblos, ni en los decretos de los gobernantes, ni en sentencias de los jueces, porque el así fuera, bastaría que se aprobaran por el legislador, y mediante mayoría de votos, leyes contrarias a la naturaleza; el derecho se funda en la naturaleza humana que está constituida por la razón la cual ordena que el hombre busque y realice la justicia y la equidad; o

sea, la virtud. Considerando que la ley etimológicamente proviene del verbo *legere* que significa leer, e legir, seleccionar, escribe: "lo cual nos hace ver con lucidez por la explicación de la palabra ley que ella implican su esencia y su significación la lección de lo justo y lo verdadero"; por lo tanto, "no se podría dar el nombre de ley, sea cual fuere su forma, a una orden funesta que un pueblo pueda haber aprobado. Así, pues, la ley es la diferenciación entre las cosas justas e injustas, expresadas de acuerdo con la naturaleza antigua y primordial del mundo, sobre la cual se hacen las leyes de los pueblos que castigan con el suplicio a los malvados y protegen y defienden a los buenos". Y sobre el poder afirma: "La naturaleza esencial del poder consiste /.../ en dirigir y prescribir las acciones justas, ventajosas y de acuerdo a las leyes..." (35). Es muy significativo el concepto del verdadero derecho; "El verdadero derecho es la recta razón, conforme a la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y eterna; llama al hombre al bien con sus mandatos y lo aleja del mal mediante sus prohibiciones..." (36). En éste enunciado condensa el concepto general de Derecho natural que se ha mantenido en las diversas épocas.

El jurista Celso definió el derecho como "el arte de lo bueno y de lo equitativo" (*jus est ars boni et aequi*); Ulpiano sostenía que los grandes preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo (*honesta vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*); y define la justicia como "La voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo". La crítica que les ha hecho es de que unan derecho y moral en un mismo plano; lo cual no es correcto porque ambas construcciones humanas son diferentes. Pienso que los conceptos de éstos juristas corresponden al deber ser del derecho y no al ser del mismo que en buena parte no se funda en la razón que nos mueve "a lo bueno y justo", "a vivir honestamente" y a "dar a cada uno lo suyo", sino en el más crudo egoísmo y en la más desvergonzada tendencia a dominar a los demás que se dejan por debilidad o por conveniencia, tendencias que aunque no son racionales,

35. Cicerón, Marco Tulio. *Sobre las Leyes*. Editorial Ariel, traductora: Haydée Díaz Y., Guayaquil, 1.974, pp. 31, 33, 39, 65, 66.

36. Cicerón citado por Edgar Bodenheimer en *Teoría del Derecho*. p. 134.

también pertenecen a la naturaleza humana. El derecho es un mecanismo coercitivo de control de la sociedad; o mejor, intenta ser un instrumento eficaz de control de las fuertes tendencias egoístas y hacia la dominación que los hombres naturalmente manifiestan y un sistema de dirección y fortalecimiento de otras tendencias también naturales, que los mueven hacia la cooperación y la solidaridad.

Uno de los principios más recalcados por los estoicos es el de la igualdad de los hombres. Cicerón sostiene en las Leyes que no existe desigualdad entre los hombres porque todos los que son normales tienen razón "gracias a la cual podemos inferir, demostrar, refutar, exponer, concluir...".

Los estudiosos del Derecho Romano sostienen que la influencia del estoicismo sobre diversos campos del derecho y sus instituciones fué considerable, especialmente en lo referente a la esclavitud y la familia. Respecto a la esclavitud sostenían los estoicos que era antinatural porque tiene derecho a someter a otros hombre a su dominio y convertirlo en instrumento hablante en rei mancipi y aún, en menos que cosa, a pesar de que hubiera sido capturado en guerra; nadie puede alegar este derecho porque la razón nos dice que todos somos iguales, que solo somos desiguales por la educación recibida, o sea, que es la sociedad dirigida por el egoísmo de algunos la que nos discrimina y nos desiguala, privilegia a algunos y subyuga a otros para que éstos últimos garanticen los privilegios de los primeros. Séneca, filósofo estoico, predicó contra la injusticia de la esclavitud.

Gracias a los planteamientos de los filósofos, poéticos y jurisconsultos imbuidos de las doctrinas estoicas, la institucionalidad de la esclavitud fué cambiando en su rigor hasta que en tiempos de Adriano una constitución imperial tipificó como delito el homicidio de un esclavo por parte del amo o de cualquier otra persona; anteriormente no era considerado delito, era un derecho absoluto. Posteriormente se prohibió también someterlo a tormento, se suprimieron las penas instituidas por los amos; se permitió al esclavo acudir ante la justicia en caso de haber sido maltratado; más aún se dispuso que el patrón que maltrata a sus esclavos fuera privado del derecho de poseer esclavos al servicio y el magistrado debía ordenar que diera en venta a los que poseyera.

Claro que estas reformas humanitarias se debieron también al hecho de la rebelión sangrienta que desarrollaron los esclavos destinados al trabajo y los empleados en las luchas para la vulgar diversión de la población. Esas revueltas se efectuaron, como ya lo dijimos en los años 135 y 73 a. de C. respectivamente. La de los primeros se prolongó por dos años y la de los segundos por seis; ambas crearon graves peligros para la seguridad del Estado. Otra causa fue la relativa incapacidad para controlar efectivamente a los esclavos destinados a cultivar las grandes haciendas de los ricos: aquellos se rebelaban con frecuencia, protestaban, y a menudo tomaban venganza de los capataces y de los amos; habían aprendido a vencer el miedo.

Las fuentes primordiales del derecho, como lo demuestra la historia de las diversas sociedades, son las luchas enérgicas, coherentes y tenaces de los marginados y la sustentación obstinada y decidida de planteamientos claros y firmes acerca de la justicia y conveniencia de modificar las leyes y prácticas en uso. A veces la razón de la justicia no es suficiente para estas transformaciones sociales y jurídicas impuestas por el gobierno, porque a la clase gobernante rara vez le interesa la justicia. Lo que la mueve es la conveniencia para lograr su autoconservación en el poder, o sea, su egoísmo. La rmoniosa conjugación de combatividad de las clases proscritas y la acción intelectual de los iusnaturalistas produce transformaciones que socializan el derecho y el poder.

Con relación a la familia también se produce una profunda evolución. Se modificó la condición de la mujer casada in manu. Por la potestad de la manus, la mujer quedaba sometida al esposo si este era sui juris o al jefe de familia si el esposo era alieni juris. El que ejercía la potestad tenía poder de vida o muerte sobre la esposa, podía venderla o convertirla en esclava. Sus bienes pasaban a propiedad de aquél; tampoco podía adquirir nuevos bienes. En tanto que en el matrimonio sine manu, la mujer tenía plenos derechos con relación a la administración de sus bienes; y podía divorciarse. La esposa in manu para librarse debía ser manumitida; pero la muerte del esposo sui juris quedaba libre de hecho. Pero desde los últimos años de la República esta potestad fue desapareciendo gradualmente. En el derecho de Justiniano ya no consta. En el tiempo del emperador Augusto por la ley "Julia de adulteris" se suprimió el poder de vida o muerte del marido sobre la esposa in manu.

legio de los militares, para estimular su valor y dedicación.
los diferentes servicios propios del militar. Constantino esta-

Otra institución detestable del derecho primitivo
fue la Patria potestad o potestad paterna. El jefe de
familia, el propio padre si era sui juris o el abuelo-
si el papá era alieni juris, tenía sobre los hijos de-
recho de vida o muerte, podía venderlos a través de man-
cipium o abandonarlos. Parece que esta potestad fue
entre los plebeyos mucho más severa y duradera que en-
tre los patricios. Pero poco a poco se humanizó hasta
quedar reducida a un derecho de corrección y control.
La ley suprimió el derecho sobre la vida de los hijos;
el emperador Caracalla prohibió la venta de los hijos;
solo autorizaba su rescripto, que el padre pudiera man-
cipar al hijo en caso de suma pobreza. Dioclesiano su-
primió esta última concesión.

La patria potestad en el hijo nunca alcanzó limitación en
cuanto a los bienes, los hijos no tenían nin-
gún derecho de propiedad mientras estuvieran bajo la
patria potestad; todo pertenecía al paterfamilias; pero
si podían heredar. Estas normas también fueron modifi-
cadas gradualmente, de manera que los hijos llegaron a
tener derecho a adquirir bienes propios y a administrar-
los libremente; este derecho se fundamentó en el pecu-
lio profecticio (a patre profectum), o sea, en los bie-
nes que el padre le concedía para que dispusiera de ellos,
con excepción de la donación de los mismos que le
estaba expresamente prohibida. Generalmente, al ser
emancipado conservaba los bienes del peculio; pero el
padre podía negárselos si así lo quería. Mientras es-
taba sometido a la potestad paterna, los bienes del pe-
culio pertenecían al padre; el peculio profecticio era,
pues, una concesión que no destruía el principio "se-
gún el cual el jefe de familia adquiere por las perso-
nas sometidas a su potestad" (37)*. Pero, de todos mo-
dos, este peculio era una costumbre importante para la
formación de los hijos. La legislación moderna debería
instituir la administración libre por parte de los pá-
teres de cierta porción de bienes otorgada por el padre
de familia.

En el año 1808 Augusto dispuso que los bienes que constituían el
peculium castrense a favor de un hijo de familia perte-
necían en propiedad a éste. Formaban parte de ese pe-
culio: el sueldo, la parte del botín de guerra que le
correspondiera, los fondos que le fueran asignados co-
mo también las donaciones que le fueran hechas por ter-
ceros en razón de su calidad de soldado. Sobre estos
bienes tenía plena administración, pues, podía enajenar-
los a título oneroso o a título gratuito. Era un privi-

37*. Petit. Eugène. Op. cit. pp. 309-310.

legio de los militares, para estimular su valor y dedicación a los diferentes servicios propios del militar. Constantino estableció el peculio quasi castrense en favor de los hijos bajo potestad que trabajaran en el palacio del emperador; más tarde contestó el régimen de los bona adventitia, o sea, el conjunto de bienes que el hijo bajo potestad del padre adquiría en la sucesión materna o a título gratuito de persona diferente del padre; Justiniano perfeccionó esta legislación. El padre solo tenía sobre esos bienes el derecho de usufructo que se extinguía cuando el hijo llegaba a ser sui juris de hecho por la muerte del padre; si era manumitido, Constantino dispuso para alentar la manumisión que el padre conservara en propiedad un tercio de los bienes adventicios; Justiniano decretó, en cambio, que el padre conservara la mitad de dichos bienes en usufructo.

La patria potestad no produjo nunca ninguna limitación en cuanto a los derechos políticos de los hijos; y en consecuencia, siempre pudieron éstos desempeñar cargos públicos. Sin embargo, la mujer siempre estuvo privada de derechos políticos como el sufragio y el de ocupar cargos públicos.

No cabe duda acerca de la considerable influencia de los jurisconsultos, especialmente de los iusnaturalistas, sobre el avance del derecho y de su socialización gradual hasta alcanzar cierto nivel de justicia y de equidad como lo hemos observado. Llegaron a tener un alto prestigio en la sociedad romana. Con su trabajo de la interpretación de la ley y a través de las consultas que atendían (responsa prudentium) fueron morigerando la rudeza de las normas. En un principio solo gozaron de una profunda autoridad moral; pero durante Augusto el Estado les reconoció el ius publicae respondendi; derecho que fue reconocido por los demás emperadores. Adriano instituyó los jurisconsultos oficiales cuyos dictámenes tenían fuerza de ley cuando eran acordes. Así sus conceptos se convirtieron en fuente normal de la ley; y los jurisconsultos en legisladores especiales. Era la *permissio jura condendi*.

En conclusión, si bien es cierto que el iusnaturalismo no se lo podría considerar como el factor primordial en la evolución del derecho romano en esferas de gran importancia, porque los cambios culturales y el derecho es parte de la cultura, una de las prístinas manifestaciones de la misma, se deben a causas diversas, no se puede negar rotundamente su grande eficacia en tales transformaciones. Normalmente en el campo del derecho

derecho se unen las ideas sostenidas y propagadas por el hombre convencidos y prestigiados, con los cambios en el proceso social provenientes de modificaciones de la base económica y con las luchas por las variadas formas de poder y de libertad que conducen las clases dominadas. Diferentes causas concurren para producir unos mismos cambios sociales y jurídicos.

F. Derecho y Poder.

Uno de los factores de considerable incidencia en los cambios del derecho ha sido en todos los tiempos, la necesidad que tiene el Estado de ponerse a tono con las nuevas circunstancias surgidas de los cambios sociales y económicos. Es una política de autodefensa del Estado, y por lo mismo, de autodefensa de la clase gobernante. Resulta claro que la capacidad que tiene un sistema político estableció para defenderse de los ataques de sus enemigos, depende de su capacidad para impulsar y consolidar ciertas variaciones en las instituciones jurídicas que signifiquen el reconocimiento de nuevos derechos a las clases dominadas que se han declarado en estado de subversión.

El Estado ha sido en todos los tiempos y en todas las sociedades políticas organizadas, un instrumento de regulación de las relaciones de los individuos y un aparato de control para evitar los trastornos sociales. En suma, el núcleo del derecho es un mecanismo de defensa establecido por la clase que domina y gobierna. Esta es la parte que normalmente contiene muchas normas irracionales; el resto es el conjunto de normas que se identifican con el concepto iusnaturalista de derecho y de ley: regulación de la sociedad para el bien común. O sea que en gran parte el concepto de Transi-maco que Platón incluye en la República y que he citado en el primer capítulo, contiene una gran verdad y corresponde a la realidad, al ser del Derecho: "... La justicia no es otra cosa sino aquello que es ventajoso para el más fuerte".

El derecho privado es la limitación legal del poder y libertad de los particulares y de las personas jurídicas de particulares. El derecho público tiene por objeto limitar el poder de los gobernantes y evitar así su despotismo; pero el derecho no es un freno inflexible efectivo ni para evitar el despotismo en las relaciones que ejercen las clases dominantes, ni tampoco una barrera segura para impedir la tiranía de los gobernantes. La única valla eficaz es el temor --

profundo que las clases dominadas pueden originar con su firme combatividad; en grado muy inferior, a veces poco perceptible, pueden influir las ideas morales y los criterios culturales.

En Roma abundan los ejemplos de cambios en el derecho motivado por la necesidad de defender el sistema político y de producción. Cuando la clase dominante no genera globalmente políticas acertadas para tal fin, deben hacerle los gobernantes inteligentes y emprendedores; al fin y al cabo, para esto se les ha entregado el poder o es de suponer que para ello lo han usurpado. Por ejemplo, el colonato que fue una institución según la cual el hombre libre quedaba sujeto a perpetuidad a la tierra del patrono para cultivarla a cambio de un censo en dinero más comúnmente en especie, fue establecida porque la institución de la esclavitud tendía a menguar ya que los patronos por temor a las represalias preferían manumitir a sus esclavos; y contratar los para trabajo en los campos en las condiciones de colonos; pero la mayoría de éstos eran hombres libres provenientes de la clase de plebeyos pobres, particularmente de los que por razón de las deudas contraídas con los patricios y plebeyos ricos, optaban por entregar sus sus tierras y comprometerse a trabajarlas como colonos.

El imperio contribuyó al desarrollo de esta institución para incrementar la agricultura y también para acrecentar los recaudos fiscales, pues, los colonos también debían pagar impuestos. Pero la condición de los colonos era humillante o inicua, pues, en caso de venta de la tierra, los colonos pasaban al servicio del nuevo dueño, necesariamente; o sea, que estaban sujetos a perpetuidad a un fundo determinado.

De éste modo si bien la esclavitud cedía gradualmente y, por tanto, se podía afirmar que el Derecho se socializaba, por otro lado surgía una nueva forma de servidumbre nefasta, los serviterrae que con el tiempo se denominarían los vasallos del señor feudal o los siervos de la gleba. De donde se deduce que el derecho no progresa realmente en este aspecto, solo se transforma mediante cambios leves para justificar formas aparentemente más benignas de servidumbres, pero de todos modos, servidumbres.

En épocas en que se reducía de manera considerable la producción de alimentos, particularmente de ce-

reales, los emperadores debieron intervenir para el abastecimiento. Surgió de este modo el intervencionismo de Estado en Roma. A este respecto escribe Edgar Bodenheimer:

"Este proceso introdujo cambios importantes en la estructura del derecho romano. Mientras el Derecho de la República había interferido muy poco en las actividades económicas, las leyes de los emperadores intervinieron, en cambio, en progresión creciente, regular la vida económica. El rápido desarrollo del Derecho Administrativo es indiscutiblemente inequívoco. Muchos problemas económicos que en los primeros siglos habían quedado confiados a la discreción contractual de las partes, vinieron a estar regulados por decretos administrativos." (38)*

Este mismo autor nos dice que la mejor prueba de esto fue el decreto de Dioclesiano (305 D. de C.) por el cual trató de establecer precios fijos para todo el imperio; las organizaciones privadas de artesanos fueron obligadas a trabajar para atender a las necesidades de mercancías por el Estado; se les prohibió a sus miembros que abandonaran sus trabajos; más aún, la ley dispuso que sus profesiones fueran hereditarias a fin de asegurar la continuidad en la producción y su buena calidad. Se establecieron ciertas formas de monopolios del Estado en la producción de armas, de materiales de construcción, de papiro, pero de modo particular en el desarrollo del comercio. Y luego agrega: "Debido a este desarrollo económico, la esfera del derecho mercantil privado, basada en la libertad contractual, fue suplantada cada vez por un Derecho Administrativo en forma de decretos económicos basados en órdenes impuestos por el Estado a los ciudadanos. /.../; en la época de Justiniano, el comercio era casi exclusivamente un monopolio estatal" (39)*.

El intervencionismo del Estado es muy antiguo, - tan antiguo como las sociedades organizadas según las características del Estado: leyes impuestas por los gobernantes, institución armada dirigida por la autoridad suprema, castigos y penas para hacer coercitivo el

38*. Bodenheimer, Edgar. Op. Cit. p. 260.

39*. Ibid. p. 262.

cumplimiento de las leyes, lugares de prisión y de purga de las infracciones de la ley. El intervencionismo ha sido mayor o menor según la visión política más o menos explícita de los gobernantes de turno. Es una exigencia de la necesidad de la autoconservación de los gobernantes, a fin de prevenir las revueltas que pudieran socavar el sistema establecido. Además, en Roma - al tiempo que se amplió la libertad contractual con la asimilación del *ius gentium* para la celebración de contratos desprovistos de excesivo formalismo antiguo y extender la consensualidad, el Estado restringió la libertad contractual de los ricos en aquella esfera en las que se hizo necesaria su intervención administrativa. Algunas libertades políticas también fueron cercenadas por algunos emperadores quienes, considerándose se dioses, actuaban con execrable despotismo, casi siempre sugerido por sus caprichos.

Un ejemplo interesante de intervencionismo es el cumplido por Julio César quien según Suetonio: "Rebajó el alquiler de las casas: En Roma hasta la suma de dos mil sestercios, en el resto de Italia hasta la de quinientos" y "redujo el número de aquellos a quienes suministraba trigo el Estado, de trecientos veinte mil a ciento cincuenta mil....." (40)*

Existieron una doctrina de las doctrinas de Aristóteles y de los estoicos, particularmente de Séneca, a las doctrinas teológicas de la Iglesia.

El más sobresaliente exponente del naturalismo cristiano es sin duda, Santo Tomás de Aquino (1225-1274), de modo especial en su obra la *Summa Theologica*. A él se debe la tan mencionada definición de ley: "Una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad". Sería interesante saber si alguna vez hubo un momento cuando se ordenó que una ley humana se promulgara cuando se ordenó el bien común que "el hombre entero se ordena como el fin a toda la comunidad, de la que es parte"; "el ser humano todo, parte de la multitud, cada hombre lo es y lo que tiene pertenece al todo. De ahí que la comunidad que el hombre no es parte el que es parte de la voluntad de la razón a quienes como a su fin se pertenecen al ser humano singular más natural".

40*. Suetonio. Op. Cit. pp. 24 y 26.

41*. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* I-II, q. 90, art. 1, ad 2.º. (1964).
 42*. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* I-II, q. 90, art. 1, ad 2.º. (1964).
 43*. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica* I-II, q. 90, art. 1, ad 2.º. (1964).

variaciones de la libertad jurídica en el estado burgués.
 III. LA LIBERTAD JURIDICA EN EL ESTADO BURGUES.

A. Papel del iusnaturalismo.

El iusnaturalismo siguió insistiendo durante la Edad Media en la necesidad de socializar ciertas instituciones del derecho como el servilismo impuesto a los vasallos por los señores feudales. Por el pleito hominacoi, que era un solemne juramento por el cual se comprometían a servir a su señor y su familia, a no combatirlos nunca, y a pagar fielmente los gravosos impuestos, los siervos de la gleba quedaban sometidos a perpetuidad al señor, y, por consiguiente, eran la continuación de la servidumbre que significó la esclavitud en el pasado, un poco menos inhumana porque se les reconocía una libertad aparente y porque normalmente el señor no podía disponer de sus vidas. Era un desarrollo del colonato establecido en forma definida durante el bajo imperio romano.

En la primera etapa de la Edad Media, fueron algunos eclesiásticos los que hicieron planteamientos iusnaturalistas, pero entendiendo el derecho natural como una ley de Dios inscrita en la conciencia de todos los hombres. Hicieron una adaptación de las doctrinas de Aristóteles y de los estoicos, particularmente de Cicerón, a las doctrinas teológicas de la Iglesia.

El más sobresaliente expositor del iusnaturalismo cristiano es, sin duda, Santo Tomás de Aquino (1226-1274), de modo especial en su obra la Summa Theologica. A él se debe la tan mencionada definición de ley: "Una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad". Sostiene que una ley humana es justa únicamente cuando se ordena al bien común; que "el hombre entero se ordena como a fin a toda la comunidad, de la que es parte"; "al ser el hombre todo, parte de la multitud, cada hombre lo que es y lo que tiene pertenece a la multitud, como cualquier parte en lo que es, pertenece al todo. De ahí que la naturaleza sacrifica la parte para salvar al todo". "La voluntad de un hombre no es recta al querer un bien particular, si no lo refiere u ordena como a su fin al bien común"; "Cualquier singular ama naturalmente más el bien de la especie, que el bien suyo particular" (41)*. Es decir que este autor predicaba un

41*. Tomás de Aquino. Citado por Joaquín Zabala Iriagte en "El Derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica, 2a. edición, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 1979, p. 223.

verdadero socialismo cristiano a la manera como lo practicaban las comunidades religiosas; pero le sucedió lo que a Aristóteles quien se convenció de que la esclavitud era injusta, pero necesaria y conveniente, e inevitable: de manera que en su estado ideal incluyó a los esclavos, aunque afirmaba que "es mejor proponer a todos los esclavos el premio a la libertad". Santo Tomás sostiene que "El siervo no como siervo, sino como hombre, es un ser subsistente por sí mismo, distinto de los demás; /.../ pero en cuanto siervo" es algo señor, porque es instrumento, por consiguiente, entre siervo y el señor no media la relación que se da de un ser a otro absolutamente distinto; y por eso no existe entre ellos el derecho en sentido absoluto, sino un justo relativo, un cierto derecho, esto es, el derecho señorial o dominativo. Puesto que lo del siervo es del señor, no hay justicia propiamente dicha del señor al siervo..."(42). Es la justicia como la entendía Aristóteles como igualdad para los iguales y como desigualdad para los desiguales que ha servido para justificar tantos abusos legales; y que, por desgracia, también es principio de regulación en el socialismo marxista, aunque con ciertas variantes que lo hacen un poco menos arbitrario, pues, a la hora de la verdad no se paga realmente según la calidad y cantidad de trabajo, sino según la categoría social determinada por el cargo que se desempeña y el grado de capacitación técnica y científica que se hubiera alcanzado haciendo uso de la oportunidad deferida por la sociedad.

En la Edad Media el señor feudal era el amo y señor de sus vasallos; en él residía la soberanía porque dentro de su feudo era la máxima autoridad: legislaba y administraba justicia.

Durante el Renacimiento, la influencia del humanismo no dió fundamento para separar el derecho de la teología, de la religión y de la moral. La aparición y consolidación del protestantismo había significado una profunda revelación contra el dogmatismo de la Iglesia Católica y sus trabas para el desarrollo de la ciencia y del comercio. Nicolás Maquiavelo (1.469-1.527) había logrado influir con su doctrina de la razón de Estado que implica la subordinación de la moral a las necesidades y conveniencias del Estado, entendido como el principio, y la sujeción estricta y constante de los indivi-

duos a dichas necesidades y conveniencias; surge con fuerza el movimiento hacia la unificación de las nuevas naciones. El feudalismo era un estorbo que había que erradicar por todos los medios.

El derecho natural ya no se lo podía concebir como una ley divina grabada en la conciencia de los hombres, sino un producto de la razón. Hugo Grocio (1583 - 1645) lo definió como: "Un dictado de la recta razón que indica que un acto, según sea o no conforme a la naturaleza racional y social, tiene una cualidad de necesidad moral o de bajesa moral". O sea que el derecho natural nace exclusivamente de la razón humana. El estado es "una asociación perfecta de hombres libres, asociados para gozar de los derechos y para utilidad común" (43).

Para Tomás Hobbes (1588-1679) el hombre es un ser egoísta y cruel que no pretende el bien común, sino su propio interés; por ésta razón, ansía dominar a los demás; algunos se someten porque son débiles y otros lo hacen por conveniencia para mezclar al empare de un hombre poderoso. Sostenía que el hombre es lobo para el hombre porque la tendencia natural al poder que es muy marcada en cada hombre, pero de modo particular en algunos, lo lleva a una sana guerra perpetua contra los demás. Hobbes no admite el concepto de derecho natural como conjunto de normas que proceden de la razón para alcanzar el bienestar común, la coexistencia pacífica y la seguridad. El derecho natural solo es el conjunto de dictados de la razón para que cada individuo atienda a la conservación de su vida y al cuidado de sus intereses. Para éste pensador un precepto de derecho natural importante es "Celebrar contratos y atenerse a lo pactado" (44). O sea el principio canónico de "pacta sunt servanda" más la insinuación de obligarse ampliamente por medio de contratos.

Su obra política, por excelencia, el Leviatán (muy truo todopoderoso) en el que traza la forma en que ha de constituirse el Estado omnipotente, fué llevada a la practica política para dar origen al Estado absoluto que tiene por finalidad impedir que los individuos y sus grupos se destruyan en la guerra pertinaz que mantienen movidos por su egoísmo natural y su desafortada tendencia al poder; el estado como un verdadero Leviatán

43. Grocio, Hugo, citado por Edgar Bodenheimer, op.cit. pp. 155 y 157

44. Hobbes, Tomás citado por Edgar Bodenheimer, op.cit. p. 158 nota 13.

o sea el monstruo invencible de que habla la Biblia en el libro de Job, debe imponer la paz; para lo cual debe ser muy fuerte y eficaz. Con base en sus doctrinas surgió a la realidad el absolutismo del Estado, la autoridad de los monarcas fue total hasta convertirse en dueño y árbitros de sus naciones y ser denominados soberanos porque solo en ellos residía la soberanía real de los Estados; todo el poder y la administración dependía de ellos. Eran irresponsables por sus decisiones, y por sus actos. En este sentido el soberano era el Estado. Razón tuvo Luis XIV en afirmar pomposamente, dentro de esta lógica, "L'état c'est moi" porque así era en verdad.

A este predominio absoluto del Estado, o mejor, del monarca venían oponiéndose desde antes del Renacimiento los mercaderes que dominaban en los burgos y villas de gentes libres, en cierto grado, de la preponderancia de los señores feudales. Ahora la presión de los mercaderes se acentuó. Por otra parte, el monarca con frecuencia movido por el capricho o por la necesidad de la clase rica, en general, tuvo que contradecir algunos intereses de ésta; lo cual le significó una fuerte oposición.

El iusnaturalismo siguió recalcando sus ideas, a pesar de que la práctica política que se había cedido al nombre de Estado propuesto por Hobbes, mostraba que al Estado, o sea, a la clase gobernante no le importaba las ideas de justicia y de igualdad que son el fundamento del Derecho natural. Baruch Spinoza (1632-1677) se atrevió a afirmar que:

"El fin del Estado no es /.../ hacer pasar a los hombres de la condición de seres racionales a la de brutos o autómatas, sino que, por el contrario, ha sido instituido para que sus almas y sus cuerpos desarrollen sus funciones con seguridad y para emplear su razón libremente; para que no muestren odio, cólera o astucia y se traten sin malevolencia" (45)*.

Spinoza se presentaba como un consumado utopista, pues, parte de su concepto ni siquiera se ubica dentro

45*. Spinoza, Baruch. Tratado teológico-político. Citado por Edgar Bodenhein, op. cit. p.163.

de un deber ser racional del Estado, sino en una suturación quimérica; quien instituyó el Estado para reconocer y garantizar la libertad de palabra y de acción de los individuos y sus grupos? Puede el hombre, aún en el caso de que el Estado le permita emplear su razón libremente, comportarse sin odio y sin astucia? de control de tal estado de actitudes de violencia más o menos abierta y pública.

Como el Estado no es una institución que cristaliza las buenas intenciones de la gente que piensa y actúa más racionalmente se empieza a proponer la doctrina del pacto social. Uno de los iniciadores de estos planteamientos fue Samuel Pufendorf (1632-1694). El problema que advirtió claramente fue que no existe un poder que pueda exigir al soberano la obediencia a los postulados del derecho natural y reclamarle responsabilidad por sus infracciones.

Christian Tomasius (1665-1728), notable jurista y filósofo alemán, expuso la necesidad de distinguir el derecho de la moral. Para él el derecho natural era una teoría filosófica de todo lo que el hombre debe hacer para servir a la comunidad y a través de ella lograr su propio bienestar dentro de la equidad, la justicia y la libertad; pero también es todo lo que puede exigirse del hombre en su conducta externa y que el Estado debe reglamentar por la ley. El derecho positivo es el conjunto de normas que regulan la conducta externa del hombre que implica relaciones con los demás, las cuales sin normas cuyo cumplimiento sea obligatorio, puede generar disensiones y atentar contra el orden y la paz. El derecho es, pues, el conjunto de normas heterónomas y exigidas por el Estado mediante sanciones sobre los bienes o sobre la libertad del individuo. En tanto que la moral es un conjunto de normas autónomas, o sea, no impuestas por el Estado a través de leyes ni por la sociedad por medio de sus usos y costumbres; pero como muchas normas del derecho son un reconocimiento de éste ha hecho de la moral, el derecho es una parte de ella; y, por lo tanto, el campo que abarca la moral es más extenso que el del derecho.

Tomasius no separa la moral del derecho, sino que los distingue; por esta razón afirma que el derecho sin ética es envilecimiento de la persona, pues solo obedece por temor a la coacción que puede ejercer el Estado y no por la obligación moral de no inferir daño al prójimo. A esta conclusión llega también Kant cuando distingue entre el imperativo categórico y el imperativo hipotético.

Una de las verdades más importantes de la Filosofía del Derecho es que el derecho positivo está condicionado profunda y constantemente por la contradicción, muchas veces muy conflictiva, de los intereses privados de todas las clases sociales; que es siempre en manos de clase política gobernante un eficaz instrumento de control de tal estado de actitudes de violencia más o menos abierta y pública.

Los tremendos abusos que los monarcas y príncipes absolutistas cometieron contra la libertad individual, - movió a los iusnaturalistas y pensadores políticos, en general, a reforzar su lucha contra las teorías expuestas por Hobbes. Uno de estos pensadores fue John Locke (1632-1704) quien en sus escritos y lecciones recalca el valor de la libertad de los individuos. Consideraba que el Estado surgió con base en un contrato que los hombres celebraron para constituir una comunidad y un cuerpo político en un territorio determinado para defenderse recíprocamente en todos los peligros y atender a todas sus necesidades. Ese cuerpo político debía estar gobernado por la voluntad de las mayorías de los asociados. Propuso que una de las formas adecuadas para lograr este tipo de Estado era la monarquía constitucional en la cual el pueblo controla al monarca haciéndolo responsable de las infracciones que cometa contra tal constitución. El poder legislativo es el llamado a garantizar el respeto de la libertad y la propiedad de los asociados; para esto, debe actuar independientemente del gobierno, el cual tiene como función primordial hacer cumplir las leyes promulgadas por el legislativo. La ley es el fundamento y prenda del respeto a la libertad.

Para Locke la primera y principal función del Estado es la legislativa. El parlamento es el poder encargado de custodiar y garantizar la libertad efectiva de los individuos mediante leyes justas que aseguren el bienestar de la comunidad. Del derecho natural dice que "permanece como norma eterna para todos los hombres, legisladores o legislados" (46)*

Carlos Barón de Montesquieu (1689-1755) sistematiza mejor las ideas expuestas por Locke y las complementa hasta darles una sólida unidad. Afirma que la meta primordial del Estado es la libertad y, por tanto, es necesario garantizar que éste no pueda violarla mediante el

46*. Locke, John. Dos tratados sobre el gobierno. Cita do por Edgar Bodenheimer, Op. cit. p. 170.

abuso del poder. Todo hombre investido de poder tiende naturalmente a abusar de él cada vez que se le presente la oportunidad y poco a poco contras el hábito de pisotear los derechos de los demás sin que le imponga lo más mínimo; para impedirle tal conducta arbitraria, es preciso enfrentarle una barrera poderosa. Sería, es preciso enfrentarle un equilibrio de poderes; en el Estado requiere producir un equilibrio de poderes; en el Estado se puede evitar la tendencia a tiranizar a la sociedad de parte de los gobernantes, mediante la separación de los tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial y capacitando a éstos para que cada uno sirva de límite a los demás.

Montesquieu abandona el concepto racionalista del Derecho natural; lo concibe simplemente como el conjunto de tendencias e instintos naturales del hombre que se traducen en la necesidad de defender su vida, reproducirse, obtener alimento, adquirir cultura y ciencia, y convivir pacíficamente.

Locke expresa así el ideal de libertad: "La libertad del hombre en la sociedad consiste en no hallarse sometido a más poder legislativo que el establecido por consenso de la comunidad, ni coartado por ninguna ley que no sea la promulgada por el legislador conforme a la confianza que en él se ha depositado. La libertad del hombre regido por un gobierno no equivale a hacer cada cual lo que le venga en gana, sino a vivir de acuerdo con los dictados de una ley fijada, común a todos los miembros de la misma sociedad y promulgada por el poder legislativo que en ella está regido, a tener libertad para obrar como se quiera en todo cuanto no sea objeto de las prescripciones de la ley, y a no estar sometido a la inconstante, incierta, imprevisible y arbitraria voluntad de otro hombre....." (47)*.

Para este autor el procedimiento de control reside en la vigilancia efectiva que cada uno de los poderes del Estado ejerza sobre los demás; para Locke el control lo debe realizar todo el pueblo asociado mediante el desconocimiento de la representación a los legisladores y la resistencia a los gobernantes. Con estas ideas se convirtió en el primer filósofo del individualismo. Sus concepciones contribuyeron grandemente al éxito de la revolución inglesa de 1688 en la que triunfaron las fuerzas protestantes; el parlamento proclamó

47*. Locke, John citado por Darío Samper. Sociología: Historia y Teoría. Bogotá, Contraloría General de la República, 1974, p. 83.

reyes a María II y a su esposo Guillermo de Orange y publicó una declaración de Derechos a la cual debieron someterse los reyes.

Esta declaración era una enumeración detallada de las libertades: El rey no podía percibir impuestos, ni suspender la aplicación de las leyes, o sostener un ejército permanente, sin consentimiento del parlamento; todo ciudadano podía ejercer el derecho de petición ante el rey para obtener el amparo de sus derechos, etc. Era una ratificación y extensión de los derechos proclamados en la carta Magna de 1215. Surgió de esta manera la primera monarquía constitucional de los tiempos modernos.

Estos dos grandes pensadores se convirtieron en los líderes ideológicos de los grandes cambios políticos que se produjeron a finales del siglo XVIII y sus obras tendieron las bases para todo el desarrollo del liberalismo que han subsistido hasta hoy en gran parte del mundo desde la "Gloriosa Revolución" de 1688 que fue el preludio de la Revolución Francesa. Crearon el mito de la libertad individual garantizada por la separación de los poderes, separación que nunca ha existido; y por la ley que, además, asegura, según ellos, la igualdad y la justicia, valores que tampoco nunca han existido, salvo para la clase gobernante, por lo cual jamás han sido derechos, sino privilegios. La separación nunca puede existir porque el poder no puede deslindarse ya que lo posee y lo utiliza para su provecho la clase que tiene el poder económico; esta clase no puede dividirse porque es imposible, y, además, es absurdo suponerlo. En ella se producen cambios, según sea uno u otro el sector de la economía que predominen en una etapa determinada. Las divergencias que se dan éstas, readquiere su monolítica contextura para continuar dominando y gobernando. Pero, las ideas de estos teóricos políticos contribuyeron, al ser llevadas a la práctica en Estados Unidos de Norteamérica y en las Repúblicas de Sur América, a frenar el poder del presidente, como logró moderar a los reyes en las monarquías constitucionales según el modelo implantado en Inglaterra en 1688.

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778). Desarrolla la teoría del contrato social propuesta en términos generales por Samuel Pufendorf y por John Locke, entre otros. Rousseau hace la exposición articulada de sus ideas en el Contrato Social. El hombre en estado de

naturalidad se encontraba indefenso, a pesar de gozar de plena libertad; para sobrevivir y conservarse forma " por agregación una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia; pero para evitar la destrucción y aniquilamiento del individuo por la suma de fuerzas con- curren- tes es preciso: " En contrar una forma de aso- ciación capaz de defender y proteger con toda la fuer- za común la persona y bienes de cada uno de los asocia- dos; pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y queda tan libre como antes ". La meta es, pues, el libre desenvolvimiento de cada uno como condición del libre desenvolvimiento de todos.

Respecto al contrato natural expresado que hay una La cláusula que resume el contrato social es la- entrega total de cada asociado a favor del común; como la entrega debe ser total por parte de todos, se obtie- ne la igualdad, y la unión es perfecta y muy fuerte. - No manda ya la voluntad individual, sino la general. - Las normas son obligatorias porque son mutuas, " y son de tal naturaleza que cumpliéndolas, no podemos traba- jar para los demás sin que trabajemos para nosotros mis- mos".

La soberanía reside en los asociados y no en las funciones legislativas, ejecutiva y judicial. El jefe del gobierno es solamente un mandatario del soberano, cometido por tanto a la voluntad general; es el " en- cargado de la ejecución de las leyes y de la conserva- ción de la libertad, tanto civil como política". El poder soberano, a pesar de ser sagrado, inviolable, in- alienable e indivisible no puede transpasar los límites de las convenciones generales " no tiene facultad pa- ra gravar a un súbdito más que a otro, porque haciéndo- se entonces el asunto particular, su poder no es com- petente".

El mayor de todos los bienes, que debe ser el fin de toda legislación, son la libertad y la igualdad: - " La libertad porque toda sujeción particular es otra- tanta fuerza quitada al cuerpo del Estado; la igualdad, porque sin ella no puede haber libertad". En cuanto a la igualdad afirma: " no se ha de entender /.../ que- los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que el poder esté siempre exento de toda violencia y se ejerza solo en virtud del rango y de las leyes; y en cuanto a riqueza: que ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro, y ninguno tan- pobre que se vea precisado a venderse...". En otra pá- gina afirma: " En un mal gobierno esta igualdad solo es

Vir bajo las leyes que les procuran la seguridad y la propiedad.
 Esta libertad civil consiste al mismo tiempo en no ser forzado
 a hacer aparente e ilusoria: sirve tan solo para mantener al
 pobre en la miseria y al rico en la usurpación. De
 hecho, las leyes siempre son útiles a los que poseen
 y perjudiciales a los que nada tienen, de lo que se
 sigue que el estado social solo es ventajoso para los
 hombres cuando todos tienen algo, y cuando ninguno de
 ellos tienen demasiado. " Con esta aseveración tan
 rotunda y desafiante, Rousseau demuestra que aunaba
 maravillosamente un sentido idealista del Estado con
 un criterio objetivo de la sombría realidad que la prá-
 cticapolítica manifiesta en todos los tiempos que re-
 gistra la historia.

Respecto al derecho natural expresa que hay una
 justicia universal emanada de la sola razón, pero como
 no existe sanción natural. " Las leyes de la justicia
 son inútiles entre los hombres; solo producen el bien
 del malvado y el mal del justo cuando éste las obser-
 va para con todos sin que nadie las observe con él.
 Luego es preciso que haya convenciones y leyes para
 definir los derechos a los deberes y dirigir la justicia
 hacia su objeto....." (46)*.

Rousseau propone una forma de estado socialista
 y no individualista; sin embargo, figura como uno de
 los padres del individualismo liberal; quizá por esa
 tendencia de los teóricos y prácticos de la política
 de interpretar solo una parte del pensamiento de los
 autores, y solo la parte que les conviene a sus intere-
 ses. Es la tergiversación de las ideas para cohones-
 tar ciertas actitudes y planteamientos.

Jaucourt, el encargado de redactar los temas de
 la libertad para la Enciclopedia, define la ley natu-
 ral como " el derecho que la naturaleza da a todos los
 hombres de disponer de sus personas y de sus bienes,
 de la manera que juzguen más conveniente a su dicha,
 bajo la restricción de que lo hagan dentro de los tér-
 minos de la ley natural, y que no abusen en perjuicio
 de los demás hombres". El más precioso de todos los
 bienes del hombre es el estado de libertad.

Respecto de la libertad civil o "Derechos de las
 naciones", afirma que " es la libertad natural des-
 pojada de esta parte que constituía la independencia
 de los particulares y la comunidad de bienes, para vi-
 48*. ROUSSEAU, Jean Jacque. El Contrato Social. Edito-
 rial Bedout, Medellín, 1974, pp.21 y 30, li-
 bro primero; pp.37,39,42 y 59, libro segun-
 do; p.65, libro tercero.

Vir bajo las leyes que les procuran la seguridad y la propiedad. Esta libertad civil consiste al mismo tiempo en no ser forzado a hacer una cosa que la ley no ordena; uno no se encuentra en ese estado, sino en cuanto es gobernado por leyes civiles; por lo tanto, cuanto mejores son esas leyes, mayormente la libertad es dichosa, es plena".

Afirma que no hay un concepto que haya afectado a los hombres de tan diversos modos como el de la libertad; para unos es la capacidad de deponer al gobernante tirano; para otros consiste en elegir al que ha de gobernarlos y a quien deben obediencia; para otros consiste en el derecho de estar armado y en el poder de ejercer violencia; otros la refieren a una forma determinada de gobierno con exclusión de cualquier otra; "sin embargo, la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiera hacer lo que ellas prohíben, nunca más habría libertad, /.../. Es verdad que esta libertad no se encuentra sino en los gobiernos moderados, es decir, en los gobiernos cuya constitución es tal que nadie está constreñido a hacer las cosas que la ley no le obliga ni a hacer las que la ley le permite. La libertad civil se funda, pues, en las mejores leyes que sean posibles...".

Con relación a la libertad política "o derecho político" dice que es "la tranquilidad de espíritu que procede de la opinión que cada uno tiene de su seguridad y para que uno posea esta seguridad, es preciso que el gobierno sea tal, que un ciudadano no pueda temer a otro ciudadano. Las leyes civiles y políticas buenas aseguran esa libertad...". Y como buen ilustrado realista a nota que, además, de la ley fundamental o constitución "hay una especie de leyes fundamentales de derecho y de necesidad esenciales a todos los gobiernos, aún en los Estados en que la soberanía es, por así decirlo, absoluta; esta ley es la del bien público, de la cual el soberano no puede separarse sin faltar más o menos a su deber" (49)

Me contento con haber hecho estas transcripciones porque son muy explícitas y cumplen perfectamente mi aspiración de presentar criterios precisos y fundamentales que por - - -

49. JAUCOURT. Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts, et de métiers: 1751-1772." J'ai lu l'essentiel ". Articles les plus significatifs...choisis et présentés par Alain Pons. Saint-Amand, France, 1963, pp. 405 a 409. Traducción de Iñano Ramiro Pabón D.

miten comprender la evolución del concepto de libertad. El concepto primordial con que Jaucourt entiquesce la teoría política es que la libertad civil a través de leyes debe procurar la seguridad y la propiedad; ésta última que no precisa el alcance relativo de la propiedad; pero es de suponer que se refiere a la propiedad ilimitada.

La revolución ideológica propiciada por Locke y el barón de Montesquieu, desencadenó un enorme impulso al desarrollo de la ciencia y de la técnica. Surgió la Economía política con Quesnay (1694-1778) y con Adam Smith (1723-1790); sus ideas expuestas en obras de gran trascendencia en la época contribuyeron a crear el ambiente propicio para que la insurgencia de los mercaderes o burgueses culminara consagrada en las leyes para destruir el modo de producción feudal que resultaba ya demasiado retardatorio.

Quesnay afirmaba que la economía no debía continuar sujeta a tantas trabas legales, sino disfrutar de libertad para lo cual era preciso: "No gobernar ni reglamentar demasiado". Gornay, su discípulo, concretó esa libertad en la máxima: "Dejad hacer y dejad pasar"; con lo primero se refería a la libertad que requería la artesanía y la industria, en contra de las monopolías del Estado; lo segundo se refería a la libertad que requería el comercio entorpecido no solo por las aduanas entre países, sino por las aduanas internas, diversos sistemas de pesas y medidas, la prohibición del tráfico de los cereales los cuales debían consumirse en el lugar de producción, etc. Se requería, pues, libertad de producción y libertad de comercio.

Con Adam Smith surgió el liberalismo económico. Sostuvo que la única verdadera fuente de riqueza era el trabajo y que éste debía realizarse con total libertad. Reclamó del Estado que no interviniera porque al buscar cada uno de los individuos su propio bienestar promueve la satisfacción de las necesidades ajenas mejor que a través del gobierno más previsora y prudente. El Estado solo debe intervenir para mantener y garantizar la libertad individual.

Estas ideas económicas sumadas a las ideas políticas de Locke, Montesquieu y los Enciclopedistas, in-

crementaron el vigor de los empeños de los burgueses - para liberar la industria y el comercio. La fuerza de esta enorme presión se manifestó a través de las decisiones del señor Turgot, ministro de Luis XVI, quien como economista pretendió mediante reformas evitar la catástrofe de la monarquía francesa: recorte en los gastos de la corte, libertad de comercio de cereales, sujeción de las corporaciones para promover la libertad industrial; abolición de los privilegios del clero y de la nobleza en lo relacionado a la exención de impuestos. Todas estas reformas fueron aceptadas, salvo la de que todos los terratenientes pagaran impuestos; éstos ejercieron su poder y lograron que el rey prescindiera del Ministro. Este fracaso reformista por debilidad del rey y efectivo poder del clero alto, de los nobles y demás terratenientes, avivó los ánimos de los burgueses y del pueblo pobre. La revolución sería una realidad que la monarquía y sus apoyadores no podrían impedir.

Ante la furiosa sublevación armada de los campesinos, quienes asaltaron castillos y residencias señoriales y el 14 de Julio de 1798 unidos al pueblo parisien se tomaron la prisión de La Bastilla, la asamblea de los Estados Generales aniquiló legalmente el régimen feudal herido de muerte por la revuelta popular. Abolvió las distintas trabas como la talla, la corvea, las banalidades, los diezmos, los derechos de caza y taban libre y los mercaderes y artesanos no maestros quedaban emancipados de los estorbos que impedían o limitaban sus pretensiones comerciales o de producción independiente. El poder de los nobles y del clero alto había desaparecido; a pesar de que en la Asamblea contaban con un número igual al del pueblo o tercer Estado.

Las ideas políticas y económicas se plasmaron en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano (agosto 27 de 1789). Fueron los principios legales fundamentales del nuevo régimen económico, el cual con reformas más o menos grandes subsiste en buena parte de las naciones.

B. Declaración de los Derechos del Hombre.

En el preámbulo la Asamblea estableció que consideraba que "las únicas causas de las desventuras públicas, y de la corrupción de los gobiernos", "eran" la ignorancia, el olvido o el menoscupio de los derechos

del hombre"; lo mismo que se puede decir hoy cuando - en todos los países, si no se los ignora, se los desprecia y se los pisotea sin que nadie pueda impedirlo con eficacia. El iusnaturalismo se concretó en los dos primeros artículos de manera directa: El primero "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común"; el segundo determina la finalidad del Estado: "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. " El tercero concreta la concepción de los contractualistas Pufendorf, Locke y, sobretodo, de Rousseau acerca de la soberanía: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación: ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente." El cuarto fija el alcance de la libertad que "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....". Es decir, el concepto clásico del iusnaturalismo: el derecho de cada persona llega hasta donde principia el derecho de los demás. Como resulta casi imposible fijar esos linderos, los assembleístas acudieron a la fórmula de transacción: "Esos límites no pueden determinarse más que por la ley".

En el resto de los artículos se precisan otros derechos o libertades, como la religiosa consagrada en el artículo décimo; el undécimo consagra la forma de libertad cuya necesidad se siente hoy más que nunca - cuando los maravillosos e impactantes medios de comunicación pertenecen al Estado o son controlados por este muy consistente y eficazmente; el artículo dice: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir o imprimir libremente; pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley". Como expresión no requiere en verdad ni un solo retoque; esta forma de libertad sigue siendo uno de los derechos más preciosos. El duodécimo es una aspiración maravillosa por lo idealista: La fuerza pública está constituida para "la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano", está "instituida en provecho de todos y no para la utilidad particular de aquellos a quienes está confiada".

La Asamblea embriagada por el gusto de la libertad, declaró que estos derechos eran naturales, o sea, inherentes a la calidad humana, immanentes en ella; imprescriptible, es decir, que no puede perderse por efecto del tiempo; inalienables, vale decir, que la renuncia que de ellos haga un hombre, es inválida; en el preámbulo utilizó también el calificativo de "sagrados" o sea, ratificados por Dios.

La constitución dictada por la Asamblea revolucionaria de 1791, incluyó como preámbulo la declaración de estos derechos.

siguiendo los delineamientos de Montesquieu dividió el poder en tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. La ejecutiva sería desempeñada por el rey que era, cuestión paradójica, inviolable e irresponsable; tenía derecho de sancionar las leyes y derecho a veto suspensivo respecto a las leyes que objetara, las cuales podía detener durante dos meses, al término de los cuales si la Asamblea persistía el rey debía sancionarlas. Los jueces debían ser elegidos por el pueblo. La función legislativa sería cumplida por una Asamblea constituida en una sola cámara.

C. Papel de la Burguesía

Pero a la hora de la práctica resultó que las pretensiones del pueblo quedaron burladas porque los burgueses ricos astutamente prevalecieron en la Asamblea para adueñarse del poder real; lograron que el sufragio fuera censatario, o sea, el sistema Solón en Atenas (cuatro clases) y del rey romano Servio Tulio (seis clases). Así la aristocracia de la cuna que había tenido tanto en Atenas como en Roma y en Francia y en el resto de Europa el poder político como el económico, en esta oportunidad nuevamente fue reemplazada poco a poco por la aristocracia de la fortuna que en Francia ya no estaba representada exclusivamente por la propiedad de la tierra y de las viviendas, sino por la mercancía y el dinero efectivo que desarrollaba otra riqueza, la del capital financiero con los bancos, las sociedades anónimas, comerciales, y los títulos valores como la letra de cambio.

En efecto, por esta disposición solo pudieron votar los ciudadanos que pagaban ciertas contribuciones al Estado. Esto permitió que la burguesía se apoderara

poco a poco de la asamblea legislativa y de los gobier-
nos locales o comunas que se constituyeron para desco-
ntralizar el gobierno. De aquí en adelante, hasta nues-
tros días en los países de corte capitalista, fue la -
burguesía la que para sus intereses se adueñó del po-
der y manejo la libertad de los individuos según su a-
naño.

No llama la atención que los héroes de nuestra -
independencia en la primera constitución de la Gran Co-
lombia, la de Cúcuta de 1821, al tiempo que en el ar-
tículo tercero afirmaba que " Es un deber de la nación
proteger por leyes sabias y equitativas la libertad, -
la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los
colombianos", establecía que para ser " sufragante pa-
rrroquial" era necesario: "... 40: Ser dueño de algu-
nas propiedades raíz que alcance al valor libre de diez
pesos. Suplirá este defecto el ejercitar algún oficio,
Profesión, comercio o industria útil, con casa o taller
abierto, sin dependencia de otro en clase de jornalero
o sirviente"; y para ser elector se requería: "...40.:
Ser dueño de una propiedad raíz que alcance el valor -
libre de quinientos pesos, o gozar de un empleo de tres
cientos pesos de renta anual, o ser usufructuario de -
bienes que produzcan una renta de trescientos pesos anua-
les, o profesar alguna ciencia o tener un grado cientí-
fico" (50)*1

Con esto, la revolución había fracasado en sus -
intentos fundamentales; los siervos se habían liberado
de los señores feudales; los siervos se habían liberado
de los señores feudales, de la nobleza y del clero al-
te y se convertían en personas que dentro de la liber-
tad contractual pedían vender su fuerza de trabajo, pe-
ro su precio dependía de la voluntad exclusiva del bur-
gués industrial o agricultor, banquero o comerciante.
La proclamación de las libertades había sido un señue-
lo para condenarlo al contrato de trabajo; era libre -
para trabajar bajo las condiciones impuestas por el ca-
pitalista o para no trabajar y sufrir las consecuencias
de la holganza. El contrato de trabajo se convirtió -
en el vínculo de una nueva servidumbre.

La declaración de los Derechos del hombre de 1789
más o menos siguió los delineamientos de la Declaración
de Derechos de Virginia, USA, de 1776. El artículo es

50*. Constitución de Cúcuta de 1821. Banco Popular, -
Biblioteca. Bogotá, Editorial Kelly, 1971,
pp. 31 y 33.

gundo de ésta decía: " que todo el poder reside en el pueblo y, por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores y en todo tiempo responsables ante él ", aspiración que con variantes formales figura en toda constitución actual, y que en todos los países capitalistas y socialistas, no pasa de ser pura letra muerta, porque por encima de todo la soberanía reside en la clase que gobierna la cual puede ser más o menos consciente y benigna para reconocer, otorgar y respetar ciertos derechos a las clases marginadas. El artículo tercero hace una anotación interesante cuando expresa que la mejor forma de gobierno " es la que es capaz de producir el más alto grado de felicidad y seguridad y esté más eficazmente garantizada contra el peligro de una mala administración... ". Respecto al sufragio dice el artículo 60.: " que todas las elecciones deben ser libres y que todos los hombres que ofrezcan garantías suficientes de un interés común permanente y de amor a la comunidad tienen derecho de sufragio... ". Naturalmente se entendía que los esclavos no ofrecían esas garantías.

Estas declaraciones así como la de las Naciones Unidas de 1948 y de los Estados Americanos en este mismo año, se inscriben en las concepciones del iuanaturalismo en sus diversas tendencias. Son anhelos motivados por una realidad que demuestra que el poder político y económico no se propone de modo serio conseguir para los individuos los poderes y libertades que la razón descubre y que la voluntad persigue.

La burguesía ha sido la ideología que mejor ha sabido aprovechar las concepciones filosóficas, científicas, políticas y artísticas en su beneficio. Para ello las tergiversa, las mutila, las distorsiona. La igualdad en derechos de la declaración de 1789 y de la constitución francesa de 1791, como de las constituciones actuales, no incluye la igualdad económica; es la igualdad ante la ley o la o la desaparición de los privilegios de que estaban rodeados la nobleza y el clero alto. Respecto a la libertad, la forma principal y única necesaria era, para la burguesía, la contractual. Todo hombre es libre de disponer de sus bienes y de adquirir otros como también de prestar sus servicios como obrero en las fábricas, la agricultura, como empleado en oficinas o como profesional de artes útiles, de bellas artes y de artes liberales; cuenta, para ello con la libertad contractual claramente establecida y garantizada por la ley.

La burguesía aprovechó magníficamente las lecciones de los economistas liberales, Adam Smith y Ricardo David para establecer su poder económico y consolidar su poder político. Durante la Revolución Francesa su comportamiento fue supremamente astuto: contribuyó a aprobar todas las libertades que el pueblo reclamaba para liberarse del viejo régimen, hasta la de "resistencia a la opresión"; y mientras los líderes jacobino y girondinos, llevaban al movimiento a la total anarquía y se mataban entre ellos, la burguesía salió triunfante con la obtención de las libertades de industria y de comercio que eran las que le interesaban para sus pragmáticos intentos y objetivos.

Fue maestra en el oportunismo. Ejemplo señalado de su actitud en política fue: Joseph Fouché (1759 - 1820) quien fue miembro de la convención o asamblea, respaldó a Robespierre, fue sanguinario en la represión de la revuelta de Lyon (1794); Luego se declaró enemigo acérrimo de Robespierre, fue nombrado ministro de Policía durante el Director (1799), posición desde la que apoyó el golpe de Napoleón; se mantuvo en el dargo durante todo el gobierno de ésta aún durante la restauración de la monarquía y durante la recuperación del poder por Napoleón durante "los cien días"; en 1816 acusado por ricidio, pues, había contribuido a la condena de Luis XVI, debió exiliarse.

Para la burguesía las leyes importantes eran las de la economía: La de la oferta y demanda que debe regular el mercado libre sin que el Estado intervenga: esta ley le permitió jugar con los precios; los aumentaba cuando le convenía mediante escasez ficticia; entonces la demanda crecía y como la oferta era muy baja los precios subían necesariamente; los rebajaba artificialmente aún con pérdida para las industrias cuando debía aplicar la otra ley fundamental: la de la libre competencia, a fin de eliminar a un competidos. Había asimilado perfectamente la aplicación económica que sus ideólogos hicieron de las investigaciones biológicas de Charles Darwin (1809-1882), la ley de la selección natural de las especies, la violenta lucha por la sobrevivencia (struggle for life), lucha en que vencen los más fuertes, los demás deben parecer. Esta lucha sin cuartel es de vital importancia para la industria capitalista la cual sin competencia deja de medrar y se estanca.

Por otra parte la ley de la oferta y la demanda libres, sin que el Estado pudiera fijar y hacer cumplir cier-

tos toques, influyó sobre el alza y baja de los salarios. Si la oferta era excesiva y, por tanto, excesivos, también la producción de una industria determinada, el capitalista arreglaba el asunto a su favor o disminuyendo el salario o despidiendo a los obreros innecesarios.

El liberalismo económico se opuso en un principio a la asociación sindical de los trabajadores; cada uno debía contratar por separado con su patrono. La oposición inicial se fundaba en la opinión abiertamente sostenida de que la asociación era un regreso al corporativismo de los gremios que habían sido abolidos por la Asamblea constituyente de Francia como realmente perjudiciales al desarrollo de la industria y del progreso de las naciones que requerían que el obrero gozara de plena libertad individual para contratar. El trabajo se convirtió en una mercancía sometida al igual que las mercancías a la ley de la oferta y la demanda. Los economistas sostenían que había que ser inflexible en esto porque la superproducción traería la ruina al capitalismo.

La libre concurrencia implica la libertad de producción y la libertad de comercio por la cual cada productor escoge los mercados donde vender sus mercancías, la cantidad de esta y su precio; y de este modo incrementa la competencia para que ésta produzca la selección natural que la efectúa el consumidor hasta cierto punto y la capacidad económica de la empresa que quiere adquirir un mercado determinado. Para evitar la rivalidad perjudicial, los capitalistas acudieron a la formación de los carteles y trusts mediante la asociación de empresas cuya producción fuera similar; así constituyeron los grandes monopolios que lograron eliminar a los pequeños productores hasta reducirlos a la miseria, pues, debían cerrar sus industrias al no poder competir con los precios más bajos que imponía el monopolio.

En la actualidad el capitalismo mantiene la tendencia a la asociación monopolística a nivel internacional y mediante la más bajas artimañas se concentra muchas industrias paralelas y, de este modo, concentra la producción de elementos complementarios a la industria principal.

El individualismo liberal exaltó el derecho de propiedad que prácticamente no tuvo ninguna limitación;

además, jurídicamente desarrolló la libertad contractual, como el máximo símbolo de la libertad individual real, y como complemento del derecho de propiedad; según esto, la libertad de prensa, por ejemplo, es interesante, pero no tiene incidencia efectiva en la vida real; en verdad, el capitalismo hasta llega a respaldar abiertamente las libertades que no interfieren en el desarrollo de las grandes leyes económicas; pues, le sirven de propaganda. Como lo observó Harold Laski el liberalismo "siempre adoleció la incapacidad de comprender que grandes posesiones significan poder tanto sobre los hombres y mujeres como sobre las cosas; nunca quiso admitir cuán poco significa la libertad contractual cuando está separada de la igualdad del poder de negociar; nunca intentó darse cuenta plenamente de las consecuencias de la despersonalización de la industria, de la transformación del obrero - la expresión es significativa - en "mano de obra" (15)*.

El individualismo refuerza el valor de la voluntad de la persona en la contratación de obligaciones: Los hombres están ligados obligatoriamente porque lo han querido. La voluntad individual es la que crea las relaciones jurídicas para dar origen, transformar o extinguir obligaciones. Más aún, el que consiste en un acto jurídico de manera suficientemente inteligible de modo que pueda probarse, ejerce un derecho inalienable y sagrado, y por tanto dentro de esa libertad que tiene de disponer de sus bienes manifiesta el principal atributo de su personalidad. Con base en esto, consentir libremente no significa perjuicio, sino realización de la personalidad: Volenti non fit injuria. Además, algunos juristas llegaron a afirmar, como los expresan Ripert y Boulanger que "Esa voluntad humana la que ha creado la obligación y, como la obligación tiene la fuerza de la ley, es la voluntad la que ha hecho la ley, de ahí la expresión de la autonomía de la voluntad" (52)*.

La lógica del individualismo manejado por la burguesía es arrapante: si los hombres son libres e iguales por naturaleza, no deben sujetarse sino por su propia voluntad; el contrato es la expresión de la voluntad, luego todo contrato es la manifestación de la libertad de los hombres. Por esta razón se llegó a hablar de la autonomía de la voluntad exclusivamente referida a la libertad contractual; por un proceso de generalización.

51*. Laski, Harold. El origen del Liberalismo Europeo. Citado por Michele Abbate en Libertad y Sociedad de Masas. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974, p. 107.

52*. Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Op. Cit. p.19.

neralización que se produce ante el énfasis que se pone en una idea, se llega a estrechar lógicamente un concepto. Contra la evidente estos autores se atreven a hacer esta advertencia o aclaración: "No debe confundirse la teoría de la autonomía de la voluntad, que es una concepción filosófica con el principio de la libertad contractual, que es una regla técnica de organización..." (53)*.

Los juristas al servicio del nuevo modo de producción, reforzaron el concepto de los canonistas de *pacta sunt servanda* con el cual habían logrado éstos influir en el desarrollo de los contratos consensuales. Debían mantenerse el concepto moral de la fidelidad no solo al juramento, sino a la palabra con la cual se garantizaba un contrato fundado exclusivamente en el consentimiento de las partes. El código de Napoleón, que fue la legislación que respaldó la nueva situación política y económica, concedió seriedad a la promesa verbal de contrato. La razón era que siendo el hombre libre, la declaración de su voluntad con la cual concuerda la de otro, es suficiente para la existencia de la obligación.

Mas aún, se llegó a afirmar y sostener que solo la autonomía de la voluntad realizaba la justicia contractual siempre; y que el contrato es superior a la ley, la cual no debe sino suplir ciertos detalles no expresados por la voluntad declarada de los contratantes o que por falta de conocimiento específico de algunos aspectos sobre el objeto del contrato, no podían precisarlos. A este respecto los citados autores reproducen esos criterios así: "El deudor no puede quejarse de verse obligado injustamente, puesto que ha querido ser obligado. *Volenti non fit injuria*. Quien dice contractual, dice justo" ha escrito Fouillée que es discípulo de Kant, y el propio Kan ha escrito: "Cuando alguien decide alguna cosa con respecto a otro, es siempre posible que le cometa alguna injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide por sí mismo" (54)*.

Esta concepción sobre la autonomía de la voluntad inspiró muchas normas del código de Napoleón, como el art. 1134: "Las convenciones formadas legalmente ocupan el lugar de la ley (*tiennent lieu de loi*) con respec-

53*. Ibid. P.20

54*. Ibid. P.21

Esta concepción sobre la autonomía de la voluntad inspiró muchas normas del código de Napoleón, como el art. 1134: "Las convenciones formadas legalmente ocupan el lugar de la ley (tiennent lieu de loi) con respecto a aquellos que las han celebrado". Se podría traducir esa expresión por "sustituyen la ley". En nuestro código corresponde al art. 1602 que se expresa mejor esta idea: "es una ley para los contratantes." y agrega: "y no pueda ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Las causas legales eran la violación de la ley imperativa o la existencia de claros vicios del consentimiento. Si es injusto para una de las partes y la otra no consiente en su modificación o en su resolución, el contrato persiste y debe ser cumplido so pena de sufrir las consecuencias de las acciones legales a través del proceso. Sobretudo cuando todavía no se admitía la revisión de los contratos por autorización de la ley, pues, no se admitía la imprevisión como causal de nulidad del contrato.

El art. 1603 C.C.C. establece que "los contratos deben ejecutarse de buena fe", y agrega algo como para comprometer y ligar más a las partes: "y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella". Esto como para impedir toda revisión por imprevisión, la cual en Colombia nunca ha sido admitida en contratos de compraventa, permuta o cesión de derechos y demás contratos, salvo en el contrato de trabajo por disposición del Decreto 1258 de 1959, art. 38, que corresponde al art. 50 del C.S. del T. que ordena que todo contrato de trabajo es revisable cuando "sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica; si no hay acuerdo de las partes, sobre tales alteraciones será la justicia del trabajo la que debe decidir". Magnífico avance en la socialización del derecho.

Respecto al art. 1602, Raimundo Emiliani Román escribe: "Este artículo consagra con la mayor amplitud posible el principio de la autonomía de la voluntad, porque de acuerdo con él, la voluntad de las partes crea la ley entre ellas. Y, para que no haya dudas, el legislador califica o reconoce como ley esas normas voluntarias. La voluntad, pues, tiene fuerza de ley, y por ello la del Estado no se le puede sobreponer, sino que su función es respetarla y hacerla respetar de los demás y entre las partes, excepto, natural

mente, las leyes estatales imperativas" (55)*.

Nuestro código es claramente individualista. Las limitaciones que establece a la libertad contractual-- con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. El art. 6 del C.C., inciso segundo, ordena: "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra la expresa prohibición de la ley..."; el art. 16 prescribe: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres". Habla de orden y uno se orden público. El art. 15 del mismo código establece: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia". Es claro que cuando el acto es contrario a las leyes imperativas, es nulo y su nulidad es absoluta, art. 1741 C.C.; pero cuando es contrario a las buenas costumbres, podrá anularse si nunca se han definido las buenas costumbres que atienden a la moral y no a lo jurídico?

El obrero no podía alegar la injusticia de su contrato, pues, había consentido en él. Así el proletariado de las fábricas, de la producción agrícola y de las minas se convirtió en siervo voluntario. Como la expansión del comercio exigía altas cuotas de producción, los capitalistas exigieron una jornada de trabajo excesiva de catorce y dieciséis horas. Solo en 1849 la Asamblea Legislativa francesa fijó el máximo de la jornada de trabajo en doce horas. (56)*.

Este abuso más el conocimiento de la situación de vivienda y de alimentación infrahumanas, el trabajo desproporcionado a sus fuerzas que cumplían mujeres y niños han motivado condenaciones severas como: "...los obreros en la primera mitad del siglo XIX vivieron en pobres condiciones que los más miserables en los siglos precedentes" (57)*. Unos cuantos hombres de la multitud innumerable han puesto sobre los hombros de la multitud innumerable de proletario un yugo que difiere muy poco del de los esclavos" escribía León XIII en su Encíclica Rerum Novarum.

55*. Emiliani Román, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Bogotá, Editorial Temis, 1980, p.60.

56*. Ripert, Georges y Boulenger, Jean. Op. Cit, p.95, - nota No. 68.

57*. Dolléans, Edouard. Histoire du travail en France, - 1935. Citado por Hannah Arendt en "El hombre y el Trabajo", Revista Eco, tomo III, Bogotá, - julio, 1961, p.272, nota 12.

varum refiriéndose a la situación obrera de finales de ese siglo.

Pero hay que reconocer también que el liberalismo económico ha contribuido muy eficazmente al desarrollo de la ciencia, de la técnica, de la industria y un extraordinario incremento de la riqueza; y que fomentó la educación de las gentes en todos los niveles y luchó por la desaparición, o al menos, por la mengua de las discriminaciones sociales hasta el punto de que hoy resulta anacrónico y extravagante la jactancia basada en abolengos y estirpes.

La libre creación de sindicatos profesionales; pero solo la ley del 8. de julio de 1901 reconoció la libertad de asociación. Los sindicatos, en U. S. Socialización del Terrestre, traza una fuerza de presión para obtener una legislación más avanzada en diversos campos.

El aporte de los iusnaturalistas fue considerable en esta etapa: contribuyeron a la creación del ambiente ideológico necesario para que los campesinos franceses se rebelaran sangrientamente, hecho que desencadenó la Revolución Francesa; participaron en la creación de los instrumentos jurídicos en la Asamblea para que desapareciera legalmente el régimen feudal con lo cual se eliminó el vasallaje y las trabas al desarrollo de la ciencia, de la industria y del comercio. No pudieron evitar que la afirmación de la libertad individual tomara el rumbo que le diseñó la burguesía y se llegara al exceso individualista con todos sus nefastos resultados; pero favoreció la posibilidad de otras libertades como la religiosa y la de palabra y prensa.

Humanizó el derecho penal y sus procedimientos. Por disposición de la ley desapareció en Francia y en otros países europeos la llamada Carta Sellada que era el instrumento de arbitrariedad de los reyes mediante el cual disponían de la libertad y de la vida de las personas sin existencia de un proceso.

Con el estímulo del libre examen, actitud que provenía del Protestantismo, dió un rudo golpe al dogmatismo de la Iglesia Católica y del calvinismo; contribuyó a la eliminación de los procesos contra la hechicería y los de la Inquisición que tanto daño hicieron a la ciencia y a la libertad. En Colombia la ley del 7 de Septiembre de 1821 abolió esta detestable y arbitraria institución eclesiástica. El art. 10. dice: "Se extingue para siempre el Tribunal de la Inquisición, llamado también Santo Oficio; jamás podrá restablecerse,

y sus bienes y rentas se aplicarán al aumento de los fondos públicos" (58)*.

Gracias a su influjo las naciones empezaron a legislar sobre diferentes materias para poner fin a los abusos de la burguesía. El Estado comprendió su obligación de intervenir para remediar las injusticias, especialmente en el campo laboral. Así el Estado pasó poco a poco de Estado gendarme a Estado protector e intervencionista. En Francia, según Ripert y Boulanger, autores tantas veces mencionados, la ley del 21 de Marzo de 1884 permitió la libre creación de sindicatos profesionales; pero solo la ley del 9 de julio de 1901 reconoció la libertad de asociación. Los sindicatos, en un principio, constituyeron una tremenda fuerza de presión para obtener una legislación más avanzada en diversos campos.

Hacia finales del siglo pasado, se inició la lucha contra el individualismo liberal excesivo. El Estado abandonó la posición de espectador a que lo había reducido el liberalismo económico y empezó a legislar sobre higiene, educación, asistencia social, y profesiones, seguridad laboral, etc. Poco a poco extendió su legislación a ciertos aspectos del contrato de trabajo como producción de la jornada, prohibición del trabajo de los niños en fábricas, en la agricultura y en la explotación de las minas; limitación del trabajo de la mujer; estableció el descanso dominical remunerado y limitó el trabajo nocturno, etc.

Los juristas plantearon teorías que apuntaban a la justicia como la del abuso del derecho y la revisión de los contratos. Según la concepción liberal individualista el ejercicio de un derecho, según Carbonnier, "no comporta ninguna otra limitación que aquella que resulta de su definición material" o colocándose dentro del esquema del artículo 1332 del código civil francés, "nemo tenetur in suum ius utatur", el derecho confiere irresponsabilidad" (59)*.

58*. Congreso de Cúcuta de 1821. Constitución y Leyes. Banco Popular, Biblioteca. Bogotá, Editorial Kelly, 1971, p.141.

59*. Carbonnier, Jean. Droit civil. Tome second. Les biens et les obligations. Presses Universitaires de France, Troisième édition, Paris, 1962.

Según el planteamiento iusnaturalista, el Estado no puede proteger jurídicamente el uso de un derecho por actos que sin llegar a constituir delito o ser consecuencia de culpa e imprevisión, lesionen el derecho de otro. Mas aún, se ha llegado a considerar abuso del derecho el no uso del derecho que una persona tiene sobre un bien al cual se le puede asignar una función social, como la explotación de un terreno cuando el dueño tiene los medios para ello o cuando sin tenerlos, no le arrienda para un tipo de aprovechamiento adecuado. Surge entonces el interés social sobre los bienes, el cual se sobrepone al interés meramente egoísta que se desprende de la interpretación extralimitada del derecho de propiedad.

Dentro de las corrientes iusnaturalistas aparecen las enseñanzas del papa León XIII y sus sucesores. León XIII con su Encíclica Rerum Novarum (1891), reconoció la existencia y suma gravedad de la cuestión obrera, propuso una solución por la explotación capitalista; al tiempo que atacó severamente la posición marxista, propuso soluciones como la de que el Estado debía intervenir en la solución de la injusticia que padecían los obreros, mediante una legislación que extirpara los abusos o, al menos, los frenara, como una mayor reducción de la jornada, prohibición de trabajo de los niños, limitación del trabajo de los menores de 18 años y de las mujeres, atención a éstas durante el embarazo y la crianza de sus hijos, determinación de salarios justos, etc.

La doctrina iusnaturalista de diferentes matices y tendencias, unida a las luchas obreras y a las doctrinas socialistas de diverso cuño, pero especialmente de los marxistas, contribuyó grandemente a desencadenar un proceso de socialización del derecho, de modo particular en el campo laboral el cual se enriqueció de tal manera que no tardó en separarse de la legislación civil, para constituir una rama autónoma como lo exigían las turbulencias de la época y la necesidad de los Estados de plantear soluciones para evitar revoluciones que dieran al traste con el sistema de producción capitalista.

Una de las revoluciones más importantes del siglo XIX fue la de 1848 que iniciándose en Francia, se extendió a toda Europa. El proletariado estimulado por los planteamientos socialistas se rebeló para protestar contra las condiciones inhumanas del trabajo, por el deseo de un gran número de obreros por razón de la implantación del maquinismo, por la reducción de los salarios y la reivindicación de las libertades proclamadas en 1789 y que habían sido burladas por la burguesía.

Esta revolución se constituyó en el punto de partida de la gran transformación social de nuestros tiempos. La falta de dirección apropiada, frustró nuevamente esta revolución. Carlos Marx en su obra "El 18 Brumario de Luis Bonaparte" estudió cuidadosamente este levantamiento para determinar las causas de su fracaso. Otro movimiento de gran incidencia en la transformación social fue la comuna de París en 1871, la cual fue reprimida violentamente dando muerte a más de diez mil personas.

La presión ejercida por el insularismo, el marxismo y por las revoluciones, movió a los países a embarcarse en el reformismo. Cada vez que se producía la insurgencia del proletariado, se incrementaba la legislación. Cada siempre se trataba de una legislación precipitada que tenía por objeto tapar las troneras abiertas en el ordenamiento jurídico y prevenir desastres en la economía. Y siempre aprovechando la creencia cimentada por el liberalismo utópico de que la libertad se garantiza con leyes, el llamado formalismo legal.

Así se llegó a lo que Ferdinand Lasalle llamó el pseudoconstitucionalismo, o sea, una legislación en discordancia permanente con la realidad social en la que las leyes no se sienten ni modifican las estructuras consuetudinarias por la prepotencia de los ricos. Los reformistas utópicos no advertían claramente que la Constitución no es el libro que contiene la ley fundamental de un país, sino la realidad. La verdadera constitución está conformada por los factores reales del poder: el gobierno con el ejército, la aristocracia, la burguesía industrial, terrateniente, financiera son cada uno un fragmento de la constitución. Bien pueden quemarse todos los ejemplares que contienen la constitución y las leyes, y no desaparecen por este solo hecho. A través de las luchas, por cierto desorganizadas, el proletariado se va convirtiendo en factor real de poder, en una porción de la constitución, aunque todavía débil; solo el día en que se constituya en un factor vigoroso de poder, la constitución dejará de ser simple papel y será, para conformar la constitución real.

El mencionado autor afirma con plena razón: "Los problemas constitucionales no son, primeramente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen....". Y agrega luego que el Estado: "llevado de su instinto de con-

servación, adiestrado por la experiencia, echa mano de un recurso es el pseudoconstitucionalismo" (60)*. Por este sistema, el Estado otorga un conjunto de derechos al pueblo, pero sin garantía de efectividad de tal manera que la realidad social sigue siendo la misma, a pesar de las leyes, porque los gobiernos no están capacitados para hacerlas cumplir. Así las reformas se reducen a una apariencia de formas legales inocuas.

La gran aspiración de libertad que se forjó el pueblo francés con la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, en la práctica se convirtió en una quimera, en un mito con mucho de relumbrón y poco de pragmatismo. Resultó irrealizable porque el Estado no está constituido para realizar la libertad del hombre; pero el pueblo sigue insistiendo en buscar para sí la igualdad y la justicia como sustentos de la libertad plena.

Para concluir esta visión del proceso evolutivo de la autonomía de la voluntad, conviene reflexionar sobre lo expresado por Hegel cuando afirma: "Todas las varias manifestaciones de la vida social, incluyendo el Derecho, son producto de un proceso dinámico de evolución. Este proceso adopta una forma dialéctica: Se revela mediante una sucesión de tesis, antítesis y síntesis. El espíritu humano establece una tesis, que se convierte en la idea rectora de una época determinada. Contra esa tesis se eleva una antítesis, y de la lucha de ambas ideas resulta una síntesis que tiene elementos de las dos y las concilia en un plano más elevado. Este proceso se repite en la historia una y otra vez" (61)*.

La antítesis que vienen configurando y agenciando la evolución de la economía, la ciencia y la técnica; el avance de la civilización conducido en buena medida por la concepción humanista; la mayor conciencia de los trabajadores acerca de sus derechos; y la fuerte tendencia de los gobiernos hacia variadas formas y grados de socialización jurídica y práctica, mueve a ciego optimismo de que el Derecho avanzará y conquistará más o menos firmes posiciones ante el poder; esta era la esperanza del gran investigador norteamericano, Lewis Morgan (1818-1881), quien después de considerar el

60*. Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Edición Ariel, segunda edición, Barcelona, 1976, pp. 102 y 109.

61*. Hegel, G.W.F. *Filosofía del Derecho*. Citado por Edgar Bodenheimer. Op. Cit. p. 292-293.

enorme acrecentamiento de la riqueza en los últimos tiempos de la civilización y de que esta riqueza es "una fuerza irreductible opuesta al pueblo", escribe: "La inteligencia humana se ve impotente y desconcertada ante su propia creación. Pero, sin embargo, llegará el tiempo en que la razón humana sea suficientemente fuerte para dominar a la riqueza, en que fije las relaciones del Estado con la propiedad que éste protege y los límites de los derechos de los propietarios. Los intereses de la sociedad son absolutamente superiores a los intereses individuales, y unos y otros deben concertarse en una relación justa y armónica. La simple caza de la riqueza no es el destino final de la humanidad, a lo menos si el progreso ha de ser la ley del porvenir, como lo ha sido la del pasado." Y luego agrega que la etapa superior de la sociedad, "a la cual tienden constantemente la experiencia, la ciencia y el entendimiento. Será una reviviscencia de la libertad, la igualdad y la fraternidad de las antiguas gens, pero bajo una forma superior" (62)*.

El modo patrocina notables y ventajosas cambios en las relaciones sociales obrero-patronales. El liberalismo económico tenía que adaptarse a ciertas formas de socialismo que pretendía continuar dominando. Esta fue la finalidad de ajustarlo a las nuevas circunstancias imperantes de que dejara de ser un adecuado instrumento de control coactivo de la sociedad. El Estado cada vez más se aleja de su posición de espectador, gendarme y conciliador, a la que la burguesía el había reducido durante la primera parte del siglo XIX.

62*. Morgan, Lewis H. La sociedad antigua e investigación acerca de las vías del progreso de la humanidad desde el salvajismo y la Barbarie hasta la civilización. Citado por P. Engels en El origen de la familia, la propiedad y el Estado. Ediciones Los Comunes, Bogotá, S.P., p. 175.

El Estado burgués debía reformarse por racionalización cooperativamente la convivencia social, o sea, las relaciones de producción. Esto implica hacer a los individuos adoptar una nueva filosofía frente a los intereses e individuales derechos individualistas, por lo tanto, frente a la propiedad a la cual se debía atribuir una función social real y efectiva. De es...

IV. PROCESO DE SOCIALIZACION DE LA LEGISLACION COLOMBIANA

Lentamente, pero de manera efectiva nuestro País entró en la corriente de la transformación jurídica. Esta tendencia se manifestó particularmente a partir de la tremenda influencia que ejerció en el mundo la triunfante revolución bolchevique de 1917. Todas las naciones se conmovieron por este hecho que significó la liquidación del modo de producción capitalista en Rusia, modo que era allí muy incipiente todavía, para suplantarlo por el modo de producción socialista que significa un recomenzar la historia.

Ante este triunfo que trastornaba todo, la misma burguesía en algunos países no solo favoreció los cambios jurídicos introducidos por los gobiernos, sino que los urgió para salir al paso y frenar la insurrección peligrosa del proletariado que amenazaba seriamente apoderarse de muchas naciones. El miedo patrocinó notables y ventajosos cambios en las relaciones sociales obrero-patronales. El liberalismo económico tenía que modernizarse adaptado su ideología a ciertas formas de socialismo si pretendía continuar dominando. Esta tendencia significó la socialización del derecho con el fin de ajustarlo a las nuevas circunstancias impidiendo que dejara de ser un adecuado instrumento de control coactivo de la sociedad. El Estado cada vez más se alejó de su posición de espectador, gendarme y conciliador, a la que la burguesía si había reducido durante la primera parte del siglo XIX.

Poco a poco el Estado capitalista en el mundo adoptó un comportamiento intervencionista muy claro y decidido ante la convicción de que el puro liberalismo económico era insostenible y acarrearía precipitadamente su contrario, el socialismo avanzado de cualquier tendencia, pero especialmente el marxista, que tenía ya una mayor dinámica por razón de poseer una teoría coherente y sistemática y una experiencia práctica apropiada para intentar la solución de los problemas.

El Estado burgués debía esforzarse por racionalizar coercitivamente la convivencia social, o sea, las relaciones de producción. Esto implica forzar a los propietarios a adoptar una nueva filosofía frente a los sagrados e inviolables derechos individualistas, particularmente, frente a la propiedad a la cual se debía adscribir "una función social" real y efectiva. Se en-

pezaban a producir las situaciones que obligaron al imperio romano a coartar libertades, de modo particular durante el gobierno de Dioclesiano hasta llegar a medidas de odiosa estatización, pero necesarias para afrontar el desajuste social; medidas a las que ya hicimos una pequeña referencia en el capítulo segundo.

Por imposición de los hechos empezaban a surgir en algunos países manifiestas formas de dictadura. El proceso dialéctico histórico así lo requería. En todas las naciones se produjeron tendencias más o menos abigarradas de estatización; este proceso continuará por largo tiempo hasta lograr formas de socialización que permitan equilibrar las cargas y los beneficios entre los fuertes y los débiles económica y políticamente; lo cual implicará un absolutismo estatal más o menos agudo hasta que el individualismo otra vez surja violentamente y arrase la dictadura en busca de nuevas formas de libertad. Este es un proceso dialéctico inexorable.

En Colombia el proceso de socialización del derecho se inició con la eliminación de la esclavitud que le quedó como herencia del sistema colonial. El Congreso de Cúcuta de 1821 mediante ley del 21 de julio ordenó la libertad de los partos: "Serán libres los hijos de las esclavas que nazcan desde el día de la publicación de esta ley /.../ y como tales se inscribirán sus nombres en los registros cívicos de las municipales y en los libros parroquiales" dice el art. 10. Además, esta ley prescribió otras medidas que tendían a aliviar las situaciones de los esclavos. En 1851 mediante ley expuesta, en buena parte por la influencia del presidente-entonces, José Hilario López, se puso fin a la esclavitud por la manumisión obligatoria. Pero los llamados "negreros" o dueños de esclavos burlaron esta ley como burlaron la de 1821; al fin y al cabo el poder político lo tenían los terratenientes que eran a su vez los que servían de la esclavitud; la verdadera constitución estaba formada por los reales factores del poder.

Sin embargo, poco a poco desapareció la esclavitud no por obediencia a la ley, que nació hacia cumplir para evitar la prolongación de las guerras civiles, sino porque el colonato o aparcería cumplida por los mismos que fueron esclavos habían demostrado que daba mejor resultado económico y evitaba conflictos y venganzas. Los libertos nada podían hacer con la libertad en absoluto si no tenían tierras y el gobierno no les proveía los medios de obtenerlas; como esto era imposible esperar que ocurriera, no tuvieron más recurso que continuar

bajo la subordinación del antiguo patrono a buscar otro para convertirse en siervos casi a la manera de los vasallos feudales.

Hacia 1886 prácticamente no quedaban restos de la esclavitud. En la Constitución de ese año quedó plasmada su total prohibición: "No habrá esclavos en Colombia. El que, siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre" (art. 22).

En la primera parte del siglo actual, no se manifestó con efectividad la tendencia reformista. El quimismo jurídico y social era la constante de Colombia y de la mayoría de los países latinoamericanos, con la excepción muy notoria de México donde se hablaba ya de una reforma Agraria. Los conflictos en earnest de Países se debían, de modo especial, al loco afán de los partidos de conquistar a sangre el poder y de perdurar en él mediante el fraude y la violencia. Con el triunfo de la revolución rusa y el desastre producido por la primera guerra mundial, surgió el impulso a socializar el derecho y en algo la práctica social. La razón primordial fue la auto-conservación del Estado.

Arturo Alessandri, expresidente de Chile, expresa muy bien esta razón cuando afirma para explicar el por qué propuso al Congreso el código de trabajo en 1924 y logró su expedición:

"Los pactantes del tratado de Versalles comprendieron el peligro (la influencia del bolchevismo) y, para conjurarlo, en la parte XIII, sesión, crearon la "organización internacional del trabajo" en vista de que, según ellos, la Sociedad de Naciones "tiene por objeto establecer la paz universal y que esta paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social". Agregaron que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, las miserias y las privaciones, lo que engendran un descontento tal que pone en peligro la paz y la armonía universal. "Y luego añade: "Había sonado en nuestro país aquella hora siempre incomprendida por los grandes afortunados de la vida que nunca sienten ni comprenden cuando ha llegado el momento necesario de ceder algo para mantener la paz y el orden. Hay siem

pre espíritus obcecados que no comprenden que la evolución oportuna es el único remedio eficaz para evitar la revolución y el desplome. A estos espíritus hay que salvarlos y garantizarlos su propio bien por la fuerza. Esa fué mi dura tarea como candidato y en seguida como gobernante". (63)*.

A. Fundamento Constitucional

Nuestro sistema político y jurídico está constituido de tal manera que no es posible legislar sobre una materia que de alguna manera no esté prevista en la Constitución porque naturalmente esa posible legislación resulta inconstitucional. La Constitución es un programa que es preciso desarrollar; si surge algo nuevo sobre lo que es necesario legislar, y la hermenéutica, normalmente hermética, no encuentra la conexión indispensable, hay que reformar la Constitución. En el caso colombiano no la Constitución de 1886 con las reformas de 1910 y 1914 permitía en términos generales adelantar un proceso sistemático y ordenado de transformación jurídica y de intervención del Estado. Lo cual permitió de manera particular cierta socialización de la legislación laboral como vamos a ver oportunamente.

Pero es la reforma Constitucional de 1936 la que de manera directa habilita al Estado para producir los cambios necesarios de adecuación a fin de prevenir y frenar insugerencias. El art. 26 de esa codificación, que corresponde hoy al art. 30, al tiempo que ofrecía la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, establecía que "cuando la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social". Además, adscribía a la propiedad una función social. Magnífico instrumento para desarrollar normas y prácticas que produjeran el cambio social requerido.

El art. 28 de esa misma codificación permitía al Estado la intervención adecuada en la dirección de la economía "el Estado puede intervenir por medio de leyes en

63*. Alessandri, Arturo en carta a Moisés Poblete T. en la obra de éste: Evolución del Derecho Social en América. Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1942, pp. 172, 173, nota No. 1.

la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho". Tenía el Estado el camino expedito para actuar con sentido de profundidad. Claro que la mayoría legislativa que aprobaba éstas normas, en su entusiasmo reformista, no advertía que la intervención mediante leyes no racionaliza la producción ni protege al trabajador efectivamente. Además exigía para la aprobación de las leyes la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara; como quien dice, ni siquiera se podrían aprobar las leyes de intervención.

La reforma de 1968 modificó la redacción de este art. que corresponde al 32 en la nueva codificación. Los redactores lograron en su confusión de ideas, una y otras de un tibio socialismo, producir una extraña amalgama ideológica que nunca permitirá una práctica social mediana, idónea para lograr "el mejoramiento económico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular." Alfonso López Michelsen, el ideólogo y redactor principal del texto afirma que el anterior era "un texto absoleto" porque resultaba inconsecuente con las normas de planeación; porque el término "racionalizar" se presta a dos equívocos: 1º. el de que a la Corte frente a una demanda de inconstitucionalidad le correspondería determinar si se "racionaliza" o no, y 2º. el de que no se puede identificar "planeación" y "racionalización", puesto que existe toda una escuela de pensamiento económico que considera que la no intervención en la economía es una forma de la racionalización...." (64)*.

Albert Mendoza comentando este artículo escribe: "Lástima que el artículo esté lleno de grietas. Por ellas se escapa, como agua, la intención. Cuando un mandato se condiciona a los límites del "bien común", automáticamente queda en el aire. El concepto de "bien común" es etéreo. Lo demuestra la experiencia /.../ El Estado, añade el artículo, intervendrá en la economía "por mandato de la ley". Y la ley la hacen en el Congreso precisamente quienes no quieren que el Estado intervenga porque no conviene a sus intereses particulares. Otra vez en el aire. /.../ El Estado tiene aquí por objetivo mantener invariable la situación de injusticia -

64*. López Michelsen, Alfonso. Carta al diario El Espectador. Citado por Jaime Vidal Perdomo en "La Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos. Publicaciones del Externado de Colombia, Bogotá, 1979, pp. 202-203.

que afecta a las "clases proletarias", oponerse al cambio, estar a la defensiva, conservar el statu quo que es el objetivo inmovilista. Para lograr el cual, el Estado usa activamente las leyes y la fuerza, como ha sido ya tradicional..." (65)* Mejor no se puede expresar la realidad Colombiana. Es un hecho que los dirigentes son formalistas; creen que el derecho se halla en la Constitución y en las leyes cuando el derecho se halla en las relaciones sociales que son hechos.

Hernando Gómez Otálora, político conservador y ex Ministro de Estado, después de expresar dudas de que el art. 32 sea "compendio de filosofía social de un movimiento político" afirma "En dicha norma se entrelazan abigarradamente, principios aristotélico-tomistas como los "límites del bien común" con los criterios católicos de Maritain, sobre "el desarrollo integral"; teóricas intervencionistas del tipo clásico colombiano, como las propias de economías centralmente planificadas, y para que no falte nada, se usa también lenguaje marxista de "las clases proletarias en particular" (66)*.

Lo cierto es que el Estado Colombiano si fuera "el instrumento de regulación social" dentro de la justicia y la libertad" o "la realidad de la idea moral y la encarnación de la razón" (Hegel), con las normas que contiene la Constitución, algunas están enredadas como el art. 32 y otras muy claras como las de los arts. 16 y 19, ya habría logrado la igualdad y la libertad social- adecuadas para sus ciudadanos. Es un hecho que desde el punto de vista jurídico los gobernantes tienen, los instrumentos para "lograr el desarrollo integral" de la comunidad.

Por ejemplo, siempre han existido "Motivos de utilidad pública o interés social" que hacían necesaria la expresión; sin embargo, faltaba el complemento constitucional de que tales motivos fueran "definidos por el legislador" (art. 30). Y el legislador no tiene real interés en dictar normas sobre esta materia porque le afectan sus intereses económicos y políticos, pues inciden en los intereses económicos de sus electores de la

65*. Mendoca, Hoyos, Alberto. Colombia siglo XX. El Estado Asistencialista. El Espectador, Bogotá, Febrero 24, del 1980, p. 44.

66*. Gómez Otálora, Hernando. "Una candidatura social-Demócrata. El País, Cali, Noviembre 6 de 1979, p.4.

clase rica. La particularidad de nuestra Constitución es que la redacción del articulado de los derechos civiles y garantías sociales, a continuación de la declaración del derecho, crea el trabajo, de modo, que ese derecho resulta quimérico; algunos artículos imponen actitudes a los asociados que nadie puede comprender como deban cumplirse; así se salva el gobierno de ejecutar estas normas y exigir su cumplimiento; por ejemplo, el art. 17: "el trabajo es una obligación social". En el art. 17: "el trabajo es una obligación que debe coactivamente realizarse" el art. 39 dispone que "toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones...". El Constitucionalista Alvaro Copete Lizarralde encuentra contradicción en estas dos normas: "...Si el trabajo es una obligación social el Estado puede imponer coercitivamente el cumplimiento de este deber cuando lo estime conveniente, señalando cual es el trabajo socialmente necesario. En esta forma, podrá en un momento dado clausurar una facultad universitaria la de Derecho, por ejemplo, si considera que el número de profesionales de dicha rama abastece las necesidades de la sociedad y ordenar que los alumnos pasen a la escuela técnica de construcción de carreteras, por ser en ese momento socialmente necesario" - (67)*

De que manera puede interpretarse este artículo? Como puede el Estado cumplir el artículo cualquiera sea la interpretación? Lógicamente parece que se puede pensar que el artículo es letra muerta.

Existe, pues, el fundamento constitucional suficiente para realizar la socialización del derecho y la transformación de la realidad social; pero se necesita que la nación, particularmente, el pueblo tome conciencia de que el Estado es ella y no el gobierno y los políticos. Sin la presión popular a través de luchas de diversa índole incluyendo la armada como último recurso y sin el trabajo paciente y tenaz de los inaturalistas, todas esas normas y propósitos de acción serán letra muerta. En este momento la labor de los guerrilleros es importante en este proceso de socialización del derecho y del poder. El sector político es demasiado poderoso en el país; en verdad conforma el máximo factor del poder real de la constitución.

67*. Gómez Otálora, Hernando. "Una candidatura Social Democrata. El País, Cali, Noviembre 6 de 1979, p.4.

3. Legislación Laboral.

La característica general respecto de esta legislación en Colombia es que aparece con cierto retraso en el contexto de la mayoría de los países latinoamericanos. Las razones para ello se fundan en el hecho del quietismo político que se produjo después del gobierno Rafael Reyes (1904-1910) hasta 1928; la escasa influencia que ejerce el marxismo en Colombia, pues, su teoría solo la estudian pequeños grupos de universitarios y de intelectuales, el insuficiente desarrollo del obrerismo y, por lo tanto, la inexistencia de un sindicalismo organizado; el conformismo de los pobres era total; y siguiéndolo.

A partir de la revuelta de las bananeras y su violenta represión gubernamental, surgió la turbulencia social que motivó una legislación bastante adecuada a las circunstancias. Otro espionaje lo dió la revolución anarquizada del nueve de Abril de 1948. Sin embargo, esto no quiere decir que antes de 1928 no se hubieran dictado algunas normas laborales de importancia.

Posiciones iusnaturalistas se habían expresado, pero débilmente desde el siglo pasado. Manuel Murillo Toro proponía que el Estado debía intervenir en la actividad económica particular porque el "dejar hacer, es o mismo que dejar robar, dejar oprimir, dejar que los lobos devoren los corderos" (68)*.

Mencionaremos algunas normas laborales con base en la codificación realizada por Campo E. Barón S. en "Legislación del Trabajo. Disposiciones reglamentarias y jurisprudencia. Bogotá, Editorial A.B.C., 1939.

La ley 29 de 1905 estableció una pensión de jubilación vitalicia de \$80 mensuales a favor de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, mayores de 60 años. Para los empleados civiles que hubieran desempeñado cargos públicos por treinta años, determina una jubilación equivalente a la mitad del sueldo que hubieran devengado.

La ley 114 de 1913 estableció una pensión de jubi-

68*. Murillo Toro, Manuel citado por Alberto Mendoza Hoyos. Op. cit. p. 44.

lación vitalicia para los maestros de escuelas primarias. Equivalía a la mitad del sueldo que hubieran devengado en los últimos años de servicio. Ley 57 de 1915 sobre indemnización por accidentes de trabajo; ley 78 de 1919 sobre derecho de huelga; ley 21 de 1920 sobre conciliación y arbitraje; ley 37 de 1921 que creó el seguro de vida colectivo. Mediante la ley 83 de 1923 se creó la Oficina General del Trabajo. Se empezaba a sentir ya, aunque débilmente, la influencia del triunfo y consolidación de la revolución bolchevique y la constitución del Estado socialista marxista, y también la influencia de la OIT, organizada en 1919 por el Tratado de Paz de Versalles, cuya conferencia general, celebrada en Washington, octubre 29 de 1919, ya había adoptado convenciones sobre distintos aspectos laborales.

La ley 78 de 1919 después de definir lo que se debe entender por huelga, indicaba sus requisitos: "que su objeto sea mejorar las condiciones retributivas del trabajo, tales como jornales, o salarios, horas de trabajo, condiciones higiénicas, etc. O sostener las condiciones actuales cuando se trata de desmejorarlas; y 2o. Que el abandono del trabajo se efectúe y se sostenga en forma pacífica".

La ley 46 de 1918 en su art. 7, establecía la obligación de los municipios que tuvieran más de 15 mil habitantes de "destinar el dos por ciento del producto de sus impuestos, contribuciones y rentas a la construcción de viviendas higiénicas para la clase proletaria. Dichas viviendas tendrán que llenar las condiciones determinadas por la Dirección General de Higiene; por habitarlas se cobrará solamente un arrendamiento equivalente al seis por ciento anual del valor de su costo más un cuatro por ciento sobre el mismo valor destinado a cubrir éste....". El art. 80 ordenaba que cuando el locatario hubiera pagado el valor de costo primitivo se le expidiera el título de propiedad. Era presidente de la República, Marco Fidel Suárez.

Veamos en sucesión cronológica algunas normas sobre aspectos sociales de gran trascendencia.

10. Jornada de trabajo.

Ley 48 de 1924. Es una ley "sobre protección a la infancia" El art. 40, establece la prohibición de-

admitir niños menores de catorce años en trabajos en que puedan peligrar su vida o su salud como en la fabricación de vidrio, pólvora, de materias que tengan como componentes el plomo, el fósforo, el arsénico, el mercurio; en la explotación de minas de todas clases. Prescribe multas para los empresarios que infrinjan esta norma. El art. 50. dispone que las Asambleas Departamentales reglamentarán el trabajo de menores de catorce años en industrias en que puedan ser empleados "sin que las horas de trabajo puedan exceder de seis días".

La ley 129 de 1931 aprobó una serie de "convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo", de las cuales la primera trata de la jornada de trabajo limitada a ocho horas diarias y a cuarenta y dos semanales. En este mismo sentido se expresa la ley 10 de 1934.

La más reciente ley sobre este aspecto es de Agosto de 1980 la cual en su artículo primero dice: "El art. 161 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas al día y de 48 a la semana, salvo las siguientes excepciones:....b) en los trabajos autorizados para menores de 16 años las labores no pueden exceder de 6 horas diarias....". Obsérvese que ni la Ley 48 de 1924, ni la de 1980 indican el límite mínimo de edad para admitir menores al trabajo. La ley 56 de 1927 en su art. 70. indica ese tope en 11 años cumplidos siempre que se presentara el certificado "de que los niños han adquirido el mínimo de enseñanza prescrito" de que trata el art. 60. Esta ley establecía multas a las personas o empresas que admitían niños al trabajo.

El art. 161 anterior del C.S. del T. prescribía una jornada de nueve horas en labores agrícolas, ganaderas y forestales y de 54 horas semanales; y de 12 horas "en las actividades discontinuas o intermitentes y en las de simple vigilancia".

La protección de menores estaba jurídicamente establecida mediante las leyes ya mencionadas, 48 de 1924 y 54 de 1927. La primera en su artículo 10. estableció las salas cunas las fábricas en cuyo servicio haya un número de obreras que exceda de 50, quedan en la obligación de fundar salas-cunas destinadas a los hijos de dichas obreras". Las últimas normas al respecto son: la

ley 27 de 1974 y sus decretos reglamentarios No. 626 de 1975 y 540 de 1976.

2. Seguro de vida obligatorio. Sobre este aspecto se legisló desde 1921 con la ley 37; luego con las leyes 44 de 1929, 133 de 1931 y Decreto No. 800 de 1932.

3. Vivienda urbana y campesina. Ley 46 de 1918 ya mencionada; ley 61 de 1936 que es complementaria de la anterior; la 4a. de 1921 que obliga a las empresas explotadoras de hidrocarburos a "construir habitaciones para sus trabajadores de acuerdo con los preceptos higiénicos..."; ley 166 de 1938. Sobre vivienda para los campesinos: Decreto 200 de 1939 que prescribe función de fomentar la construcción de habitaciones higiénicas para los trabajadores del campo". Las operaciones propias del instituto como de los Bancos de Crédito Territorial eran "las de préstamos hipotecario de amortización gradual a plazo hasta de 30 años".

El art. 20. de la ley 61 de 1936 establecía que "La casa o vivienda adquirida, por un obrero no es embargable y sólo podrá transferirse al cónyuge o a sus hijos.

4. Control.

La ley 83 de 1923 creó la Oficina General de Trabajo, la cual según el art. 20, estaba "especialmente encargada del estudio de todas las cuestiones que se relacionan con los conflictos que puedan presentarse entre los trabajadores y los capitalistas"; a continuación agrega una lista de tales conflictos posibles y agrega que debía dirigir "la lucha contra la vagancia, el alcoholismo, la sífilis, la tuberculosis y demás enfermedades que amenazan principalmente al proletariado". Debía velar por el fiel cumplimiento de las leyes que tienden a desarrollar la acción social, a mejorar las condiciones de las clases laboriosas y a impulsar el desarrollo y prosperidad de ellas", art. 50.

Sobre muchas otras materias se legisló en el período comprendido entre 1915; la ley sexta de 1945 en buena parte recogió la anterior legislación, la sistematizó y la actualizó para constituirse en el fundamento de la actual legislación laboral y en el motor del cambio-

societ en Colombia. Luego vino la codificación más -
 Órganica aún, mediante los decretos 2663 y 3763 de 1950
 que constituyeron el código Sustantivo de Trabajo.

El Decreto ley No. 2158 de 1948 había establecido
 el procedimiento en los juicios del trabajo. Cabe anotar
 que a pesar del espíritu bastante fuerte en favor
 del cambio social que se produjo a partir de 1954, el
 Congreso dilató en exceso la discusión para adoptar un
 código del trabajo; el primer proyecto de código, redactado
 por la Oficina Nacional del Trabajo, fue sometido
 al estudio del Congreso en ese mismo año.

La tendencia socializadora de la legislación laboral
 ha continuado en forma perseverante a partir de la
 expedición del código. Basta revisar las nuevas normas
 para convencerse de tal aserto. La legislación sobre
 seguridad social ha progresado consistentemente; lo que
 no ha progresado es la administración de las instituciones
 encargadas de realizar dicha seguridad social.

Como ejemplo de normas de avanzada, está la referente
 a la transformación "en vitalicias de las pensiones de
 jubilación, invalidez o vejez en favor de la viuda del
 trabajador tanto oficial como particular pensionado o
 con derecho a pensión según la ley 33 de 1973 y su decreto
 reglamentario No. 690 de 1974. Igualmente, es de gran
 importancia la ley 12 de 1975 cuyo art. 10 dispone que el
 cónyuge superviviente o la compañera permanente del un
 trabajador particular o de un empleado público, y sus hijos
 menores o inválidos tendrán derecho a la jubilación del otro
 trabajador del sector público, pero que hubiere cumplido la
 edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere
 completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la
 ley, o en las convenciones colectivas". Es muy significativo
 el hecho que esta ley tiene en cuenta la compañerismo
 permanente del trabajador para la sustitución en la pensión
 porque ello implica que el legislador, ha adoptado una
 actitud de apertura hacia un reconocimiento implícito del
 matrimonio de hecho o concubinato, con relación al cual la
 legislación colombiana ha sido en extremo negligente y
 pacata, tontamente apegada al formalismo del acto jurídico,
 cuando la esencia del matrimonio es el acuerdo de la voluntad
 de un hombre y una mujer "con el fin de vivir juntos, de
 procrear y de auxiliarse mutuamente" (art. 113 C.C.) y cuando es
 absurdo que el contrato solemne del matrimonio sea igualmente
 compulsivo en cuanto a sus formalidades como tiene que ser
 el de compra-venta de inmuebles.

El... de la "faja de cerebros" apenas empieza a...
 Vale también destacar la fijación de salarios mí-
 nimos para las zonas urbanas y rurales de 1981, quedó fi-
 jado en la suma de \$7.410 para el sector urbano y en
 \$7.020 para el rural. Por otra parte, el decreto 2474
 de 1948 había establecido en favor de los obreros la
 participación en las utilidades de las empresas que
 cuentan con un capital apreciable según se tratara de
 empresas comerciales o agrícolas.

Colombia adhirió pronto a la O.I.T., pero llama
 la atención que las convenciones de ésta no han sido
 ratificadas con la prontitud con que debía hacerlo un
 miembro incondicional. Por ejemplo, solo median-
 te la ley 29 de 1931 se aprobaron diversas convenciones
 algunas de ellas adoptadas en la Conferencia de Washing-
 ton de 1919; la última del 16 de junio de 1928, sobre
 la manera de fijar los salarios mínimos; son en total
 27 convenciones. Otro ejemplo: solo mediante las leyes
 26 y 27 de 1976 se aprobaron los convenios 87 y 98 de
 la O.I.T. adoptados por la Conferencia General celebra-
 da en Ginebra en 1948 y 1949 sobre cuestiones de gran
 importancia como la libertad sindical y la protección
 al derecho de sindicalización.

Mediante la ley 7a. de 1968 Colombia aprobó los
 Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales,
 y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como
 el protocolo facultativo aprobados por la Asamblea Gene-
 ral de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Uno de estos derechos que en nuestro medio alcan-
 za suma importancia es el derecho al trabajo y a la
 protección contra el desempleo (Art. 13 de la Declara-
 ción Universal de los Derechos del Hombre). La caren-
 cia de campos de trabajo y la falta de protección al
 desempleado son agudas en nuestro país; de aquí el tra-
 nido y complicado problema de la cuantiosa emigración
 legal e ilegal de compatriotas en busca de trabajo a
 Venezuela, Ecuador y Panamá en donde, nuestros trabaja-
 dores no calificados han sufrido tantos atropellos de
 las autoridades, con la excusa de que carecen de los
 documentos requeridos. Además, la enorme pérdida que
 sufre el país de profesionales quienes al encontrar di-
 ficultades para ocuparse prefieren viajar al exterior
 a prestar sus servicios, cuando nuestro país que los ha
 preparado, se priva de su aporte científico y técnico.

El tema de la " fuga de cerebros" apenas empieza a estudiarse con base en estadísticas. René Pérez escribe: " En los Estados Unidos se hallaban radicados, hasta 1975, 1064 ingenieros y 1559 técnicos, fuera de 2157 médicos. Sejejante potencial humano fue el balance que dejó un estudio del Anual Reports. Obviamente la cifra debe estar modificada sustancialmente ya que a partir de esa fecha el éxodo de " cerebros" se ha intensificado; (69). Más adelante cita a Iván Suárez de la oficina de divulgación del SENA quien afirma: " estamos formando unos recursos humanos excepcionales, de alta capacitación técnica. Pero, paradójicamente, los estamos exportando, valga el término,."

Es claro que algunos emigran no por falta de trabajo en el país para ellos, sino porque les ofrecen mejores perspectivas las empresas y entidades particulares y oficiales de países extranjeros, especialmente los vecinos.

Como conclusión de esta parte, podemos apreciar claramente que existe una legislación bastante avanzada que permitiría, si se cumpliera a cabalidad, una seguridad social efectiva para todos los habitantes del país y un disfrute de amplias libertades laborales; pero la experiencia nos demuestra que el gobierno es incapaz de dar cumplimiento a los programas que se ha trazado; de modo que la mayor parte de la legislación se queda en el papel y en las buenas intenciones de algunos pocos funcionarios que tienen sentido de responsabilidad social.

Las entidades de seguridad social casi siempre se encuentran sumergidas en graves y peligrosas crisis presupuestales debidas a l manejo incompetente de la administración, a los frecuentes y cuantiosos peculados y a una burocracia rampante producto del clientelismo partidista. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a pesar de tantas reformas y reestructuraciones, atiende en condiciones bastante deficientes, a una muy pequeña porción de la sociedad.

El frente gremial, constituido por la Andi, Anif, Fenalco Camacol y Fedemetal en un documento que entregaron al Presidente de la República en los primeros días de Abril de 1981, afirman con franqueza y lucidez política respecto al ISS: " El -

69. PEREZ, René. " Colombia, despensa de técnicos". El Tiempo, Bogotá, 10 de Junio de 1977, pp.1A y 9A.

Instituto de Seguros Sociales, creado por la ley 90 - de 1946, cubre hoy solo cerca de la quinta parte de la población económicamente activa, lo que está lejos de corresponder a sus crecientes recursos económicos y huerfano. Constituye, por lo tanto, un indicador suficiente para descalificar sus estructuras actuales". (70)*.

Además, se observa un caos legislativo por la multiplicidad de normas; como, por ejemplo, en la cuestión de la liquidación de la pensión de jubilación en que según la norma que se aplique varía considerablemente la suma a devengar. También se expresa este desorden en la falta de una conducta seria y uniforme en fijar y mantener unos delimitamientos equitativos en el establecimiento de derechos adquiridos por convenciones colectivas, de modo particular en cuanto al tiempo de jubilación en el sector público, pues, en varias empresas del Estado se ha admitido la jubilación con veinte años de servicio y cualquier edad; de modo que hay jubilados a los cuarenta años de edad o menos. Esto además, de ser injustificado, crea desigualdades exorbitantes con el sector privado.

C. Legislación sobre la Familia.

La tendencia renovadora de la legislación en Colombia también ha alcanzado al derecho de Familia, especialmente a partir de 1936 con la ley 45 sobre filiación natural con la cual se empezó a dar un tratamiento más justo a los hijos naturales contra quienes la legislación anterior establecía una odiosa discriminación.

A éste respecto Josefina Amézquita de Almeida escribe: "El sistema individualista establecido en nuestro código civil, en el cual las relaciones familiares se hallaban sometidas al régimen patriarcal, se ha ido transformando hasta llegar a la legislación actual, en donde se dispone que el Estado y los particulares están comprometidos en la tarea de hallar una solución adecuada a los problemas familiares sobre las bases de la igualdad" (71)*.

70*. Frente Gremial: Colombia. Urgen Cambios laborales. Documento Gremial Transcripción de El Tiempo, abril 21 de 1981.

71*. Amézquita de Almeida, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Temis, 1980, p.2.

1. Sobre el matrimonio.

La ley 28 de 1932 pone fin a un régimen jurídico increíblemente retrógrado: un rezago de la potestad - llamada manus en el Derecho romano. La esposa no tenía ningún derecho sobre los bienes aportados al matrimonio o que se le disconoscían dentro de él; tampoco podía concurrir por sí misma ante los Tribunales de Justicia debía ser representada por su esposo. Era una persona alieni juris en estos aspectos. En Roma la manus era un poder que ejercía el esposo sui juris sobre la mujer casada in manu; no tenía el esposo ese poder si el matrimonio se había celebrado sine manu.... La esposa sine manu tenía plenos derechos sobre sus bienes; los administraba, y disponía de ellos a su voluntad; y además concurría ante la justicia como demandante o demandada.

Más aún, para acrecentamiento de la extrañeza que produce la permanencia de la norma colombiana hasta 1932, es preciso anotar que en el derecho romano, en primer lugar, la constitución de la manu no era un requisito del matrimonio a partir de la ley de las Doce Tablas; de manera que durante el imperio prácticamente desapareció; en segundo lugar, en el derecho de Justiniano fue eliminada esta abominable potestad mediante norma expresa. Es posible que en la práctica hubiera continuado por muchos años, como hoy en Colombia, a pesar de la ley 28 mencionada, esta forma de manus en los aspectos anotados, continúa vigente en varias regiones, entre ellas, buena parte de Mariño: La mujer es una colaboradora en la administración de los bienes, pero no una efectiva participadora que adquiere y dispone según su inteligencia, voluntad y destreza para los negocios.

Como la oposición a la ley fué bastante grande, - hasta el punto de sostener que por efecto natural de ella, se había disuelto la sociedad conyugal, el gobierno debió dictar la ley 68 de 1946 para establecer que "la ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes.

Debía en este aspecto dar un paso más: otorgar por el hecho del matrimonio la mayoría de edad a los contrayentes que son menores adultos. No sé si existe una legislación en algún país que haya establecido esto. Sería de gran utilidad para que los conyuges novenes mediante la plena administración de sus bienes desde el mismo momento de su matrimonio adquirieran un gran senti-

do de responsabilidad. Esta medida puede fomentar la formación de matrimonios entre jóvenes púberes, es cierto, pero es más importante que a través del otorgamiento de responsabilidades, adquirieran sólidas y constantes actitudes de probidad y de integridad en todos sus actos. (1976). La ley 83 de 1946 creó también "casas de reforma correccional para menores".

Otra conquista muy importante para la mujer casada es el decreto No. 2820 de 1.974 "por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones,...." La Patria potestad será ejercida conjuntamente por los padres: "A falta de una de los padres, la ejercerá el otro" (art. 24); "El padre y la madre gozan por iguales partes del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados...." (art. 26).

Por la ley primera de 1976 se volvió a establecer el divorcio para el matrimonio civil. En el siglo pasado existió el divorcio en la legislación del País; pero se eliminó para los matrimonios católicos por las disposiciones del Concordato con la Santa Sede en 1887. Esta renuncia a parte de su soberanía condujo al país a tener que dictar legislaciones extravagantes como la famosa ley 54 de 1924 por la cual los católicos que querían contraer matrimonio civil debían previamente apogtatar de su fe católica. Lastimosamente el gobierno en 1973 prorrogó el Concordato, acto que fue ratificado por el Congreso mediante la ley 20 de 1974. Por fortuna se derogaron la mencionada ley 54 y la convención de misiones de 1953. De esta manera el matrimonio en Colombia quedó regido por doble legislación y, lo que es más grave, por una doble jurisdicción, lo que significa una claudicación de una parte de la soberanía del estado en favor de una religión, lo cual no significa que sea un favor de las necesidades de sus creyentes.

El estado a través del Congreso debe resolver el Concordato o a través del gobierno no renovarlo al término del actual, a fin de que exista una sola legislación para el matrimonio. El Congreso podría resolverlo derogando la ley correspondiente si admitiera que el concordato es realmente inconstitucional como lo han demostrado varios juristas eminentes.

2. Sobre los hijos de familia.

En beneficio de los menores tenemos la ley 98 de-

1920 que estableció los juzgados de menores. El primero se creó en Bogotá en 1921; conocía de los procesos de abandono físico y moral; y los casos de vagancia, prostitución y mendicidad. Luego se crearon juzgados de menores en Medellín (1923), en Bucaramanga y Manizales en (1926). La ley 83 de 1946 creó también "casas de reforma correccional para menores."

Sobre filiación natural: ley 45 de 1936 y la 75 de 1968 por la cual se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Una ley de gran trascendencia en su tiempo fué la 45 de 1946, la cual además de legislar sobre la investigación de la paternidad, trata del procedimiento en caso de infracciones penales cometidas por menores; guarda de menores, alimentos, protección moral y física de menores y sobre el trabajo de éstos. A propósito su art. 109 ha sido letra muerta porque a ninguna autoridad le ha preocupado seriamente hacer cumplir la prohibición de que a los menores de 18 años no se los emplee en trabajos que perjudiquen "su salud, su vida o su moralidad, que sean excesivamente fatigantes o que sobrepasen sus fuerzas".

Mediante una nueva ley aprobada por el Congreso en diciembre de 1981 se reformó el art. 18 de la ley 45 de 1936, correspondiente al art. 1045 del C.C., que disponía que los hijos naturales solo tenían derecho a heredar la mitad de la cuota hereditaria correspondiente al hijo legítimo. La nueva ley dispone que las cuotas sean iguales, lo cual implica un acto de justicia porque la sanción contra el hijo extramatrimonial que conllevaba el art. 18 de la ley 45 de 1936, a pesar de que para esa época era un gran avance concederle al menos la mitad de la porción correspondiente al hijo legítimo, es una solemne insensatez.

La ley 75 de 1968 creó los defensores de menores (art. 39) en sustitución de los promotores curadores que instituyó la ley 83 de 1946, art. 70, y del asistente legal, art. 15, parágrafo 20. del Decreto 1818 de 1964. El art. 11 de este decreto ordena que "La división de Menores denunciará ante la justicia los abusos y delitos cometidos contra los menores de dieciocho años". Sin temor a equivocarse se puede afirmar que esta disposición no se cumple.

Mediante la institución del defensor de menores se implantó la gratuidad en los procesos ante los juzgados de menores; les corresponde: "la defensa de los intereses

del menor, ya presentando pruebas y razones en favor de su inocencia, o demostrativas de su culpabilidad, y ya proponiendo las medidas que sea más convenientes para la salvación del menor" (Art. 7o., ley 83 de 1940)

La ley 27 de 1974 ordena la creación y sostenimiento de centros de atención integral del pre-escolar. La ley 43 de 1924 en su art. 20. ordenaba fundar salas cunsa. El decreto 626 de 1975 reglamenta dicha ley 27. La ley 7a. del 79 dicta normas para protección de la niñez, establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Lo referente a las adopciones lo reglamenta la ley 5a. de 1975. Instituye la adopción plena; por la falta de control real de parte de la Procuraduría, esta ley se ha prestado para enormes abusos a través del robo de niños para entregarlos en adopción, particularmente, a extranjeros, a cambio de altas sumas de dinero. Hace poco se produjo un tremendo escándalo internacional por razón de estos abusos, en el que fueron involucrados funcionarios del ICFE y del servicio diplomático.

Existen normas que servirían para proteger y fortalecer a la familia como institución fundamental del estado y para tutelar a la niñez y orientarla hacia su pleno desarrollo.

Conviene mencionar que la ley 5a. de 1972 en su art. 30. reviste al Presidente de facultades extraordinarias: "para crear los juzgados que considere necesarios para conocer asuntos propios del régimen de familia. Estos juzgados tendrán la misma categoría, personal subalterno y régimen de asignaciones de los de circuito..... El Gobierno no creó tales juzgados que son de vital importancia para atender los asuntos referentes a la familia, del derecho y la jurisdicción de familia, del derecho y jurisdicción civil, que constituiría un gran paso dentro de la socialización del derecho.

El art. 40 de la ley 75 de 1968 tipificaba como delitos el sustraerse, "sin justa causa a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas.....", y que así constaba en el código penal anterior; el nuevo código penal eliminó la inasistencia moral, -

art. 263; esto implica un perjuicio a la familia cuya organización y buena marcha no dependen exclusivamente de la asistencia material; quizá la falta de comprensión de lo que se entiende por asistencia moral, llevó a los legisladores a prescindir de tal delito; la asistencia moral es el respeto a la personalidad y libertad del cónyuge y de los hijos, el buen empleo, el trato cariñoso, la orientación y dirección sanas y generosas de la vida, la presencia y convivencia normales, etc. los legisladores dejaron esto a la moral o normas de regulación autónoma; lo cual es inconveniente.

Otro aspecto que llama la atención es que el art. 2o. de la ley 24 de 1974, "por la cual se revierte el Presidente de la República de facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones", preceptuó que "después se determine el procedimiento para los asuntos que corresponden a la jurisdicción de la familia, siempre que sea necesaria la intervención del juez para los fines previstos en el art. 1o. de esta ley, se seguirá el procedimiento verbal regulado en los arts. 442 a 448 del Código de Procedimiento Civil". El gobierno mediante el decreto 206 de 1975, determinó que "deben someterse al procedimiento verbal /.../ exclusivamente los litigios dirigidos a tutelar la igualdad de derechos y obligaciones, o, sea, el que no haya discriminación entre mujeres y varones, especialmente en el medio familiar. /.../ y que por lo tanto no están sometidos al procedimiento verbal /.../ exclusivamente los de cuerpos o de bienes y otros más". Considero que fue un error no haber establecido el procedimiento verbal para todos estos procesos relacionados con la familia porque el derecho procesal moderno requiere que se amplíe el procedimiento verbal para la solución de muchos conflictos. Este procedimiento facilita el trabajo del juez por cuanto que se produce una magnífica información para la obtención del conocimiento objetivo de los fundamentos y relaciones del conflicto ventilado.

O sea que la legislación se ha socializado en grado muy apreciable; pero la acción del Estado es escasa y mediocre porque entre otros factores negativos, las mismas normas crean su restricción e impedimento y la burocracia no tiene voluntad de cumplir y hacer cumplir con normas tan precisas y de contenido humano tan grande y justo, como las referentes a la atención del menor, el problema del gaminismo, que es un grave fenómeno social de las principales ciudades, ya se habría solucionado. Este sólo detalle demuestra palmarmente la tremenda inoperancia del gobierno.

D. LEGISLACION AGRARIA.

La ley 200 de 1956, " sobre régimen de tierras" - estimula el aprovechamiento de baldíos y su colonización mediante una presunción de que no son tierras baldías, sino de propiedad privada los fundos poseídos por particulares" por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica". Para evitar el abuso del acaparamiento de tierras, determina que los cercamientos y la construcción de edificaciones no constituyen por sí solo pruebas de explotación económica; solo podrán considerarse como elementos complementarios de tal explotación. La presunción también se extiende a porciones de tierra inculca sin solución de continuidad cuya extensión no supere la mitad de la explotada. Esto lo prescribe el art. 10., según el texto modificado por el art. 20. de la ley 42. de 1973.

El art. 40. favorece a los poseedores de terrenos incultos de propiedad privada, cuya posesión se hubiere cumplido dos años antes de la vigencia de la ley; - aunque fueren vencidos en juicio reivindicatorio, tienen derecho bajo ciertas condiciones a hacerlos propios mediante el pago del justo precio o mediante hipotecar del terreno o mejoras permanentes si el propietario no presentó la demanda dentro de los noventa días siguientes a la vigencia de esta ley o si no canceló las mejoras dentro de los treinta días siguientes a la fecha de tasación judicial o contractual.

Muy importante resulta también el art. 60. modificado por la ley 42. de 1973, pues, establece en favor de la nación la extinción del derecho de dominio sobre los predios rurales en los cuales se hubiera dejado de ejercer la posesión material mediante actos de dueño, - durante tres años continuos a partir de la vigencia de esta ley, " salvo fuerza mayor o caso fortuito ". La sanción a la inactividad en la explotación de las tierras, es decir, una sanción al abuso del derecho de propiedad. El problema es que esta norma en la práctica resulta inocua porque con la escala o nula capacidad del Estado, no se puede determinar que los predios han permanecido incultos por tres años; por otra parte, al propietario no le queda difícil demostrar la existencia de fuerza mayor o el caso fortuito.

Los artículos 9 y 10, que no han sido modificados regulan fundamentales aspectos que tanto preocupan hoy a los ecólogos; prohibición de talas de bosques que preservan las vertientes de agua; reforestación ya en baldíos o en propiedad particular. "para conservar o aumentar el caudal de las aguas". El gobierno queda facultado para establecer en terrenos baldíos: "zonas de reserva forestal".

El art. 12 reformado por el art. 40. de la ley 4a. de 1973, establece la prescripción adquisitiva correspondiente a cinco años de posesión real con actos de dueño, en favor del poseedor de fundos de propiedad privada inculcos al tiempo de ocupación siempre que con buena fe hubiera creído que eran tierras baldías. Esta prescripción solo beneficia sobre la porción efectivamente explotada por el poseedor. Esta norma se inspira dentro de la concepción jurianaturalista y socialista de que la tierra es para quien la trabaja.

El artículo 17 prescribe la defensa del poseedor suspendiendo la ocupación de hecho. Formulada la queja, el funcionario dentro de las 48 horas siguientes a su presentación, a costa del interesado, se trasladará al predio y efectuará el lanzamiento del ocupante. Por en la práctica, en las condiciones reales de la vida colombiana, cómo puede el poseedor pobre lograr que el funcionario se traslade al predio si ni siquiera puede que el funcionario tiene esta obligación de trasladarse cuando se le presente dentro de ese tiempo a producir el lanzamiento?

La ley 100 de 1944 fomenta la aparcería mediante contratos y el gobierno se compromete a otorgar préstamos; "en las mejores condiciones económicas, a los cultivadores de la tierra" por este sistema de aparcería (art. 10.) El art. 18 declara de utilidad pública e interés social la adquisición por el Estado de tierras incultas e insuficientemente explotadas, para adjudicarse "ya sea en propiedad o en usufructo, arrendamiento, etc. a los trabajadores que carezcan de ellas" (ar. 17). Lo grave es que se crea el derecho, pero se incluye la traba, pues, la norma agrega que se trata de trabajadores que no solamente carezcan de tierra, sino que "comprueben su capacidad para explotarla económicamente". La ley no dice cómo deben comprarse la capacidad: salud, deseos, medios económicos? Si se trata de esto último, ya están descartados los trabajadores indigentes, los llamados peones, que solo

disponen de su fuerza de trabajo. En este campo, se advierte más claramente cómo el Estado en su estamento gubernante (poder legislativo, ejecutivo, poder de control constitucional), no puede actuar realmente por que no puede combatir y destruir los derechos de los propietarios ya que ellos mismos son propietarios que pueden sentirse afectados por la aplicación de estas magnificas leyes.

El artículo 21 determina la forma de adjudicación de las parcelas: mediante compraventa, con diversas formas de pago; o cediendo las parcelas en arrendamiento, aparcería, compañía, etc. o mediante otro contrato semejante; o constituyendo sobre ellas derechos reales como usufructo, enfiteusis, etc. por periodos hasta de cincuenta años". Admirable norma; si se cumple y acrecentaría la producción de alimentos. Pero ha existido una práctica seria y consistente de parte del gobierno? La respuesta es no, porque carece de la capacidad para ello; ni siquiera en lo que respecta a la reserva por medio de resoluciones, de terrenos baldíos que debe destinar a la parcelación, de que habla la última frase del art. 18.

El art. 23 dispone que el gobierno procurará que las parcelas se adjudiquen con una adecuada dotación agrícola; "utensilios de labranza, maquinaria, viviendas campesinas, semovientes, semillas, etc. El art. 31 determina que el gobierno a través de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero promoverá la constitución del "seguro solidario sobre cosechas".

La ley 135 de 1961, sobre reforma social agraria - en su artículo 10., fundándose en el principio de bien común, se propone "reformular la estructura agraria" eliminando la inequitativa concentración de la propiedad rústica y el minifundio y dotar de tierra a los trabajadores que no la posean y que pueden explotarla directamente; pero también para los que no la posean y no puedan explotarla por sí mismo.

El art. 12 crea los Procuradores agrarios "como delegados del Procurador General de la Nación....". En tre sus obligaciones está la de colaborar con el Ministerio de Trabajo y con el Instituto de Seguros Sociales en la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo en relación con sala-

rio mínimo, jornada laboral, etc.

Los artículos 95 y 96 dispuso que el Incora debe promover y coordinar los servicios de asistencia técnica, económica y social prestando para ello, cuando sea necesario, su cooperación financiera y la de su personal y organización", servicio de maquinaria y animales de labor, el de silos y almacenamiento, de comisarías, los que mejoren las viviendas rurales.

La ley 4a. de 1973 que introdujo modificaciones a las leyes 200 de 1936 y 135 de 1961, facultó al gobierno para que expidiera un estatuto que contuviera el procedimiento judicial abreviado para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural. El gobierno dictó el decreto 508 de 1974 para este fin; su artículo 6o. dispone que el Incora prestará asistencia jurídica gratuita a los interesados pobres, y además, "para facilitarles el ejercicio de las acciones judiciales /... / y financiará el valor de los gastos que demande el proceso.....".

No se necesita dar más ejemplos para demostrar el grado de avance que ha cumplido la legislación para producir verdaderamente fuertes crisis de la autonomía de la voluntad porque ha establecido normas que configuran amplias esferas de poder a la parte de la sociedad que carecía de ellas, restringiendo las esferas excesivamente dilatadas de los grandes terratenientes, por ejemplo. Con la aplicación de estas normas puede el gobierno realizar efectivamente la justicia social hasta alcanzar los factibles niveles de igualdad y libertad que requiere toda persona para desarrollar su personalidad.

B. Contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos.

Otro campo que cabe destacarse para mostrar que la legislación colombiana ha sufrido un vuelco considerable en estos últimos tiempos, hasta el punto de poderse hablar de un significativo grado de socialización del Derecho, es el referente al contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos. Esta reforma se inició con el decreto no. 453 de 1956 por el cual se suprimieron los depósitos y cauciones reales en los contratos de arrendamiento de tales inmuebles. El incremento gigantesco de la población de las principales ciudades por razón de la violencia política, exigía esta clase de medidas

para desahogar la tensión social que llegaba a un punto peligroso. La emigración de los campesinos perseguidos hacia las ciudades en busca de un poco de seguridad hacía temer el estallido de una revolución cívica.

En buena hora el gobierno suprimió tales depósitos y cauciones que la gente empobrecida no podía pagar. La resolución 226 de 1956, emendada del Ministerio de Fomento, ordenó la devolución de los depósitos y otras cauciones exigidas a los arrendatarios. En mayo del mismo año se expidió el decreto 1070 por el cual "se congelan los precios y se prorrogan los plazos de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos", de las capitales de Departamento y ciudades de más de 50.000 habitantes. Pero lo verdaderamente especial de este decreto fue que eliminó como causal de terminación del contrato, el vencimiento del plazo convenido, causa consagrada en el art. 2008 del C.C. En efecto, el art. 2o. de ese decreto dispuso que "ningún arrendador podrá exigir al arrendatario la entrega de la finca, ni aún en el caso de vencimiento del contrato de arrendamiento si el arrendatario hubiera cubierto los respectivos cánones de arrendamiento en su oportunidad....". Este mismo artículo establece como causales de terminación del contrato: 1a. Necesidad del propietario de ocupar el inmueble arrendado para su habitación o negocio. 2a. Necesidad de demolerlo para efectuar una nueva construcción.

Si ocurre cualquiera de estas causales, el arrendador deberá solicitar y obtener una licencia del Ministerio de Fomento por la cual el gobierno pone fin al contrato de arrendamiento. "Contra esa resolución caben los recursos legales".

El artículo 5o. prohibió elevar el canon de arrendamiento por razón de suministro de muebles u otros enseres. El art. 6o. estableció que el gobierno quedaba autorizado para hacer extensivas estas disposiciones a otras poblaciones del país.

Con este decreto del gobierno del General Rojas Pinilla se quebrantaba la autonomía de la voluntad del arrendador y se mejoraba la autonomía del arrendatario. No establecía ninguna consideración especial en cuanto a la categoría económica del arrendador; drásticamente apoyaba al arrendatario, no solo porque congeló los cá-

nes, sino porque prorrogó el término de duración del arrendamiento en forma indefinida desde que el arrendatario estuviese cumpliendo con el pago oportuno de los cánones. Además, conferida la resolución administrativa por la cual se ordenara la devolución del inmueble y se pusiera fin al contrato, el arrendatario tiene derecho de interponer los recursos legales contra esa resolución.

El decreto 1616 de julio 12 de 1956 señalaba el trámite para solicitar la licencia administrativa a fin de poder exigir la entrega del inmueble urbano. Entre los requisitos exigió: "Prestar garantía bancaria, hipotecaria o prendaria por el término de seis meses a favor del Ministerio de Fomento, con el fin de garantizar el cumplimiento" de la resolución por parte del arrendador. Además, el propietario quedaba obligado a demostrar ante dicho ministerio dentro de los cinco meses siguientes a la expedición de la resolución, que efectivamente estaba ocupando el inmueble. Si no podía demostrar este hecho, el propietario sería sancionado con una multa (art. 50.). La garantía no se cancelaría sino después de haber demostrado tal ocupación; si esta demostración no se realizaba, el Ministerio de Fomento haría efectiva en su favor la garantía prestada por aquél. La licencia no podía tramitarse, sino el propietario del inmueble.

El decreto reglamentario no. 699 de 1957 ordenó la devolución de los arrendamientos pagados en exceso. La resolución expedida por el Ministerio de Fomento por la cual se ordenaba tal devolución, prestaba mérito ejecutivo. El decreto 210 de 1958 ordenó que el trámite de las licencias administrativas lo cumplirían los gobernadores y el alcalde del Distrito Especial de Bogotá. De esta manera se descentralizaba el trámite para facilitar la pretensión del arrendador de obtener la orden de devolución del inmueble.

El decreto 2770 de 1976 en su artículo 10. congeló los precios de los arrendamientos de bienes raíces urbanos. El decreto 0063 de 1977 reglamentó el anterior. Los precios congelados eran los que habían estado pagando antes del 27 de Diciembre de 1976. También quedaron congelados los precios de arrendamiento de los locales comerciales. El art. 30. exigió el registro de los arrendadores intermediarios de inmuebles urbanos. El art. 16 extendió el término de garantía bancaria, hipotecaria o prendaria por 16 meses y por -

un valor igual al monto de doce mensualidades de arrendamiento. El art. 11 dispuso que el propietario que había obtenido la resolución de devolución del inmueble, debía ocuparlo por un término mínimo de seis meses. El art. 14 determinó los requisitos para obtener la licencia por demolición.

El decreto 2923 de 1977 prolongó la vigencia de los dos últimos decretos hasta el 31 de diciembre de 1978. El art. 20. autorizó un incremento de los precios de arrendamiento a partir de la vigencia de este decreto, " en cuantía igual a los aumentos que deban pagar los propietarios en 1978 por concepto de impuesto predial y complementarios....". El decreto 2813 de 1978 prorrogó " hasta el 31 de diciembre de 1979, la congelación de arrendamientos " establecida por los últimos decretos. El art. 20. ordenó que la licencia administrativa fuera tramitada ante los alcaldes municipales y los alcaldes menores del Distrito Especial de Bogotá según la ubicación del inmueble. Y que la segunda instancia fuera conocida por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios y el Alcalde Mayor de Bogotá.

En los años 1979, 1980 se dictaron los decretos 3209 y 3450 respectivamente para prolongar la congelación de los precios de los arrendamientos. El decreto 237 de 1981 permitió reajustar los cánones en un diez por ciento. Para 1982 el Ministro de Desarrollo ya anunció el reconocimiento de un aumento del diez por ciento.

Con esta serie ininterrumpida de decretos del año 76 para acá, el Gobierno está demostrando una seria falta de sentido común para legislar porque no se necesita dictar un decreto cada año para prorrogar la vigencia de una norma anterior. Esto sería una comedia de nunca acabar; bastaría con una norma general como la de aprobar un incremento igual a la tasa de inflación anual, reajutable automáticamente; o un porcentaje de terminado; calculado este aumento para un término más o menos largo de tal manera que sea compensatorio.

En lo que respecta a los arrendamientos de locales comerciales las normas vigentes son las consignadas por los arts. 518 a 522 inclusive del C. del C. Estas normas restringieron también la voluntad o libertad contractual del propietario. El 518 determina que el arrendatario empresario " tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, " si ha ocu-

pado el inmueble por no menos de dos años y con un mínimo establecimiento de comercio.

Estas medidas que son realmente saludables, deben ser revisadas y modificadas en beneficio de los arrendadores que solo disponen de un apartamiento o de un local comercial para el arrendamiento, porque para ellos el incremento de un diez por ciento cuando la tasa de inflación es de treinta por ciento resulta injusto. Además, la prórroga no debe ser indefinida, sino sujeta a un tope de tiempo determinado, digamos, cinco años, por ejemplo.

F. Problemas relativos a la función Legislativa.

Un estudio detallado de la Constitución Nacional y de la legislación en todos los campos, permite establecer muy claramente que el Derecho Colombiano ha sufrido profundos cambios en estos últimos años. Que existen normas para obtener amplios resultados de justicia: Reglas Agrarias que haga propietarios a la infinidad de colombianos que han trabajado la tierra en calidad de siervos desde su infancia sin tener en propiedad una pequeña porción de ella, ya a través de expropiación de tierras inexploradas o de adjudicación de baldíos; la desconcentración de la propiedad de los medios de producción y de capital financiero; seguridad social plena: trabajo estable, seguridad contra el desempleo, salud, educación integral, descanso y esparcimiento útil; o sea, amplia y genuina libertad. Todo esto puede asegurarse con la aplicación seria y metódica de las leyes existentes.

Dos grandes problemas se advierten en Colombia: 1o. una tendencia a legislar de modo precipitado e inconexo sobre diversas materias; 2o. incapacidad del gobierno para ejecutar estas leyes y vigilar su estricto cumplimiento en todo tiempo y circunstancia.

1o. Legislación precipitada.

Con relación al primer punto fuera del caso de los decretos anuales a partir de 1976 sobre arrendamientos de inmuebles urbanos conviene mencionar que según los autores que se han dedicado a hacer el registro correspondiente, el número de reformas de Constitución de 1886 es de 32, sin incluir la de 1979 que fue declarada inoportunidad.

Carlos Urán trae un ejemplo muy dicliente: "en el delicado campo de la educación se dictaron en 1980 en unos pocos meses más de diez decretos distintos. A-nálizese la fecha de cada uno: el 22 de Enero se dicta-ron cuatro decretos diferentes sobre reforma de la edu-cación superior: los números 80, 81, 82 y 83; el 14 de marzo se dictó el no. 655 sobre comisiones de estudio; doce días más tarde, el 27 del mismo mes para reglaman-tar un artículo de uno de los decretos citados arriba, el no. 80, se dictó el decreto no. 729; el 12 de mayo se expidieron tres decretos más; el número 1072 para reglamentar dos artículos del mismo decreto 80, el no. 1073 para reglamentar el régimen de las instituciones no oficiales de educación superior y el no. 1074 para reglamentar un artículo de otro de los decretos prime-ramente citados no. 81, sobre convalidación de títulos y materias cursadas en el exterior; el 6 de agosto se dictó el decreto 2022 sobre títulos correspondientes a programas de educación superior; el 4 de septiembre, el decreto 2343 sobre exámenes de Estado para el ingre-so a la educación superior u el 10 de octubre se dictó el decreto 2724 para reglamentar el título sexto del mis-mo decreto 80, sobre inspección y vigilancia de las ins-tituciones de educación superior, oficiales y no oficia-les. Esto sin contar con las innumerables resoluciones propias de los Ministerios; en el caso, el de Educación aparece dictando la resolución no. 07051 el 29 de abril y unas semanas más tarde, el 21 de mayo, se dictó la re-solución no. 08065 por la cual se modifica parcialmente la antg-ua resolución no. 07051 referida sólo al sector de e-ducación, pero hacemos notar que no poseemos una info-rmación completa y que si, además, de ello se pliegan en los demás ministerios, en las muchas entidades públicas y en la labor del Parlamento, se puede suponer el volu-men de reglas de Derecho". (72)".

Mi experiencia como estudiante de Derecho fué ex-traordinaria para mostrar esta catapultada de normas: -iniciamos los estudios bajo la vigencia del decreto 18-37 del 30 de agosto de 1974, cuyo encabezamiento dice: "por la cual se deroga el decreto 1229 del 28 de junio de 1974 y se reglamenta el discernimiento del título de Doctor en Derecho"; e sea que éste solo tuvo una vi-gencia de dos meses. Luego nos gobernaron los decretos 225 del 5 de febrero de 1977, el 1018 del 9 de mayo de 1977 y el 3200 del 21 de diciembre de 1979.

72*. Urán, Carlos. "El Derecho como arma social". Na-ganía Dominical de El Espectador, Bogotá, Octubre 25 de 1981, p.11.

Carlos Urán comenta así esta desmesurada tendencia a legislar: " semejante embriaguez jurídica hace pensar en la ligereza con que se escribe las normas, - que, por eso, exigen muchas otras que las complementen para poder regular adecuadamente el tema propuesto y - también permite deducir que se sigue creyendo equivocadamente que legislar en abundancia y de cualquier manera, es legislar". Luego agrega que esto es una "agresión de Mascondo, jurídico donde las normas deambulaban dejando intacta la realidad social que pretende cubrir" /.../ como se ve entre nosotros se legisla para no tener que gobernar " (73)".

Hay un notorio sentido de irresponsabilidad en la función de legislar en todos sus niveles: Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos y resoluciones. Todo funcionario con atribución normatizante, en vez de hacer cumplir las normas existentes, necesariamente dictará el decreto o la resolución que no siempre aportará claridad y orden, sino todo lo contrario. Es parte de la tendencia psicológica natural del gobernante de un país pobre, hacerse sentir mediante disposiciones que lleven su nombre.

Entre nosotros la palabra escrita cumple una función mágica, alucinante; inconscientemente se espera que la norma escrita produzca el portento de transformar las costumbres y los hábitos de las gentes y de reglar la justicia social. Se espera, por ejemplo, que la ley de reforma de la educación por sí misma transforme la educación, a pesar de que los planteles educativos no cuentan con los medios para ese cambio, ni el profesorado ha recibido la preparación de actualización que requiere, ni el gobierno logra que el profesorado cumpla con mayor dedicación y seriedad su trabajo.

La realidad es que la palabra no es la realidad; el formalismo, a lo sumo, puede ser una mediocre imagen de la realidad; con frecuencia no es siquiera una imagen apropiada del pensamiento. La asimilación de la palabra con la realidad es una actitud propia de los pueblos que cursan las primeras etapas de la civilización. Es el estado de conciencia sin desarrollo suficiente que permite afirmar: pienso y hablo, luego existo lo - que deseo que exista. Este es el lenguaje de la superstición, el sortilegio y el fetichismo.

Andrés Holguín nos dice al respecto: "Por este culto a la palabra escrita carecemos, como otros pueblos, de procesos verbales; establecerlos en lo penal y en lo civil sería la única transformación verdadera para lograr rapidez en los juicios. Pero ello va con esa mentalidad colombiana, heredada de la española, y así resulta muy difícil pasar del mundo místico de la palabra escrita a la acción y a la palabra eficaz." (74)*, "que ya he hablado, y no advierten que lo que en realidad hacen es cortar las cabezas de una hidra" (75)*.

Por qué razón la función legislativa se ha encerrado en los últimos 20 años? porque la realidad social se ha complicado tanto que ya el gobierno no puede atender ni siquiera medianamente, como lo hacía en los años veinte, a las urgentes necesidades del pueblo. La violencia política propiciada irresponsablemente por los dirigentes principales de los dos partidos trajo como consecuencia la emigración de los campesinos hacia las ciudades en busca de un poco de seguridad para sus vidas; esta generación complicó la labor de los servicios públicos, a pesar de que el pueblo colombiano es extraordinariamente paciente y conformista.

Ante esta confusión, el sector político ha respondido con una mediocre acción y una extraordinaria normalización que se sucede con modificaciones permanentes hasta el punto de que se ha producido un tremendo caos e incertidumbre en el que ni siquiera los buenos abogados tienen claridad respecto a la norma que se halla vigente con referencia a un tema determinado.

Este laberinto legislativo se agrava porque el gobierno no cumple la labor de publicación y de confidencia necesarias para el conocimiento de las normas. Este delirio jurídico ha explicado el escándalo reciente sobre el desmesurado monto de la pensión de jubilación de altos exfuncionarios: todo dependía de la decisión del Consejo de Estado para definir cuál era la que había que aplicar y cuál debía ser su interpretación; tenía ficaba una pensión superior a 1200.000 mensuales. La magistrada potente, Ayda Anzola Linares, expresó en su decisión: "...persistir en error, sería desconocer el claro y perentorio contenido del inciso 2o. del artículo 94" (se refiere al artículo con ese número del C.C. A.)

74*. Holguín, Andrés. "Constitución y Leyes y Decretos....". Temas inesperados. Lecciones Dominicales de El Tiempo, Bogotá, noviembre 29 de 1981, p.10.

Las normas no son superadas, meditadas, sistematizadas antes de promulgarlas; por esto dejan vacíos subterfugios que los abogados llenan según su conciencia y artimañas. Platón pide compasión para este tipo de legisladores: "No te indignes, pues, con nuestros políticos; son los hombres más divertidos que existen, con sus reglamentos que modifican incessantemente, persuadidos de que con eso podrán remedio a los abusos que se introducen en las relaciones de la vida en todos aquellos puntos de que ya he hablado, y no advierten que lo que en realidad hacen es cortar las cabezas de una hidra" (75)*.

2. Incapacidad gubernamental para ejercitar las leyes. Lo que se necesita ahora es cumplir y hacer cumplir las leyes existentes para realizar la justicia social; en la actualidad el Estado colombiano se propone esa meta teórica y formalmente, pero no en la práctica hacia la que no tiende de modo serio y sistemático, sino eventual y aisladamente como es el caso de la reforma agraria.

El gobierno no cumple las leyes porque sus funcionarios no tienen una profunda conciencia de sus obligaciones, porque muchos carecen de las cualidades intelectuales y morales que se requieren para dirigir un Estado, como una clara comprensión de los problemas, voluntad y honestidad para enfrentarlos. Las leyes se convierten así en letra muerta.

Por esta razón, algunos autores sostienen que las leyes que trazan obligaciones a los gobernantes en las que la relación con los particulares no es directa, no son leyes porque carecen de la coacción para lograr su cumplimiento; quién, como en efecto, puede obligar a los gobernantes a cumplir con lo referente a la higiene y la salud, a la dotación de hospitales, planteles educativos y establecimientos carcelarios o a atender las solicitudes y reclamos de los ciudadanos, si la burocracia es la forma inmediata del poder real? El pueblo no, porque los gobernantes tienen el poder de reprimir con la fuerza bruta y, así, los reclamos, protestas, y peticiones cívicas son ilegales y la asonada, la sedición y la rebelión son delitos.

75*. Platón. Op. Cit. p. 119.

De ésta manera surge la prevalencia del poder que no solamente olvida y desconoce el derecho, sino que lo pisotea. Se rompe el equilibrio del poder que es lo que el derecho pretende. Un ejemplo reciente muy significativo son los decretos 528 y 2132 de 1976. El 528 limitaba los derechos de reuniones públicas desfilés y manifestaciones, en forma draconiana; perdió vigencia por haberse levantado momentáneamente el estado de sitio. Al poco tiempo se produjo la huelga de los sindicatos del ICSS; el gobierno decretó nuevamente el estado de sitio y dictó el segundo decreto mencionado que repitió el contenido del 528.

El art. 20. dispone " los empleados públicos y trabajadores bajadores, oficiales escalafonados en las carteras administrativas, docente, carcelaria y penitenciaria y diplomática y consular, que participen en huelgas o reuniones tumultuarias o que entraben o impidan la prestación del servicio, o que inciten a participar en los hechos aquí expresados, podrán ser suspendidos en sus empleos, sin derecho a remuneración y sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios para dicha suspensión que no será menor de seis meses y ni mayor de doce". Qué mayor arbitrariedad? de un plumazo el derecho quedó hollado. Y este decreto se halla vigente.

Dos magistrados de la Corte Suprema de Justicia que salvaron su voto de exequibilidad, Julio Salgado V. expresaron entre otras cosas en su salvamento: "disponer que las sanciones puedan fulminarse sin proceso de ninguna clase, tal como se ordena en la disposición que se comenta, equivale a dejar sin efectividad la garantía constitucional del debido proceso". Luego citan al entonces Presidente de la República y legislador de esta calaña Alfonso López Michelsen, cuando como todo un constitucionalista se expresaba en el prólogo al libro de Carlos Restrepo. P. " veinticinco años de evolución político-constitucional: 1950 - 1975 ": sobreviene luego la dictadura cuando desaparece el estado de derecho y se institucionalizó gobernar en todos los campos bajo el régimen de estado de sitio, haciendo caso omiso del órgano legislativo " (76)*. Pero el Decreto fue declarado exequible tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, o sea que el control constitucional no opera. s

76*. Villegas Arbeláez, Jairo. Derecho del Trabajo. - Trabajadores Estatales. Bogotá, Gráficas Pazgo, 1979, pp. 78 y 79.

El gobierno siguiente dictó el estatuto de seguridad burdamente violatorio de los derechos o garantías sociales, el cual a pesar de haber sido atacado por eminentes juristas, sigue vigente porque corresponde a las aspiraciones de las Fuerzas Armadas.

El Estado de sitio que con leves interrupciones se han mantenido por espacio mayor a treinta años, es arbitrario e inconstitucional porque se ha convertido de una medida de excepción, e una medida permanente; sin embargo para la Corte es constitucional como tantos actos de abuso del poder por parte del gobierno, como la aplicación arbitraria del art. 28 de la Constitución.

A pesar de una legislación que goza ya de un notable grado de socialización, el gobierno ha fracasado en sus intentos de realizar ciertas obligaciones que se ha impuesto. La Reforma Agraria produjo unos mediocres resultados, de modo que la mayoría de las gentes pobres del campo siguen en su miseria tradicional sin ninguna esperanza firme de mejoramiento. Como la reforma de los Gracos, fracasaron las buenas intenciones tan maravillosamente plasmadas en las leyes que hemos mencionado, porque hoy como en aquellos tiempos el Estado no es el garante de los derechos de los asociados, sino defensor en toda instancia de los intereses de la clase dominante de la cual salen los gobernantes. El Estado no es una institución que se coloca por encima de la sociedad e independizada de los intereses egoístas de las clases sociales.

La mejor demostración de esto es que, a pesar de la existencia de una legislación tan humanitaria, la pauperización y la inseguridad en todos los niveles se ha incrementado constantemente y de manera paralela a la expedición de las normas que ordenan solucionar las injusticias y carencias; basta ver los llamados cinturones de miseria de las grandes ciudades y los barrios de invasión donde se hacinan multitudes de gentes que tienen que vivir en condiciones de escandalosa indigencia lo que prueba que en el País no hay ni gobierno ni sentido de solidaridad.

Considerando bien la situación, los gobernantes no pueden cumplir integralmente la ley de reforma agraria; su campo de acción es pequeño porque están amarrados por los intereses de los grandes terratenientes cuya volun-

ta es superior a la ley porque constituyen una de las mayores porciones de la constitución, la que no es letra estampada en los textos. Su oposición bastó para frenar la aplicación y convertir en letra muerta las hermosas normas de la ley 200 de 1936, 100 de 1944, 135 de 1961 y 4 de 1973. Ni siquiera se ha cumplido bien el aspecto de adquisición de tierras incultas mediante compra, ni la parcelación de baldíos.

En los últimos tiempos ha habido propuestas de políticos de ambos partidos tradicionales que se vendiera a particulares o empresas extranjeras a Ecopetrol, Colpuertos, Ferrocarriles Nacionales y otras Empresas del Estado por razón de que el gobierno no puede administrarlas. Siempre están en déficit. El despilfarro, el peculado, el incorrecto manejo de las pensiones de jubilación, etc. las han arruinado.

Con relación a Colpuertos, especialmente el puerto de Buenaventura, Alvaro Valencia Tovar critica su desorganización, podredumbre, ineficacia e incuria que se hallan presentes en los muebles, bodegas, operaciones, en el sindicato convencido de que su función es no trabajar ni permitir que nadie lo haga, exigiendo en retribución prestaciones que tan solo empresas oficiales pueden otorgar. Por ello hemos sostenido la conveniencia del constituir sociedades autónomas en cada uno de los puertos del país, liquidando esa Cabeza burocrática ineficiente y mongoloide, que de nada sirve y si todo lo entorpece...." (77)*.

Esta situación caótica de falta de eficiencia en el trabajo que se observa en todas las instituciones estatales, es consecuencia directa del clientelismo político fomentado y sostenido por los dirigentes que con su influencia aseguran la estabilidad de sus lacayos y súbditos en cargos de responsabilidad para los cuales no tienen la solvencia moral e intelectual. Un buen funcionario, competente y probos el pequeño campo de acción que tiene el gobierno permitiría desarrollar obras coordinadas para satisfacer urgentes necesidades sociales.

Otra medida de sano intervencionismo es la legalización que permite al gobierno establecer el control -

de precios. Este control nunca ha funcionado correcta e integralmente, a pesar de que las normas son taxativas. En muchos renglones ese control es imposible, aunque el gobierno contara con funcionarios honestos que tuvieran la entereza de hacer cumplir las normas porque las leyes de la oferta y la demanda no se pueden controlar, frenar y represar mediante decretos. Cuando la demanda es excesiva y la oferta muy baja no hay leyes ni sanciones que puedan mantener unos precios fijos. En tiempos normales de producción y de demanda hay problema de que los sobornos y las amenazas impiden el cumplimiento de la ley.

Desde el punto de vista jurídico tradicional, el control de precios ha reducido la extensión de la libertad contractual, pues, hoy los contratos de transporte, terrestre y aéreo, la venta de ciertos artículos que las gentes y el gobierno consideran de primera necesidad, son contratos de adhesión. Por otra parte, la venta de artículos desde hace algún tiempo en la mayoría de los almacenes se hace sobre la base de precios fijos, lo cual también convierte el contrato en un contrato de aceptación.

El nuevo Código Penal tipificó como delitos el acaparamiento (art. 229) y la especulación (250); quizá estas normas contribuyan a impedir los abusos correspondientes; pero habría que preguntarse cómo puede adelantarse la investigación de la justicia penal en el caso del precio especulativo del cemento, por ejemplo, tan frecuente en muchas regiones del país cuando las fábricas producen internacionalmente una menor cantidad o los distribuidores lo acaparan en las ciudades donde se fabrica, para ocasionar una escasez ficticia a fin de forzar un incremento en los precios? Es de temer que esa investigación se convierta en una especulación de la especulación.

G. Ambiente propicio para socializar aún más el Derecho Laboral.

Sin embargo de la sobrecaturación jurídica, es necesario legislar recurdadamente sobre varias materias, organizar la legislación existente, codificarla sistemáticamente, darle consistencia jurídica y reajustarla para atender a las nuevas circunstancias económicas y sociales, pero racionando la capacidad legislativa y propendiendo a su aplicación de manera seria y respaldada.

sable, hasta donde le es posible el sistema. Hay un ambiente propicio para esta tarea. Desde el Presidente de la República hasta los gremios económicos más fuertes reclaman urgentes reformas.

El Presidente actual, Julio Cesar Turbay Ayala, ante el quinto congreso nacional de Derecho de Trabajo, afirmó la necesidad de introducir reformas al C.S. del T. como: definir claramente cuales son las actividades de servicio público, la contratación colectiva para que sea más efectiva y menos política, prohibir los contraplegos patronales, sustituir el arbitramento por Tribunales permanentes, ampliar las facultades de las organizaciones sindicales a fin de que puedan tener una mayor participación en los organismos de concepción de la economía nacional, etc. (78)*.

Los gremios urgen para que se creen mayores oportunidades de empleo y se garantice una efectiva seguridad social; critican acerbamente el mal funcionamiento del ISS que, a pesar del alto presupuesto de que dispone, solo alcanza a cubrir "cerca de la quinta parte de la población económicamente activa"; sobre el problema de la nutrición afirman: "La desnutrición tiene hoy rasgos dramáticos que lleva a analizar con preocupación la situación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuyo presupuesto en 1980 ascendió a más de 6.500 millones de pesos...." y concluyen que "Las estructuras laborales y de la seguridad social demandan cambios sustanciales que los devuelvan su coherencia y armonía, y que las hagan más acordes con la época contemporánea y con las transformaciones económicas y sociales que han ocurrido en el país durante la última década. Para ello es menester contar en el proceso de reforma con una amplia participación de los diferentes estamentos y analizar las diversas soluciones que el sector privado ha planteado en varias oportunidades, muchas de las cuales se hallan en documentos enviados al gobierno...." (79)*.

Criticán las altas tasas de interés del dinero, -

78*. El Espectador. "Reformas a Instituciones Jurídico-laborales, pide Turbay". Bogotá, -
Octubre 25 de 1981, p.1.

79*. Frente Gremial: Andi, Anif, Fenalco, Camacol y Fedametal. El Tiempo, Abril 21 de 1981.

lo que produce menor inversión y, por lo tanto, menor oferta de empleo. Censuran la actividad de los llamados Fondos que se han apoderado del capital financiero y, por consiguiente de todo "el equipo productivo del país, sin crear nuevos puestos de trabajo" y cuyo poder "es tan grande que atemoriza y paraliza a los funcionarios", afirma Proantioquia, asociación de industriales de Antioquia; luego proviene: "es obligación del Estado como supremo regulador de las energías y del potencial nacional, ponerle freno a la concentración del poder económico. Esta, por medio de los instrumentos del manejo financiero, ha contribuido a entrecarecer en forma inverosímil los costos del dinero para la producción y se ha convertido, virtualmente, en el amo de todos los medios de producción. Nuestra primera prioridad debe ser crear empleo, pero a ello se opone la toma de la empresa que está produciendo de muy diversas maneras" (80)*.

Por otra parte, el gobierno está hondamente preocupado por el problema de la paz ante la recia e inquietante arremetida de las guerrillas que manifiestan bastante fortaleza en su organización y dotación. La labor de estos movimientos de rebeldía se ha convertido en un importante factor de presión para que el estado gobernante introduzca notables cambios en la legislación, especialmente en la laboral y en la seguridad social. En este sentido se ha manifestado la gran comisión de la paz que el gobierno constituyó para que presente planes y políticas a fin de crear el ambiente propicio para la paz.

Si el gobierno pretende crear esa situación tiene que cumplir las normas existentes y crear otras, pues, no habrá paz si subsiste el alto índice de desempleo actual, si el alza en los salarios no compensa el alza desbotada en los precios de los artículos de primera necesidad y de la vivienda, si no se mejoran los servicios de salud e higiene, si no se ejecuta la Reforma Agraria en forma integral.

Se da, pues un ambiente maravilloso para realizar una fructífera labor legislativa a fin de socializar más aún el derecho. El Estado con estas reformas atiende a su autoconservación y dentro de sus medietudes

80*. Echeverri Mejía, Gilberto. Discurso pronunciado en la reunión multisectorial presidida por el Presidente de la República. El Tiempo, Bogotá, Octubre 30 de 1981, p.48.

posibilidades de llevar a la práctica esa legislación, subsana algunos efectos del liberalismo económico por que ya se ha convencido suficientemente de lo que decía el padre Lacordaire: "entre el rico y el pobre, entre el débil y el fuerte, está la libertad que oprime y la ley que libera" (81)*, pues las leyes que otorgan la acción pertinente para defensa del derecho institucionalizado permiten al débil económicamente acudir al estado en busca de protección a través del proceso judicial.

Lástima que el sindicalismo no sea en Colombia una fuerza de cambio porque es muy débil su organización y porque, en el fondo, no pretende sino ventajas económicas con sus luchas, y estas ventajas, no genera las para el proletario de todos los niveles, sino para los miembros del sindicato específico. De este modo los sindicatos han logrado beneficios que elevan a sus miembros a una posición de privilegio con relación al resto de gentes necesitadas. Sobre todo los sindicatos de las instituciones estatales que han logrado dominarlas a su favor. Además las principales federaciones de trabajadores se mueven dentro de la política partidista, lo cual condiciona completamente a sus dirigentes a los planes trazados por los dos partidos tradicionales.

Pero hay un factor que está influyendo de manera poderosa en preparar el ambiente y el camino a una mayor socialización del derecho y posiblemente de la política social. Es la situación hondamente conflictiva por la que atraviesan varios países centroamericanos que mueve a pesar de las posibilidades de que en ellos se organicen regímenes socialistas del tipo de Nicaragua que se halla desarrollando las primeras etapas de un socialismo marxista bajo la dirección del gobierno de Cuba y en última instancia del de la Unión Soviética.

Ante esto las gentes con mayor conciencia de esta situación de peligro, urgen al gobierno colombiano a introducir modificaciones en la legislación a fin de socializarla como medio seguro para corregir injusticias y frenar la insurgencia.

*81. Lacordaire, Henri. Citado por Michele Abbate. - op. Cit. p. 128.

CONCLUSIONES

la.- La legislación colombiana desde principios de este siglo ha originado una profunda crisis de la autonomía de la voluntad en el campo contractual y en la relación del Estado con los particulares propietarios de bienes agrícolas, industriales o comerciales; de modo particular, mediante la normatización de dos épocas que introducen cambios mucho más profundos, como son la que se extiende de 1930 a 1938 y la que corre desde 1950 hasta nuestros días.

Con las leyes que afectan la libertad contractual se logra paulatinamente un equilibrio relativo e inestable entre las partes contratantes; especialmente en el campo laboral en el que el trabajador obtiene medios de defensa a través de las autoridades administrativas del trabajo antes de acudir a los juzgados correspondientes. Luego vino la definición de los salarios mínimos que configuran la base del precio de la mano de obra o de la labor profesional.

Las leyes que establecen la relación entre el Estado y los propietarios de tierras interfieren con la voluntad de éstos porque tratan de frenar la excesiva concentración en manos de unos pocos; sobre todo, trata de sancionar el abuso del derecho de propiedad que hace que el latifundista mantenga tierras inactivas cuando hay innumerables gentes pobres que necesitan la tierra en propiedad para aprovecharla. Igualmente esas leyes estorban la voluntad de los industriales y de los transportadores, pues, ellas fijan los precios y tarifas básicos.

Todas estas medidas contribuyen a mejorar de alguna manera a la parte débil del contrato y al siervo de la tierra; pero se requiere para su efectividad un Estado alerta y decidido en mantener, en la práctica, el conflicto que la ley implica y reconoce.

Los tiempos actuales exigen la intervención firme y activa del Estado para socializar el derecho y socializar la realidad mediante el logro para las clases desposeídas de ciertos niveles de igualdad económica y cultural. Debe ser un Estado realmente intervencionista y no meramente asistencialista o paternalista. Pero en este proceso debe el gobierno evitar el peligro de la rasante uniformidad porque produce también grandes injusticias. Están muy bien los congelamientos de los cánones de arrendamiento, los pequeños reajustes no convenidos, sino impuestos por la ley; pero no debe eliminarse el plazo como -

causal de vencimiento, para lo cual debe fijar un término más o menos largo de vigencia del contrato, por ejemplo, tres o cinco años al cabo de los cuales el propietario del inmueble debe recuperar su capacidad de disposición para continuar con el mismo arrendatario o contratar con otro, u ocupar el inmueble, o incrementar por convenio el canon, a la manera como lo establece el art. 519 del C. del C. La ley tal como está concebida es injusta para quien solo dispone de un apartamento o de una casa pequeños para el arrendamiento.

Evidentemente no es lo mismo el 75% de la pensión de jubilación para quien devengó el salario mínimo y quien generalmente no alcanza durante los cincuenta o cincuenta y cinco años de vida laboral bajo dependencia, a obtener una masa abundante de bienes, que el 75% de quien devengó diez o más veces el salario mínimo como sueldo y quien por su poder económico y cultural normalmente logra durante su actividad laboral acumular una apreciable suma de bienes.

En tanto que las distinciones que ha dejado establecer entre trabajadores del sector privado y del sector público crean desajustes sociales de gran injusticia. Ciertos trabajadores oficiales y empleados públicos mediante abusivas convenciones colectivas se jubilan con veinte años de servicios o menos y cualquier edad, en tanto que en el sector privado deben necesariamente laborar durante veinte años o más y cumplir la edad de 55 o 60 años. Con esto se están instituyendo privilegios detestables en la clase trabajadora, que crean una inconveniente presión sobre las posibilidades de empleo en el sector público y que fomentan el nefasto clientelismo; y, además, se está promoviendo, con mucha frecuencia, una menor eficiencia del trabajador al servicio del Estado, particularmente de los niveles alto y medio de la burocracia.

Ante los nuevos desarrollos de las fuerzas económicas y sociales, el gobierno tiene que forzar otras situaciones si es consciente de la necesidad de su autoconservación para bien del sistema que sustenta. En el momento actual, por ejemplo, debe intervenir más dinámicamente para frenar la concentración de poder económico en su nueva modalidad, la del capital financiero; existe la norma para efectuar este control y restricción; es el decreto no. 2388 de 1976.

2a. La libertad contractual que es un aspecto importante de la libertad total, quedó jurídicamente definida por el Derecho Romano tanto en su forma externa como en la interna; pero particularmente en ésta.

En el Estado Romano se configuró un ciclo pleno en las formas fundamentales de la libertad. En un principio se estableció una doble legislación: el *ius civile* para los ciudadanos romanos; el *ius gentium* para regular las relaciones de los extranjeros entre sí dentro del estado romano o de éstos y los ciudadanos. Los actos jurídicos del *ius civile* son extremadamente formalistas; no así los regidos por el *ius gentium*. Al producirse una fuerte presión sobre el Derecho por las fuerzas económicas, se asimiló el *ius civile* al *gentium* para los contratos de carácter patrimonial; en efecto, la necesidad apremiante de inter-relaciones comerciales y de dar mayor movilidad a la transmisión de toda clase de bienes, originó la consensualidad en los contratos y el reconocimiento de los mandatarios o representantes.

En cuanto a las libertades políticas, las luchas organizadas y concertadas de la plebe forzaron al patriciado a admitir el derecho del sufragio de los varones, el *connubium* o *justae nuptiae* de plebeyos con patricios, el acceso a los cargos políticos o *ius honorum*, aún a la dictadura, al consulado y al pontificado. Hasta que la aristocracia de raza cedió a la aristocracia del dinero o plutocracia; en efecto, fueron los ricos, sin distinción de origen, los que imperaron. Esto ocurrió desde fines de la monarquía, durante la república y hasta principios del Imperio.

Durante el gobierno de los emperadores, la libertad contractual de carácter patrimonial, se extendió amplia y libremente gracias a la presión inevitable de las fuerzas económicas; triunfó plenamente la consensualidad, en tanto que el formalismo se redujo al mínimo necesario; pero las libertades políticas, fueron restringidas por la prepotencia de los emperadores y, de modo particular, del ejército que paulatinamente adquirió tal poder que no solo sustentó a los emperadores, sino que algunos de sus jefes usurparon el poder político por la fuerza; pero cada vez más fue notoria la intervención del Estado en las actividades de los particulares en la producción y distribución de bienes como también en la terminación de los precios de los arrendamientos de inmuebles urbanos. Además, el Estado constituyó monopolios.

Por otra parte, la esclavitud se transformó poco a poco en colonato o servidumbre de la tierra. Fueron motivos para ello, la rebelión armada de los esclavos y la constante amenaza de la rebelión que ejercían sobre sus amos, y también la mayor rentabilidad que ofrecían los colonos para los patronos y para el Estado.

De esta manera se produjo un ciclo pleno en el derecho y en poder: Una ampliación creciente de derechos civiles y políticos con la eliminación de la aristocracia de cuna, y luego una reducción de los mismos derechos para originar una estatización progresiva que destruyó algunos campos que pertenecen a la autonomía de los individuos, como la libertad de elegir oficio o profesión.

En el Estado burgués se fomentó desmesuradamente la libertad contractual hasta el punto de que algunos tratadistas y expositores llegaron a considerarla como la forma de libertad más importante, de modo que la asimilaron con la autonomía de la voluntad. Esta concepción tuvo por objeto sustentar el derecho de propiedad sin ninguna clase de restricción.

Como la experiencia de cerca de dos siglos mostró que las leyes económicas no pueden por sí mismas regular la producción y comercialización de bienes, la burguesía admitió poco a finales de la primera guerra mundial la idea de que el Estado debe intervenir en la dirección de la economía, pero manteniendo en una amalgama increíble de teorías y prácticas, "la libertad de empresa y la iniciativa privada" y reconociendo a la propiedad una función social. En muchos países de corte capitalista o precapitalista el intervencionismo de Estado es puro formalismo. Y como cosa particular, se reduce el concepto de Estado a gobierno. Se condena o se apoya la intervención del Estado para crear medios a fin de mejorar la suerte de las clases marginadas y se piensa que éstas no son parte del Estado, sino algo aparte, en apéndice estorboso, como si la nación estuviera constituida exclusivamente por las clases que disponen de los medios de producción y, por ende, del poder político. Esta es la mejor prueba de que el Estado es, en realidad, el aparato de subyugación de las clases dominantes sobre las clases sirvientes y oprimidas.

En Colombia el intervencionismo del Estado ha contribuido paradójicamente a la descomunal concentración de la riqueza en sus diferentes formas, en manos de unas pocas personas naturales o jurídicas porque el intervencionismo es formal; o sea, de leyes muy bonitas que se aplican escasamente en cuestiones que no afectan la dirección central de la economía y siempre se escamotean cuando pretende aplicarlas en asuntos de fondo, como la reforma agraria que exige revolucionar el derecho de propiedad. La expropiación solo se aplica a tierras de latifundistas que no cuentan con un efectivo poder político, o sea, que no son caciques de los partidos. Así los campesinos sin tierra o con pequeñas parcelas son hoy más pobres que hace treinta años.

Por otra parte, en Colombia la mayor porción del poder real lo tienen y manejan eficazmente las fuerzas armadas; de manera que en las libertades políticas existe una restricción evidente motivada por las normas que el gobierno central ha expedido con base en el estado de sitio que se convirtió en permanente; entre esas normas conviene destacar el decreto no. 2123 de 1976 que ordena suspender en sus empleos a los funcionarios, que participen en huelgas o reuniones tumultuarias, "sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios para dicha suspensión..."; y el estatuto de seguridad. Todo esto para reprimir las luchas populares que por ello han debido convertirse en luchas armadas por medio de guerrillas que se han constituido en el motor del cambio social que está forzando la actualización del derecho.

Además, la libertad contractual se está limitando progresivamente por el reforzamiento del contrato de adhesión o contrato dirigido. Gran parte de los contratos de venta se fundamentan en precios fijos por imposición de la ley o por imposición del vendedor. Son muy pocos los casos en que la autonomía de los contratantes juega sobre los diversos elementos constitutivos del contrato para convenir sobre ellos y definirlos libremente dentro de la igualdad posible de poderes de las partes. Las sociedades comerciales están en mayor o menor grado supervisadas y aún dirigidas por el Estado dentro de un formalismo que con frecuencia resulta excesivo. Todo esto, como parte del proceso en que se encuentra la humanidad, de reducción al mínimo grado de expresión del individualismo y la constitución de formas de socialismo como lo

exigen las nuevas circunstancias originadas por las fuerzas económicas y sociales que los gobernantes no pueden dirigir y controlar.

3a.- La escala de libertades es variada. En los Estados capitalistas las gentes pretenden fundamentalmente la seguridad a través de la riqueza la cual otorga poder y ciertas formas de tranquilidad ante los peligros. Las clases trabajadoras buscan la seguridad por medio de la estabilidad en el trabajo, pensiones y auxilios si son empleados o mediante la propiedad de ciertos medios de producción que les permitan desenvolverse en su oficio o profesión. La libertad de pensamiento, de expresión o de religión, el derecho de sufragio, son interesantes; pero es más importante la seguridad económica porque de ella depende la vida y desarrollo de las gentes y por medio de ella éstas obtienen grados de poder que convertirá la libertad de sufragio; por ejemplo, en un derecho de utilidad personal que redundará en otros grados de seguridad. De esta manera, la seguridad prima sobre ciertas formas de libertad; o más bien, la seguridad se convierte en el piso firme para construir la libertad.

La escala de la libertad ha variado considerablemente en el orden de gradación de sus formas. El derecho o libertad de votar que fue en el siglo pasado de gran importancia, ya no interesa a muchas gentes; en Colombia, por ejemplo, los cargos de representación y mandato se obtienen por un porcentaje de votación que en verdad es muy bajo; ni siquiera llega a la mitad de la población con derecho al voto. La libertad de religión tampoco interesa grandemente. Estas y otras formas de libertad no son fundamentales para gran parte de las clases pobres porque ellas no dan ningún grado de seguridad material; esto ha hecho decir a algunos autores como Michele Abbate que la libertad es hoy considerada como "un artículo de lujo para privilegiados", que las gentes ya no conservan el gusto de la libertad, el placer o, por lo menos, el deseo de ser libres. La gente "se preocupa y desganata y lucha" para "tener riqueza y poder sobre otros, o, en un nivel más corriente, para poseer ciertos bienes materiales codiciados más porque la opinión pública los señala como signo mayor de éxito alcanzado, que porque puedan conferir independencia o genuina felicidad".-

En los estados capitalistas las clases pobres buscan las

libertades que la seguridad garantiza: vivienda, trabajo bien remunerado y estable, educación, servicio médico y hospitalario gratuitos, etc.

En los Estados socialistas en los que el pueblo trabajador ha adquirido algunos significativos niveles de seguridad económica y cultural, como trabajo, vivienda y servicios, pretende formas elevadas de libertad como el derecho de discurrir de las políticas y prácticas que dirige la alta burocracia; el derecho de intervenir más directamente en la administración de las empresas; y también el derecho de actuar en la dirección del Estado. Esto porque en dichos países la llamada dictadura del proletariado se convirtió en la dictadura de la burocracia la cual se constituyó en la nueva clase dominante con grandes privilegios.

Los trabajadores y los intelectuales liberales se ven obligados a luchar contra esta nueva clase gobernante que tiene el control del Estado y hace imposible alcanzar la igualdad social. La desigualdad económica en estos Estados ya es apreciable, debido a la desigualdad en las oportunidades de educación científica y técnica; de donde resulta que el trabajador manual o de los niveles inferiores de la técnica ya constituye un núcleo de marginados.

La intervención franca y firme del Estado no aniquila la libertad, solo puede afectar algunas formas o manifestaciones de ella. Las restringe para afirmar y extender otras formas. Las limitaciones en la libertad contractual de carácter patrimonial, como el contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos y la limitación de la propiedad de la tierra generan para los no propietarios, a quienes aprovecha tal restricción, la libertad que otorga la seguridad de que el Estado por medio de sus mandatos protege a las personas en sus vidas, honra y bienes. Las personas cuyos bienes o intereses son coartados ganan en seguridad porque todo grado de justicia que la sociedad adquiere redundará en beneficio de todos.

4a.- El derecho no es norma sola, sino norma y conducta. Según el concepto de Hans Kelsen, Derecho es un conjunto de normas que determinan la conducta humana y un conjunto de conductas reguladas por las normas. Se podría

definir como el conjunto de normas establecidas por el órgano previsto por la constitución de un Estado, coercitivamente obligatorias, generales y vigentes.

Vigente no es solamente la norma no derogada de manera expresa por el legislador, sino la que se aplica o puede aplicarse o hacerse aplicar. Es posible que haya normas que no puedan ser aplicadas, aunque no hayan sido derogadas, porque la práctica no las admite como normas de conducta; han sido superadas por la evolución impuesta por el tiempo. Esto puede ocurrir cuando se trata de normas muy antiguas.

Las normas que regulan relaciones entre particulares y sus grupos, se actualizan periódicamente, o pueden aplicarse y exigirse su aplicación. De ellas se puede decir que se hallan vigentes, es decir, están vivas, actuantes. En tanto que las normas que deben ser cumplidas por el gobierno y en las que la relación de éste con los individuos no es directa, su cumplimiento no puede ser exigido coactivamente. Al gobierno le puede exigir un empleado suyo que ha prestado sus servicios, el pago de una pensión cuando se han cumplido los requisitos establecidos por la ley; pero un campesino no le puede exigir que cumpla con las normas de la reforma agraria o de la ley 200 de 1936 o de la 100 de 1944 cuando concurren las circunstancias previstas por esas normas, porque la iniciativa depende del gobierno como es el caso de la expropiación. Nadie puede exigirle jurídicamente que dote mejor los hospitales, los planteles educativos, que sea más puntual y mejor la atención médica por medio de los Seguros Sociales. Estas normas no son leyes propiamente dichas, pues, hace falta el elemento de la coercitividad que es esencial a la norma jurídica. Son buenos propósitos del gobierno y del sector político como lo son los enunciados de la parte de la Constitución que se refieren a algunas garantías sociales. (Obsérvese que en los casos en que he empleado el término gobierno, que está utilizado en forma laxa, en el lenguaje corriente se usa el vocablo Estado).

Sin embargo, debería existir un poder que pueda exigir al gobierno el cumplimiento de esas normas para que no se conviertan en letra muerta. Este poder no es sino la nación

en quien reside la soberanía; y dentro de la nación, es el pueblo trabajador y todas las clases oprimidas quienes deben realizar esa exigencia.

5a.- Las verdaderas fuentes activas del derecho son las fuerzas económicas que son casi siempre incontrastables, las luchas firmes, decididas y coherentes de las clases marginadas y el trabajo paciente de los tratadistas y expositores de las ideas de justicia y libertad quienes prevén el curso de los hechos y proponen soluciones siempre dentro del marco de la equidad. La conjugación armónica de las luchas sociales y del trabajo de los iusnaturalistas ha producido la socialización del derecho y de sus instituciones y continuará haciéndolo porque el sector gobernante tarde o temprano tiene que advertir los problemas y tratar de solucionarlos movido por el sentido de justicia o por la necesidad de la autoconservación del sistema al que representa.

Un aporte considerable en el sentido de la socialización del Derecho y de la realidad lo cumple en los tiempos modernos el periodismo beligerante a través de los medios masivos de comunicación, de modo particular, la prensa, la radio y la T.V. La crítica incisiva y tenaz, los reclamos constantes por medio de las palabras escritas, o pronunciadas y las imágenes de los hechos, cumplidos por buenos periodistas logran algunas veces hacer mella en la burocracia.

8. ... sobre las obligaciones. Progreso Universal, ...
9. ... sobre las leyes. Editorial ...
10. ... derecho subjetivo. Madrid, Revista de ...
11. ... Filosofía del Derecho. ...
12. ... conferencias de Calles - ...
13. ... familia, la propiedad - ...

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. ALONSO GARCIA, Manuel. La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo. Barcelona, - Bosch, 1958.
2. AMESQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Temis, Bogotá, - 1.980.
3. ARENDT, Hannah. El hombre y el Trabajo. Revista *Equo*, Tomo III, Bogotá, 1.961, p. 248a 276.
4. ARISTOTELES. Política. Editorial Bedout, S. A., Medellín 1977.
5. BARON S., Campo E. Legislación del Trabajo. Disposiciones reglamentarias y Jurisprudencia. Editorial A.B.C., Bogotá, 1.939.
6. BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Mexico, D. F., Fondo de Cultura Económica, 6a. reimprisión, 1.979.
7. GANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis, Bogotá, 1.979.
8. CARBONNIER, Jean. Droit civil. Tome Second. Les biens et les obligations. Presses Universitaires de France. Troisième édition. Paris 1.962.
9. CICERON, Marco Tulio. Sobre las Leyes. Editorial Ariel. Traductora: Haydeé Díaz Y., Guayaquil, S.F.
10. DABIN, J. El Derecho Subjetivo. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
11. DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. 9a. edición española, corregida y aumentada. Revisada por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona, Bosch casa Editorial, S.A., 1974.
12. EMILIANI ROMAN, Raimundo. Conferencias de Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, 1980.
13. ENGELS, F. El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Ediciones Comenares, Bogotá, S.F.

14. ... Generalis, el Organismo de las Ideologías. Editorial Sig-Sig, 24. edición, Santiago de Chile, 1.966.
15. ... Sociología de la Reforma Agraria en América Latina. Ediciones Cruz del Sur, Bogotá, 1.973
16. ... Guillerme. Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial Temis, Bogotá, 1960.
17. ... Curso de Derecho Civil; el Negocio Jurídico. Temis, 1969.
18. ... "La Constitución y Leyes y Decretos". Lecturas Semanales de El Tiempo, - Bogotá, noviembre 29 de 1961 p.10
19. ... Curso de Derecho Civil Positivo. Tomo I, Vol. I. Ediciones jurídicas de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1962.
20. ... Civilica según la Ley. Ediciones Paulinas, Bogotá, 1.963.
21. ... Civilica Mater et Magistra. Ediciones Paulinas, Bogotá, 1965.
22. ... Laborem Exercens. Separata de la Encíclica, Bogotá, S.F.
23. ... Ferdinand. ¿Que es una Constitución? Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
24. ... Humanismo, Estado y Derecho. Editorial Bosch, Barcelona, 1969.
25. ... V. I. el Estado y la Revolución. Editorial del Pueblo, Pekin, 1.974.
26. ... y ... el Manifiesto Comunista. Editorial del Pueblo, Pekin, 1971
27. ... Guillerme y ... Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis, Bogotá, 1960.
28. ... Conditorum Progenies. Ediciones Paulinas, Bogotá, 1977.
29. ... Política Sindicalismo en Colombia. Editorial ... Bogotá, 1973.

30. PETIT, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editora Nacional, S.A., Mexico, D. F., 1980.
31. PLANIOL, Marcelo. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Editora Cultural, La Habana, - 1945.
32. PLATON. La República o de lo Justo. Editorial Bedout, S.A., Medellín, 1977.
33. POBLETE T., Moisés. Evolución del Derecho Social - en América. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.
34. POULANTZAS, Nicos. Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista. 16a. edición, Siglo XXI editores, Mexico, D.F., 1978.
35. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol. Tomo I, Ediciones La Ley, Buenos Aires, - 1963.
36. ROUSSEAU, J.J. El Contrato Social. Editorial Bedout, S. A., Medellín, 1.974.
37. SAMPER, Darío. Sociología. Historia y Teoría. Editores Contraloría General de la República, Bogotá, 1974.
38. SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia, 1971.
39. UMASA LUNA, Eduardo. Los Derechos Humanos en Colombia. Transformación o Revolución? Editorial Lito-Textos, Bogotá, 1974.
40. URAN, Carlos. "El Derecho como Arma Social". Magazin Dominical, El Espectador, Bogotá, Octubre 25, 1981, p.11.
41. USENIN, V. I. Coparticipación o Lucha de Clases? Editorial Progreso, Moscú, 1974.
42. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 6a. edición, Biblioteca Banco Popular, Textos Universitarios, Cali, 1978.
43. Idem. Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos. Editorial Presencia, Bogotá, 1970.

44. VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho del Trabajo. -
Trabajadores Estatales. Gráficas Pazgo, Bo-
tá, 1.979.

45. ZABALZA IRIARTE, Joaquín. El Derecho, Tomás de A-
quino y Latinoamérica. Universidad Santo
Tomás, 2a. edición, Bogotá, 1.980.

AN	29148
T	Pabón D., Lino Ramiro.
D348.9861	Crisis de la autonomía
P111c	de la voluntad o la socialización del derecho.
Ej.1	VENCE
NOMBRE	<i>[Signature]</i>
Nº del Carnet	8751159
NOMBRE.	<i>[Signature]</i>
Nº del Carnet	
NOMBRE	
Nº del Carnet	
NOMBRE	

AN
 T
 D348.9861
 P111c
 Ej.1

29148