

UBICACIÓN DE LA MATERIA

2

Derecho objetivo y subjetivo

Es una verdad de Perogrullo, que los derechos de las personas se consolidan desde su cotidianidad, por lo mismo, una compleja impostación metodológica, que lleva siglos adentrándose en la mentalidad de los juristas, impide vislumbrar que es supremamente complejo para un lego en derecho comprender dos fenómenos al respecto; el primero tiene que ver con la prelación de sus derechos fundamentales, por sobre sus demás derechos patrimoniales o negociales, y el segundo que la expedición de la Constitución Política de 1991 vino a modificar vigorosamente el entendimiento que del Código Civil o del Código de Comercio podían hacerse previamente³⁸.

El hombre bárbaro cedió parte de su incontrolada libertad para poder, junto con otros hombres, satisfacer necesidades de todo orden. En consecuencia, se adoptaron unas reglas de convivencia, de relativa y concertada calma, se dictaron normas para regir el comportamiento de las nacientes comunidades, conformadas por quienes a bien tuviesen ceder esa inocua libertad. En efecto, se cambió una

.....
³⁸ El tema de las obligaciones es, en sentir de la más inveterada doctrina, una materia de inigualable trascendencia, no sólo jurídica sino económica, social e incluso moralmente; ello por cuanto de esta rama del derecho depende tanto el acceso a la riqueza por parte de una mayor cantidad de individuos, y como el reconocimiento de la utilidad del derecho privado ante cualquier sociedad moderna. Cfr. Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo III, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1976.

inútil anarquía, por un mínimo orden garantista encaminado a mantener, en principio, su integridad física y moral.

Desde ese momento, en cualquier parte de la tierra donde hay una sociedad hay normas reconocidas, creadas para regular los distintos vínculos entre los sujetos. Así, si hay comunidades o colectividades hay derecho (*Ubi Societas, Ubi Ius*, reza el viejo brocardo romano), pero sería necesario agregar que la prelación entre esas normas, su sistema de ponderación, si se quiere, también es un constructo que es connatural a esas formas de raciocinio desde tiempos inmemoriales. Desde un punto de vista antropológico, las sociedades premodernas identificaban como norma de cohesión las normas religiosas o morales y por ende, de alguna manera, eran esas las supremas normas de esa clase de colectividades³⁹. Dicho lo anterior, es claro que no resulta del todo sencillo que esas normas supremas o inaplazables sean reemplazadas por otras nuevas normas. Baste recordar que, en parte, la identificación de una sociedad como posmoderna comporta el reconocimiento por parte de ella misma, de la supremacía constitucional normativa y la eliminación o el apartamiento de los juicios de valor axiológicos, como la moral o la religión. La constitución de 1991 es laica en su concepción. La constitución de 1886 reconocía como religión oficial del Estado a la religión católica.

Esas reglas o normas de comportamiento son de imperativo cumplimiento; esto es, que si no se cumplen por propia voluntad de quienes se someten a ellas, se harán cumplir por la fuerza. Con todo, la evolución de las sociedades implicó la necesidad de sistematizar esos derechos y deberes y fue así como surgió el Derecho Objetivo, dentro del cual se encuentran tres clases de normas: **1) normas supremas e inaplazables**, constituidas principalmente por ejemplo en casi todo el neoconstitucionalismo, por los derechos fundamentales y los principios constitucionales fundamentales; **2) otras de obligatorio cumplimiento y observancia**, como por ejemplo el tipo de moneda que circula en un país o la imposibilidad de vender armas; y por último, **3) normas supletorias de la voluntad** (no expresada) por parte de los individuos.

Por Derecho Objetivo se ha entendido, primero que todo, la compilación de normas en la Constitución, los códigos, las leyes y los decretos; así como también la idea genérica de lo que en un país o región geográfica se ha constituido como

39 Cfr. Levi-Strauss, Claude, *Antropología estructural: mito, sociedades, humanidades*. Siglo XXI. 2009. ISBN. 9788432314254.

•Ubicación de la materia•

norma reconocida por todos⁴⁰. El Derecho Objetivo es el sistema de normas que consagra derechos y obligaciones. Rudolph Von Ihering hablaba incluso de un derecho “con mayúscula” para referirse a lo que debería significar el Derecho Objetivo, en contraposición a un derecho subjetivo, “con minúscula” que hace relación a todos los derechos de las personas individualmente consideradas⁴¹.

Luego de la expedición de textos constitucionales dogmáticos, esto es aquellos que contenían derechos inaplazables, resultó necesario operar con diversos niveles de normas que además, implicaban, cada uno de ellos, una epistemología diversa. Robert Alexy es quizás el profesor de derecho público que más ha trabajado al respecto, identificando un trinomio altamente descriptivo: **principio, norma y regla**⁴².

A esa clasificación algunos le adicionan una cuarta categoría denominada subregla, pero cabe anotar que las aplicaciones correctivas jurisdiccionales no necesariamente comportan una categoría *per sé*.

De otro lado, el derecho subjetivo hace referencia a las facultades otorgadas y protegidas por el sistema jurídico —o derecho objetivo—, cuyo ejercicio se deja a la iniciativa de su titular⁴³. El derecho de dominio que tiene una persona sobre su casa, o el derecho que tienen todos los ciudadanos a votar, o el que tiene una persona a que una tercera le cancele una deuda valiéndose de la jurisdicción son derechos subjetivos.

Caso 2. El vendedor v ofrece a su colega de trabajo, la compradora C, un vehículo vw Golf 2008, que podrá obtener por veinte millones de pesos, siempre y cuando los traiga al otro día. C accede al negocio y a la mañana siguiente cuando trata de pagarle a v, este manifiesta que ha vendido el vehículo a D, quien además de ser varón, le ha pagado un millón más por el vehículo.

40 Rene, David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigación Jurídica. México D.F, 2010, ISBN 978-607-0-00251-7.

41 Von Ihering, Rudolf. *De la lucha por el Derecho*. En *Estudios jurídicos*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1940. Traducción de Adolfo González Posada.

42 Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

43 Valencia Zea, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil: Parte general y personas*. t. I. Decimoséptima edición. Bogotá, D.C., Temis. 2011.

En el caso 2 propuesto vale diferenciar entre las normas constitucionales inaplazables, que impiden discriminar a las mujeres de los hombres y por virtud del cual, el vendedor estaría violando un derecho fundamental de la eventual compradora C, y por tanto, a través de una acción de tutela podría esta lograr una reivindicación de su derecho a la igualdad, siempre y cuando sea factible probar la discriminación; derechos estos que son de **absoluta observancia y de inmediato cumplimiento, esto es, normas inaplazables**. De otro lado, se pueden reconocer normas de orden público, que no pueden desconocerse, como que en Colombia circula el peso colombiano y la moneda oficial del Estado es esa, pudiéndose por supuesto cancelar en otra clase de moneda, pero ese pago eventual, no eliminaría al peso como moneda nacional; y, por último, se pueden reconocer normas o mandatos de carácter supletivo. Nótese como el acuerdo de voluntades entre V y C se ha surtido sobre únicamente dos elementos, cosa y precio; esto es sobre el carro y el dinero: los veinte millones de pesos. Esas dos cosas, dinero y vehículo constituyen los elementos esenciales del negocio, pudiendo obviarse cualquier otra clase de acuerdo adicional entre las partes, y podrá ser obviado simplemente porque la legalidad nacional, el código civil o el código de comercio vienen a suplir las manifestaciones de las partes que se han omitido, con normas generales prescritas con esa finalidad. Así, si no se dijo dónde se entregaría el carro, menciona la ley que el mismo deberá ser entregado en el domicilio del deudor, por poner un simple ejemplo, o si no se dijo a quien le competen las reparaciones antes de la entrega, la ley dispone que la cosa se entregará siendo útil para su finalidad y de acuerdo a los mandatos de la buena fe. Por supuesto, al ser meramente supletivas, las partes involucradas pueden desconocer esas normas supletivas y pactar las suyas propias, que también por supuesto pueden ser divergentes de las que han sido propuestas como supletorias por el legislador en los códigos y leyes.

Algo interesante, es que algunos autores han equiparado los derechos subjetivos con el derecho de *acción*⁴⁴, entendido como la facultad que el Estado confiere a los individuos de formular una pretensión a través de una demanda para reclamar, ante la jurisdicción, un derecho; siempre y cuando, quien accione a nombre propio o de un representado sea una persona legalmente capaz (art. 1503 C.C.), mayor de edad.

44 Consagrado en el art. 229 de la Constitución Política.

•Ubicación de la materia•

Se considera en todo caso, que el derecho de acción es apenas uno de los derechos subjetivos, dado que esta noción abarca más elementos, por cuanto, las personas no sólo materializan los derechos que tienen a través de acciones jurisdiccionales, sino con múltiples hechos a lo largo de todo el discurrir de su vida: así el cobro de una deuda, una transacción sobre el negocio, un acuerdo sobre las deudas incumplidas, con claros ejercicios de los derechos subjetivos personales.

Sin embargo, por antonomasia, el ejercicio de los derechos subjetivos se materializa por la iniciación de una acción procedimental en contra del accionado y al respecto vale cuestionarse en el caso propuesto, si la especialidad de que se daba cuenta al comienzo sigue teniendo validez.

Si la compradora C quisiera hacer valer su derecho a la no discriminación por parte de v, debería recurrir a un juez constitucional, si por el contrario, quisiera ejecutar el contrato que entre los dos se ha perfeccionado, debería recurrir a un juez civil que por la cuantía y la territorialidad tuviese competencia, pero ¿qué tan lejanos están uno y otro derecho?

Al respecto vale recordar que todos los jueces, incluidos los civiles, ejercen como jueces constitucionales por vía de tutela. A su vez, resulta claro que la Corte Constitucional no podría ejecutar o resolver un contrato. Pero más allá de ello, es preciso subrayar que **todas las normas jurídicas deben estar conformes a la Constitución Política de 1991.**

El contrato celebrado entre v y C es una norma jurídica, que tiene el rango de norma legal a voces de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil, por lo tanto esa norma legal tiene que estar en concordancia con toda la Constitución y en esa medida es claro que el juez civil no sólo debe revisar la legalidad del contrato celebrado, sino también su constitucionalidad. De manera alegórica, podría decirse que al juez civil le cobija tanto la constitución y la ley y por lo mismo sus labores de control se circunscriben a esos dos niveles. (Pero es que además, en una circularidad del argumento, es necesario recordar que ese juez civil también es un juez constitucional). A la Corte Constitucional, de manera restringida, sólo le es dable pronunciarse sobre asuntos constitucionales, no sobre problemáticas legales o contractuales.

La anterior afirmación reconduciría en una clara consonancia a los estudios de derecho comparado, en especial con la República Federal de Alemania a que el juez especializado, esto es, en el caso propuesto el civil para el caso 2, debería

poder pronunciarse en sus providencias no sólo sobre la legalidad del contrato celebrado, sino también sobre su constitucionalidad y por lo mismo, en cuanto tiene que ver con su ejecución se habría violado el artículo 13 Superior, por cuanto el vendedor discriminó injustificadamente a C, por ser mujer, motivo por el cual, el juez civil podría hacer cumplir el contrato ya por la ejecución real del mismo en contra de V, ya por el subrogado pecuniario correspondiente, más la indemnización por la afectación de los derechos fundamentales de C.

Semejante apreciación está implicando que permanentemente se debe consolidar la revisión completa de las declaraciones de voluntad por parte de los jueces especializados: un poco parafraseando a Alexy, podría decirse que todos los jueces deben ser jueces constitucionales, el juez constitucional es un juez de excepción.

Somos conscientes que esa concepción del derecho, le choca mucho a una considerable cantidad de juristas que se resisten a esa clase de cambios, pero al respecto cabe anotar que la tutelitis que nos agobia, se debe en gran parte a la falta de rigurosidad constitucional de los jueces ordinarios. Si bien es cierto las aisladas iniciativas judiciales que reconducen en ese sentido han sido juzgadas duramente, no lo es menos que consideramos necesario caminar en ese sentido.

Al respecto cabe anotar que esa conciencia de la existencia de los derechos subjetivos entre los juristas y su correspondiente conceptualización es relativamente reciente. Como lo plantea Miguel Betancourt Rey, en su obra póstuma *Categorías básicas de Derecho Privado*:

... Apenas durante el siglo pasado vinieron a forjarse las primeras definiciones con cuyo concurso se ha elaborado el concepto actual. De entre ellas merecen destacarse dos pertenecientes ambas a juristas alemanes de entonces. Una es obra de Bernhard Windscheid quien destaca la nota más básica del derecho subjetivo, el privilegio que este significa para su titular, diciendo que el derecho subjetivo es un poder o señoría de la voluntad conferido por el poder jurídico. La otra de Rodolfo de Ihering que censura la anterior y en su lugar destaca el fin de los derechos subjetivos: estos son *intereses jurídicamente protegidos*...⁴⁵.

45 Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. *Derecho Privado, Categorías básicas*: Santafé de Bogotá, Colombia, 1996. Primera edición.

•Ubicación de la materia•

Con todo, es evidente por los postulados de los dos autores mencionados, que frente al tema, existen dos teorías, una monista y otra dualista. La primera aboga por que no existe tal división entre derecho objetivo y derecho subjetivo, sino que el derecho es sólo uno, susceptible de ser definido como la discrecionalidad o los poderes de que puede valerse un sujeto, y que se encuentran prescritos por las leyes para reivindicar un derecho consagrado por las mismas. Una segunda teoría, que es la que se ha explicado, es la que pregona la existencia de una diferencia entre derechos objetivos y subjetivos.

Pero más allá de ello, lo cierto es que el neoconstitucionalismo, característico del siglo xx, en las democracias constitucionales, cuyo paradigma es la República Federal de Alemania, está representado fundamentalmente por una tercera teoría ya mencionada, la teoría del efecto entre terceros de los derechos fundamentales, que implica que todos los jueces están obligados a hacer cumplir no sólo la ley, sino también la constitución y por lo mismo sus tareas como jueces ordinarios, se amplían de espectro, en tanto tienen que verificar que nunca a nivel negocial o contractual se violen los derechos fundamentales.

Caso 3. La noche de Navidad una mujer en compañía de su hermana y unas amigas se dispusieron a celebrar esta festividad para lo cual decidieron ingresar a una discoteca a las 10:00 p.m. Se dirigieron a la discoteca C y en un primer momento, el guarda de seguridad les niega el acceso alegando la realización de una fiesta privada. Al indagar por las verdaderas razones por las cuales no las dejaban ingresar se les informó que las *amigas blancas y rubias podían entrar pero que las morenitas no podían hacerlo*. Las *amigas blancas y rubias* sí pudieron ingresar al establecimiento mientras que las otras no⁴⁶.

Indicación: consultar la Sentencia T-1090 de 2005.

M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

.....
46 Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

División de los derechos subjetivos patrimoniales

Teniendo en cuenta la segunda de las tres teorías mencionadas, podemos decir que los derechos subjetivos son facultades o poderes que tienen todas las personas para ejercer o defender sus derechos de forma discrecional y que se dividen, o podríamos incluso afirmar, que se *materializan* en cuatro clasificaciones básicas, reconocidas por la gran mayoría de la doctrina a saber: los derechos de la personalidad, los derechos familiares, los derechos políticos y por último los derechos patrimoniales.

Los primeros hacen parte del estudio del derecho de la personalidad o de los derechos fundamentales y su característica diferenciadora de las otras dos categorías radica en que estos son inherentes al ser humano. En el sistema jurídico colombiano anteriormente se consideraba que los derechos de la personalidad eran derechos distintos de los derechos fundamentales, no obstante cada vez es más difícil trazar la línea entre unos y otros, debido a la amplia connotación que puede tomar la noción de “derecho fundamental”⁴⁷. Muchos iusprivatistas clásicos mencionan que los derechos de la personalidad clásicamente civiles se han constitucionalizado, y en ello les asiste la verdad. El problema al respecto radica en que esa constitucionalización se ha operado en una sola vía, como ya ha quedado dicho atrás. En nuestro foco principal de comparación, esto es la República Federal, cabe anotar que la simbiosis entre los clásicos derechos de la personalidad y la constitución ha sido una vía arterial, por lo que han circulado en doble vía las aportaciones de un área jurídica hacia la otra. La patrimonialización de los derechos fundamentales y de la personalidad es un proceso necesario, que no ha ocurrido hasta ahora en Colombia y que pareciera tener que ser impulsado desde la academia.

Al efecto, vale referir un único caso: entre otras cosas, desde teorías propositivas como el análisis económico del derecho pareciera ser sensato que le competa a las cortes hacer financieramente productivo el cumplimiento de los derechos. Hoy día es contablemente más productivo para una EPS o una IPS, represar el cumplimiento de los derechos a la salud en conexidad con la vida, pues si un paciente muy enfermo fallece, la sanción a la que se hace acreedora tendrá que limitarse al pago de un

47 En la actualidad, la noción de derecho fundamental comprende todo derecho relacionado con la dignidad humana y puede llegar a abarcar, más allá de los derechos clásicos a la vida o a la libertad, el derecho a la nacionalidad como en la sentencia T-212 de 2013, el derecho al patrimonio como en la sentencia T-537 de 1992 e incluso, hasta los derechos colectivos, como por ejemplo en la sentencia T-235 de 2011, donde la Corte Constitucional consideró fundamental el derecho colectivo de los indígenas a preservar su territorio.

•Ubicación de la materia•

seguro que generalmente será para una tercera aseguradora a su nombre. Las cantidades indemnizatorias son irrisorias. Pero si los tribunales constitucionales consideraran, como de hecho ocurrió en la sentencia del Jinete de la jurisdicción alemana, patrimonializar los derechos fundamentales haciendo excesivamente costosa su indemnización posterior a la violación correspondiente, es claro que todas las EPS y las IPS se esforzarían por evitar esa clase de sanciones a favor de los familiares del paciente mal atendido o que nunca recibió atención. Al efecto invitamos a leer la sentencia del Jinete que ha quedado referida arriba⁴⁸.

Es cierto que los derechos de la personalidad se han constitucionalizado, pero también es cierto que como muchas veces ocurre en nuestro país ese proceso ha ocurrido de manera incompleta, pues no se ha dado una patrimonialización de los derechos fundamentales, que entre otras cosas, parece necesaria para la mejor armonización y realización de los derechos de todos los colombianos.

Los segundos derechos atrás referidos conforman el llamado Derecho de Familia y pueden ser entendidos como los que surgen de la formación de una familia, pero su diferenciación con los derechos patrimoniales no ha resultado nunca sencilla: el derecho privado ha sido desde tiempos inmemoriales en Roma un asunto meramente patrimonial. Del vínculo familiar, si bien se derivan algunos derechos de contenido extrapatrimonial, como los de respeto y socorro, también surgen otros de carácter económico como la obligación de dar alimentos. Aun así, la pertinencia de esta clasificación radica primero, en la especial regulación que debe tener la familia por ser esta la estructura básica de la sociedad y segundo, en el eminente carácter social que deben revestir todos estos derechos.

La sentencia C-577 de 2011 ha reconocido casi igualdad de derechos a las parejas homosexuales, como heterosexuales, lo que ha producido, entre otras cosas, una modificación significativa de los contornos del derecho de familia. Cabe precisar que ese reconocimiento de igualdad de derechos no obedece, como equívocamente se ha dicho, a que tengamos una Corte vanguardista. De las tres o cuatro cortes que, en cuanto a sus magistrados, pueden clasificarse desde 1992, hasta 2015, es evidente que la más retrógrada ha sido esta, además de generar una serie de discusiones que han deslegitimado significativamente a la justicia en todos sus órdenes, pero más gravemente a la justicia constitucional.

.....
48 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 18 y ss.

Sin embargo, lo que si es cierto es que incluso esta Corte, bastante retrógrada en cuanto a la gestión de derechos de los ciudadanos, ha sido capaz de plegarse al corifeo de decisiones internacionales que en más de diecinueve países de todo Occidente le han reconocido igualdad de derechos a las parejas homosexuales.

Para nuestro estudio es menester acotar que es una gran ventaja que se apliquen con rigurosidad los instrumentos que al inicio de este escrito han quedado mencionados, en especial el test de igualdad, que impide hacer discriminaciones injustificadas cuando la aplicación del instrumento fracasa. Al respecto, falta que dicha materialización de esos derechos se interiorice entre todos los ciudadanos y sobre todo entre todos los funcionarios que deben brindar la posibilidad de que se lleven a efecto esas uniones entre personas del mismo sexo. No ha sido afortunada la labor que al respecto ha desempeñado la Procuraduría General, a ese respecto, pero resulta claro que, poco a poco, se irán implementando los cauces que permitan que esos derechos se materialicen en un mayor caudal.

Al efecto, cabe anotar simplemente que muchos fenómenos interesantes desde el plano de las obligaciones se vislumbran, ¿los negocios jurídicos de unión entre parejas del mismo sexo pueden igualar los efectos patrimoniales de lo que se consideró como matrimonio en el artículo 113 del Código Civil hasta antes de la C-577? Si uno de los compañeros es culpable de una causal de disolución ¿deberá sostener al otro, de acuerdo al régimen de divorcio nacional? ¿Las inexistencias o las nulidades matrimoniales encuentran aplicabilidad a esa clase de uniones? Y sobre todo los regímenes patrimoniales de las uniones de personas del mismo sexo comportan un unísono con los de las parejas heterosexuales. En caso de que se autorice la adopción plena para las parejas homosexuales, los regímenes patrimoniales para con el menor, ¿cómo deberán ser tratados en caso de grandes divergencias de ingresos entre los adoptantes homosexuales separados? ¿Los pasivos externos de la sociedad patrimonial existente entre la pareja, en caso de disolución y liquidación deberían acarrear alguna clase de tratamiento diferenciado, en caso de que uno de los compañeros no tenga actividad profesional o trabajo?

Coincidirá el lector que todas estas preguntas que están siendo resueltas poco a poco en todas las jurisdicciones internacionales se han detenido y enturbiado un tanto por la escasa labor de la procuraduría actual, pero lo cierto es que, dentro de algún tiempo, deberá estar ocupándose la jurisdicción nacional de todas estas cuestiones.

•Ubicación de la materia•

Los derechos políticos son aquellos que permiten a los individuos establecer una relación jurídica con el Estado, como por ejemplo elegir a los mandatarios o ingresar a cualquiera de las ramas del poder público, estos hacen parte del derecho constitucional y del derecho administrativo nacional cuyo régimen jurídico deviene del Derecho Francés y es poco relevante para nuestro estudio.

Por último, cabe resaltar los derechos patrimoniales de especial trascendencia para este estudio, ya que en ellos se encuentra inmerso el Derecho de obligaciones.

Derechos patrimoniales

Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuß der für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.
[Artikel 22 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948].

Los derechos sociales, como presupuestos de los derechos patrimoniales

Continuando con las reflexiones que dan cuenta de la constitucionalización de los derechos patrimoniales cabe hacer, de manera liminar a este acápite, una reflexión importante concordante con los objetivos fijados en la introducción de este texto. En todas las socialdemocracias que han sido objeto de comparación, fundamentalmente la alemana y la italiana, puede reconocerse que los principios del derecho social fueron presupuestos para la concepción de un Estado constitucional fuerte.

En efecto, históricamente puede argüirse, sin mayores dubitaciones, que fue Otto Von Bismarck quien conminó al Emperador Guillermo I a instaurar un seguro social para toda la población alemana. La reflexión no es ni impertinente y muchísimo menos vana: nótese cómo la regulación legislativa de ese seguro incluso fue un precedente para la regulación del Código Civil Alemán. Muchos vieron, por supuesto en ese acto, una necesaria política, desde el plano de análisis histórico, para poder movilizar población hacia una guerra premeditada que pretendía resolver la así llamada *Deutsche Frage*, o cuestión alemana, por virtud de la cual debería resolverse

de manera pacífica o bélica, la cuestión de si el Imperio Alemán podría o no ser el director natural de Europa. Todos conocemos la respuesta y cómo los mismos alemanes lo hacen, siempre que se formula ese interrogante, el mundo lo pasa mal. Otros, por el contrario, encuentran en esas políticas la realización de un Estado de bienestar fuerte que era una necesaria columna, entre otras varias, para la expedición no sólo del *Bürgerliches Gesetzbuches*, sino incluso de la Constitución de Weimar de 1918.

Hayan sido o no muy sacrosantos los objetivos que con esa política social pretendía Bismarck, lo cierto es que el sistema social alemán es el más estable, antiguo y vigoroso de todo el planeta, sino baste recordar los grandes problemas que tuvo la implantación del *Obamacare*, apenas hace un escaso lustro, en los Estados Unidos de Norteamérica y que incluso en parte es tenido por muchos como un absoluto fracaso.

Con su mensaje imperial del 17 de noviembre de 1881 introdujo el emperador Guillermo I, a iniciativa e instancias del entonces Canciller Federal Otto Von Bismarck la realización de un seguro para trabajadores oficialmente en Alemania. Para ello, el Estado debería asegurar y responder por la existencia de sus ciudadanos y que se basaba en los siguientes principios:

- Financiación de la renta a través del pago previo y prevalente de una suma por parte del empleador y el asegurado.
- Control y vigilancia, así como participación del Estado en el seguro social.
- Fundamentos del principio de la autoresponsabilidad: empleadores y asegurados tienen derecho pleno de negociación sobre sus representantes elegidos en la conferencia permanente del seguro.
- Participación del empleador en los beneficios generados por el producto de los aportes al seguro social.

En el año de 1883 Bismarck introdujo el seguro de enfermedad y en 1884 el seguro para accidentes y a partir de 1889 pudieron los trabajadores por primera vez asegurarse legalmente contra los efectos de la vejez y la invalidez. En los siguientes años se consolidó el sistema social y creció continuamente. En 1912 existió por primera vez un seguro social para empleados domésticos y ayudantes. En el año de 1927 entró en vigencia el seguro de desempleo. Como la más verde rama del seguro social alemán fue introducido el seguro social de cuidados específicos en el año de 1994 y escalonadamente se ha ido perfeccionando, para niños, ancianos, madres gestantes, entre otros.

•Ubicación de la materia•

Hoy día, el seguro social alemán es un sistema de aseguramiento legal obligatorio para todos los alemanes y hace parte del aseguramiento social alemán y juega un rol prevalente dentro del Estado. Como corporación solidaria ofrece protección financiera eficaz y real frente a los que son considerados como grandes riesgos de la vida y sus efectos; como enfermedad, desempleo, ancianidad, accidentes laborales, necesidad de cuidados para ciudadanos específicos. El seguro social garantiza un nivel de vida estándar para cada particular y comprende hoy día las siguientes ramas, que son caracterizadas para el titular del seguro o sus beneficiarios.

- Seguro de enfermedad.
- Seguro de asistencia y cuidado.
- Seguro contra accidentes.
- Seguro de desempleo.

A primera vista pareciera que es inconsecuente referirse a estos temas en estas páginas, pero lo cierto es que, como Judt o Hobsbawm lo plantearon en sus obras principales, resulta imposible que un Estado que no fue plenamente liberal y luego un Estado de bienestar, pretenda ser un Estado neoliberal. La Constitución Política de 1991 presupone que Colombia es un Estado **social** y democrático de derecho. A lo sumo, pretende como objetivo constituirse en una socialdemocracia o algo similar a ello y por lo mismo es necesario entender que la realización de los derechos sociales es un presupuesto del buen funcionamiento de los derechos patrimoniales. Un poco de manera iconográfica, podría decirse que nunca el Derecho continental germano o italiano creyó en la famosa *mano invisible del mercado* pregonada por los ingleses y que debería brindar el máximo bienestar a la mayor cantidad de población. El Estado, concebido como una asociación de ciudadanos, debería tener como una de sus principales tareas la reducción de las diferencias y en consecuencia debería darse a la tarea de establecer mecanismos constituidos por prestaciones positivas a cargo del Estado y a favor de cada particular⁴⁹. Vivienda, salud, educación, renta por vejez, cultura, tiempo libre, recreación, deporte, entre otros eran funciones que idealmente debía cumplir el Estado.

Otra observación pertinente aquí, tiene que ver con que ha de tenerse en cuenta que los momentos de mayor fortalecimiento del aseguramiento social en la República Federal tuvieron que ver con etapas posteriores a las conflagraciones en las

.....
49 Tomada la información de la página del seguro social alemán. Consultar [en línea] <http://www.deutsche-sozialversicherung.de/de/wegweiser/einfuehrung.html>

que participó Alemania. En efecto, los periodos comprendidos entre 1919 y 1935 y 1948 a 1968 fueron respectivamente etapas de mucho florecimiento del seguro social, a pesar de las duras condiciones sociales que vivía para ese momento toda la población alemana.

Es interesante el raciocinio que sobre este respecto hacen los profesores de derecho constitucional alemán: no se parte de que los derechos sociales existan porque están consagrados en la ley o en la constitución, sino del razonamiento contrario, la ley y la constitución pueden existir (o son correctas), porque consagran los derechos sociales, como un presupuesto necesario del Estado social de derecho. Por supuesto esa frase implica que los derechos patrimoniales puedan funcionar bien a la vera de un Estado garantista del mínimo bienestar de todos sus asociados.

Por último, resulta evidente que la imposibilidad de satisfacer las necesidades básicas de un individuo no permite hablar de un Estado de derecho patrimonial. La posibilidad de negociar en mínimas condiciones de paridad, presupone que la satisfacción de las mínimas necesidades básicas del individuo se encuentren garantizadas, como bien lo expone la más destacada y actualizada dogmática germana⁵⁰. Así Wolf/Neuner, postulan:

Los derechos sociales garantizan por el contrario (de los derechos liberales), protección material, informacional, ideal o de grupos específicos, con la finalidad, sobre todo de crear las condiciones necesarias de libertad y autonomía privada y de realizar la dignidad humana en una forma comprensiva⁵¹.

Basta afirmar que en una época de posconflicto en Colombia es de esperar que estos derechos sociales tengan un desarrollo significativo a la luz de estándares internacionales, pues entre otras cosas, ello constituye una de las principales tareas que, bien desarrolladas, pueden hacer disminuir la violencia social y los grupos al margen de la ley, pues las posibilidades de estabilidad económica y social, además de ser un mandato constitucional, comportan un presupuesto, como ha quedado dicho, de la verdadera materialización de una autonomía privada libre en el contexto de un mercado y una economía bien establecidos. Como Canaris

50 Wolf/Neuner, Larenz. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, § 3 liberales und soziales Recht. 2013.

51 Wolf/Neuner, Larenz. *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Op., cit.*, P. 14.

•Ubicación de la materia•

lo expresaba, una ausencia de un Estado social vigoroso implica una permanente afectación a la autonomía privada de la voluntad de todos los individuos desfavorecidos por las respectivas condiciones⁵².

En el **caso 1** propuesto anteriormente parece obvio concluir que si no se está solicitando un crédito para la satisfacción de un derecho social, económico o cultural, como por ejemplo, tomar un crédito para comprar un vehículo de alta gama, y no para la educación de la hija de U, no se podría acceder al crédito. Sin embargo, parece también claro que quien debe proponer y desarrollar las políticas sociales es el Estado mismo. Pero en ausencia de políticas sociales serias, los jueces bien podrían delimitar los contornos del derecho al Habeas Data, en un Estado social y democrático de derecho, en el que brillan por su ausencia las políticas sociales serias.

Caso 4. Varios empleados de un municipio fueron beneficiarios de préstamos para la adquisición y reforma de sus viviendas, otorgados por la Alcaldía. A través de actos administrativos, el alcalde autorizó el pago de las sumas concedidas para tal fin y, en consecuencia, este grupo de empleados decidió ampliar y constituir –según el caso– hipotecas sobre sus bienes, y procedieron al perfeccionamiento y registro de las escrituras en donde se gravan los bienes inmuebles en favor del municipio. La Alcaldía comunicó a este grupo de personas que, ante la imposibilidad jurídica y presupuestal para atender los préstamos otorgados, ha decidido no perfeccionar los contratos de mutuo con interés reconocidos en su favor. Sin embargo, el municipio ha apropiado partidas presupuestales con el propósito de atender créditos de vivienda no pagados, y brindado un trato desigual a los empleados de la administración, pues mientras unos reciben las préstamos solicitados, otros, en las mismas condiciones, no lo hacen⁵³.

Indicación: consúltese la Sentencia T-791 de 2000.

M.P. Carlos Gaviria Díaz.

.....
52 Canaris, Claus. Die Bedeutung der *Justitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht: Aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993. CH Beck Verlag; 1 edición. 1997; entre otros consultar: Littwin, Frank. Grundrechtsschutz gegen sich selbst. Peter Lang. 1993. ISBN 978-3-631-46520-2; Möslin, Florian. Dispositives Recht. Mohr Siebeck. 2011. ISBN: 978-3-16-150891-2; Neuner, Jörg. Privatrecht und Sozialstaat. beck legal publishing. 1998. ISBN-13: 9783406448249; Poscher, Ralf. Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit 2003. xi, 449 Seiten. JusPubl 98. 2003. ISBN 978-3-16-147867-3; Reppen, Tilman. Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts. Mohr Siebeck. 2001.

53 Corte Constitucional. Sentencia T-791 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Los derechos patrimoniales propiamente dichos

Los derechos patrimoniales hacen referencia a los derechos que ejercen los sujetos sobre las cosas, materiales o inmateriales, o que desarrollan con otras personas, en beneficio o compromiso de su patrimonio. Por ejemplo, el derecho de dominio de un sujeto sobre una casa es un derecho llamado por la doctrina, derecho real. A su vez, un crédito o deuda existente entre dos personas es un derecho personal en el que el deudor compromete su patrimonio con la intención de cumplir al acreedor el pago de una prestación, que *a contrario sensu*, viene a favorecer el patrimonio o el bienestar del segundo. Este favorecimiento está dado por la facultad que tiene el acreedor de perseguir el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento, ya que se entiende que el patrimonio del deudor es la prenda general de garantía frente a sus acreedores (art. 2488 del Código Civil).

En el **caso 2** propuesto, tanto v como c, por ser mayores de edad y tener la administración de lo suyo pueden negociar libremente sobre el vehículo y el precio (el dinero) que a cada uno de ellos le pertenece. Esos derechos a ofertar y contraofertar se derivaban únicamente, y con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, de los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, y una vez perfeccionado el respectivo contrato las fuentes de derecho se constituían por el artículo 1602 del Código Civil y el artículo 864 del Código de Comercio, aplicable por analogía. Sin embargo, luego de la expedición de la Constitución de 1991 surgieron dos normas de rango constitucional que enmarcan la autonomía privada y la libertad de contratación.

En efecto, el artículo 16 de la Constitución Política consagra el libre desarrollo de la personalidad, y contrario a lo que postulan muchas obras de derecho constitucional nacional, sus mayores similitudes no están dadas con la Constitución española de 1978 sino con la Ley Fundamental alemana de 1949. Así, el artículo 16 de la Constitución colombiana⁵⁴ y el artículo 2º de la Ley Fundamental Alemana⁵⁵ resultan sumamente parecidos.

.....
54 "Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

55 Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona] (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

•Ubicación de la materia•

Ahora bien, en principio el artículo 2º de la Ley Fundamental Alemana es suficiente para fundamentar la libertad de negociación o lo que se denomina la autonomía privada del sujeto, y por ende también la libertad contractual. Así, siempre que se hace un análisis en el marco constitucional de la libertad de negociación del sujeto, los análisis se contraen al artículo 2º de la Ley Fundamental.

Sin embargo, el constituyente colombiano optó por una simpática figura y consagró no sólo en el artículo 16 el libre desarrollo de la personalidad, sino que adicionalmente consagró en el artículo 333 del mismo texto, la iniciativa privada y empresarial como libres. La dogmática y la jurisprudencia dieron en coincidir que esa norma cobija o comprende los derechos de negociación, los derechos de disposición patrimonial y que por lo mismo, están excluidos del ámbito de protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad. Así, las libertades negociales y de disposición patrimonial, no están enlistadas entonces en Colombia dentro de los derechos fundamentales y por ende —de una manera muy extraña— la libertad negocial en Colombia no es un derecho fundamental, susceptible de ser amparado por una acción de tutela⁵⁶.

Desde las diversas perspectivas que se ocupan del tema, a nivel histórico, pareciera evidente que el libre desarrollo de la personalidad es una derivación, entre otras, de la libertad negocial decimonónica⁵⁷, pero la conceptualización que al respecto ha hecho el constituyente nacional es diversa y poco ortodoxa. A lo sumo, salvo la diferenciación procedimental entre el artículo 16 y el 333, por virtud de la cual no son susceptibles de ser protegidos como fundamentales los derechos consignados en el último artículo, no existe mayor razón para justificar la diferenciación que hizo el constituyente.

Desde un punto de vista teleológico pareciera posible argüir que la finalidad era excluir todos los derechos patrimoniales que durante el siglo XIX y XX se tornaron como inamovibles, en perspectivas críticas como las de Valencia Villa o la que menciona que las *constituciones latinoamericanas eran los códigos civiles durante el siglo XIX*, pero esas divagaciones, a todas luces, resultan insuficientes para justificar la exclusión de los derechos negociales, del ámbito de protección

56 Ver, entre muchas otras, por ejemplo la C-830 de 2010, en que se afirma que la libertad del artículo 333 es un derecho constitucional, más no un derecho fundamental y por ende, no susceptible de ser amparado a través de una tutela.

57 Wieacker, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Comares. P. 20 y ss. ISBN: 9788484440314.

judicial del resto de ejercicios libres y considerados como derechos fundamentales. Este resulta ser un punto de importante reflexión y revisión *a posteriori*, pues consideramos que la autonomía privada, en una economía de mercado y en un país con un desarrollo industrial creciente, es por antonomasia un derecho esencial y fundamental de todos los individuos.

De otro lado, la no articulación entre las normas legales arriba referidas y la norma constitucional que refiere el libre desarrollo de la personalidad crea un entuerto significativo, si no olvidamos que sólo a través de esa conexidad se pueden amparar derechos de manera vigorosa, como ocurrió con las complejas relaciones entre el Tribunal Supremo Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Federal al inicio de su dinámica interdependencia. En parte se considera que la no asunción del discurso constitucional por parte de los jueces civiles nacionales obedece a ese aislamiento que genera la división entre libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y autonomía privada (art. 333), que no tiene ninguna clara correspondencia, ni en el derecho comparado, ni en el bloque de constitucionalidad, pero además tampoco obedece claramente a una concepción filosófica coherente.

El amparo por vía de tutela de la autonomía privada es un poderoso mecanismo que puede permitir una creciente simbiosis y retroalimentación entre los derechos patrimoniales y los derechos constitucionales, la separación de la autonomía privada y la iniciativa de la esfera del libre albedrío del individuo, puede ser una categorización constitucional que a la postre cause más perjuicios que ventajas en la arquitectura constitucional y jurídica.

Continuando con la diversidad de derechos patrimoniales, cabe anotar que la relación de un heredero con los bienes de su causante ha sido denominada por la doctrina derecho universal y, en efecto, constituye una situación jurídica en la que un sujeto tiene un derecho respecto de una universalidad jurídica, como la herencia o la masa de gananciales.

Por último ejemplo, podemos enunciar los derechos que un sujeto puede tener respecto a sus creaciones intelectuales, también llamados derechos sobre bienes inmateriales, v.g.; sus pinturas o canciones, en el caso de un artista; sus libros en el caso de un escritor o un científico respecto de sus creaciones o adelantos en la precisión del conocimiento de su área de estudio.

Estos cuatro ejemplos (el derecho sobre la casa, sobre el crédito, sobre la herencia y sobre las obras intelectuales) tienen la intención de evidenciar las categorías

•Ubicación de la materia•

en las que el Derecho objetivo regula el patrimonio de los sujetos de derecho, manifestando la estructura por la cual se rigen sus relaciones con los bienes y los vínculos entre las personas.

Los derechos universales hacen relación a la transmisión de derechos que, en el caso de la muerte de las personas naturales, se rige por el derecho de sucesiones regulado en el Código Civil y en el caso de la disolución y liquidación de las personas jurídicas se rige por ley 1116 de 2006 y la ley 222 de 1995. Con algunas excepciones, como por ejemplo las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, que se rigen por el decreto 663 de 1993, estatuto financiero, en sus artículos 290 a 302.

Así mismo, los derechos intelectuales o sobre bienes inmateriales hacen referencia a los derechos que se tienen sobre las obras generadas por el espíritu humano, (artículo 671 del C.C.), estos a su vez se dividen en derechos morales, (paternidad de la obra) y patrimoniales (posibilidad de explotación de la misma), regidos en la actualidad por las Decisiones del Acuerdo de Cartagena para los países del Pacto Andino, del cual hace parte Colombia, la Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993, la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina y el Decreto 2591 de 2000 hacen lo propio respecto de la propiedad industrial.

Ahora bien, resulta de mayor relevancia para el tema de las obligaciones diferenciar claramente los derechos reales de los derechos personales, por lo que se abocará el estudio de ambas clases, con un poco más de detalle.

Caso 5. Una señora demanda la protección de sus derechos fundamentales a la integridad física y a la propiedad, porque en el inmueble que habita fueron construidas dos torres que sostienen líneas de conducción de energía de 33.000 voltios, las que se encuentran a escasos cuatro metros de su vivienda en un terreno de su propiedad⁵⁸.

Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

.....
58 Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Especificidad de los derechos reales

Estos derechos recaen directamente sobre cosas corporales; como una casa, un perro, un avión, y en general todas las cosas que poseen corporeidad, pero que carecen de personalidad humana⁵⁹. Así mismo, se dice que estos derechos son absolutos y por ello también han sido denominados *erga omnes*, porque clásicamente podían ejercerse independientemente de las demás personas, o como siempre lo ha planteado la doctrina *contra todo mundo*. Esa percepción resulta en realidad imprecisa, pues la prevalencia y reserva del derecho a favor del titular se ejercerá en contra de quien pretenda el objeto, sin tener mejor derecho y no contra nadie más, por lo que como bien lo indicaba la ciencia pandectística el derecho real no es *erga omnes*, sino tan amplio o tan relativo, como su interdicción se lo exija al propietario o al titular del derecho real principal, en su tarea de hacer prevalecer su mejor derecho.

Así, un usufructuario puede oponer su derecho sobre el bien dado en usufructo contra un tercero que pretenda obstruir ese derecho, y más aún, en principio podría oponer su derecho contra el titular del derecho de propiedad, que en este caso se vería reducido a la nuda propiedad. Lo anterior, siempre y cuando ese dueño usufructuante haya adquirido un compromiso previo, según el cual concedió el usufructo a ese usufructuario, y el plazo por el cual lo hizo aun no se ha extinguido (art. 824 C.C.).

Las relaciones dueño poseedor y poseedor tenedor son el paradigma de raciocinio que guía esta dinámica propuesta por primera vez por Rudolph Von Ihering en su obra la posesión. De alguna manera, el artículo 762 de nuestro ordenamiento civil, plantea esa dinámica de tres escalones (tenedor, poseedor y dueño) de una manera mucho más sencilla, en términos probatorios, que las complejas construcciones legales y jurisprudenciales de la ciencia jurídica continental europea, en especial alemanas e italianas.

Los derechos reales se ejercen siempre sobre cosas singulares a diferencia de los derechos universales que se ejercen sobre una masa jurídica de bienes. Por consiguiente, la herencia no debe entenderse dentro de los derechos reales, pues no representa el poder de una persona sobre una cosa corporal. La herencia,

.....
59 Sin embargo, esta afirmación no es pacífica, dado que los avances tecnológicos cada vez con mayor fuerza, ponen en tela de juicio el hecho de que no se puedan ejercer derechos de dominio sobre algunas partes del cuerpo humano, como por ejemplo los órganos o lo que ocurre en el caso del alquiler de vientre, legitimado por la Corte Constitucional en la sentencia T-968 de 2009.

reiteramos, es una universalidad jurídica; es el conjunto de derechos patrimoniales de que era titular un causante.

Ahora bien, sin ánimo universalista, ni agotador, puede plantearse que son derechos reales:

- La propiedad, compuesta por tres atributos, como son el uso, el goce y la disposición, que dependiendo de la falta de uno de los dos primeros, o de ambos, puede reducirse a la nuda propiedad, como lo acabamos de enunciar. La Constitución del 91, en su artículo 58, ha garantizado la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles anteriores a la expedición de la misma Constitución, derechos que además, no podrán ser desconocidos por leyes futuras.

Esa articulación resulta interesante, pues de alguna manera se establece una continuidad entre los derechos patrimoniales reconocidos por el código civil y por sobre todo, por la Constitución de 1886, con los nuevos derechos contenidos en el artículo 58 de la nueva Constitución Política. Evidentemente y contrario a lo planteado en el nuevo texto constitucional de 1991, los derechos patrimoniales no son reconocidos en idéntica forma, pues el abuso que podría haber permitido con anterioridad la Constitución de 1886, ahora ha sido reemplazado por la función social y ecológica de la propiedad que comporta una prevalencia a favor del Estado, cuando esa función social o ecológica así lo exijan⁶⁰.

Caso 6. Un predio, propiedad de una importante asociación ganadera, fue ocupado mediante vías de hecho por un grupo de 300 personas aproximadamente entre las que se encontraba población desplazada, indígena y en situación de discapacidad. La asociación ganadera solicitó a la Alcaldía en reiteradas oportunidades realizar la diligencia de lanzamiento del inmueble, sin embargo, los ocupantes regresaban. A la fecha de la presentación de la tutela no se había llevado a cabo el desalojo de los terceros que perturban la propiedad⁶¹.

Indicación: Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

60 Confrontar Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1999. Magistrado ponente Dr., Carlos Gaviria Díaz.

61 Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- El usufructo, que ya hemos ejemplificado, y que es el derecho de gozar de una cosa con la obligación de conservar la misma en su forma y sustancia y además de restituirla al nudo propietario, siempre que el usufructo no sea vitalicio.
- La servidumbre que es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro de distinto dueño (art. 879 C.C.).
- La prenda, que es una garantía mobiliaria de acuerdo a lo recién dispuesto por la ley 1676 de 2013⁶², constituida sobre una cosa mueble para asegurar un crédito. Puede ser con tenencia, sin tenencia, agraria o rotativa, entre otras.
- La hipoteca, que es la constitución del mismo gravamen, pero sobre un inmueble o sobre naves o aeronaves (art. 2443 del C.C.) y que se perfecciona mediante la doble formalidad de la escritura pública y la inscripción de la misma en el registro de instrumentos públicos o en la capitanía de puerto, o aeronáutica civil, respectivas, dependiendo de si es una nave o aeronave.
- El derecho de retención, (sobre el cual aun no hay consenso sobre su naturaleza jurídica)⁶³. Está consagrado en varios artículos del Código Civil, en algunos del Código de Procedimiento Civil, (art. 339, 424, -1), y el Código General del Proceso (art. 310). Así, el artículo 2000 de nuestro ordenamiento civil lo prescribe en favor del arrendador y en contra del arrendatario, sobre sus bienes muebles, así como sobre todos los frutos de la cosa arrendada. En contraposición al anterior derecho se encuentra ese mismo derecho de retención, en garantía de las indemnizaciones que le debe el arrendador al arrendatario; por lo que simplemente no puede ser sacado o expelido de la cosa arrendada (art. 1995 C.C.). Por su parte, el artículo 2218 crea este derecho en favor del comodatario, siempre y cuando no se le haya efectuado la indemnización a que tendría derecho si se configura cualquiera de las situaciones que se preceptúan en el artículo 2217, *ibidem*.

62 Al respecto, es necesario afirmar que conforme al art. 3° de esta norma, el régimen de las garantías mobiliarias debe aplicarse en lo pertinente a *la prenda civil o comercial, con tenencia o sin tenencia, prenda de establecimiento de comercio, prenda de acciones, anticresis, bonos de prenda, prenda agraria, prenda minera, prenda del derecho a explorar y explotar, volumen aprovechable o vuelo forestal, prenda de un crédito, prenda de marcas, patentes u otros derechos de análoga naturaleza, derecho de retención, y a otras similares.*

63 Al respecto Villamil Portilla, Edgardo. *Algunas garantías civiles*. Editorial Universidad Javeriana, coedición Grupo Editorial Ibañez. Bogotá D.C., 2013.

•Ubicación de la materia•

En este sentido, se considera que el derecho de retención es para quien lo ejerce, simplemente, una garantía de la cancelación o pago de obligaciones que surgen en cabeza del titular del derecho de dominio de los bienes que resultan retenidos y no en sentido estricto un derecho real. Sin embargo, más allá de esa discusión vale la pena acotar, que la figura antes de tener un tratamiento restrictivo, (La Corte Suprema ha hablado de un tratamiento taxativo de la figura), como se lo ha dado la jurisprudencia nacional⁶⁴, tiene más que un tratamiento de derecho real, un tratamiento de garantía de cumplimiento crediticio y, por lo mismo, es analizado dentro de las discusiones obligacionales más que del derecho de bienes. Desde los desarrollos jurisdiccionales alemanes se ha propuesto y consolidado, como un principio que aplicado de manera analógica (*analogía legis*), permite en todas las relaciones negociales sinalagmáticas que se pueda retener como forma de presión para garantizar el pago de las prestaciones respectivas (Pfandrecht §1204 BGB)⁶⁵. En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia arbitral e internacional, y pareciera pertinente proponer que la jurisdicción nacional tuviese un poco más en cuenta esa visión y panorama comparatista en la actualización de sus decisiones.

- Por último, definitivamente, la posesión que se constituye en derecho, siempre que es protegida como tal por la legislación y más aun promovida por la función social de la propiedad⁶⁶. De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la posesión como un derecho real provisional, en razón a que está protegida contra los atentados de los demás mediante las llamadas acciones posesorias⁶⁷.

.....
64 Véase por ejemplo; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 8 de febrero de 1955, Magistrado ponente, Dr., Pedro Lafont Pianetta. LXXXIX, P. 468, reiterada en infinidad de oportunidades; sentencia del 17 de mayo de 1995, Magistrado ponente, Dr., Pedro Lafont Pianetta y sentencia del 6 de agosto de 2012, Magistrado ponente, Dr., Arturo Solarte Rodríguez.

65 Traduce la norma en comentario: "Una cosa mueble puede ser gravada para el aseguramiento de un crédito, de tal forma, que el acreedor está justificado, para buscar el cumplimiento o satisfacción con una pretensión sobre la cosa". Las otras normas que permiten la generalización del principio y que regulan el tema de la retención son los parágrafos: § 1113, § 1191, § 1199 BGB.

66 Ley 200 de 1936. Valencia Zea, Arturo. *La Posesión*. Ed. Temis 1982, Bogotá. Véase también Castro Ayala, José. *Una aproximación teórica a la obra de Arturo Valencia Zea: de la posesión y la función social de la propiedad*. Jurista y maestro. Arturo Valencia Zea. Universidad Nacional de Colombia. Edición 5. P. 145-188. 2014. ISBN: 978-958-775-129-1.

67 Corte Constitucional, sentencia T-494 de 1992. Magistrado ponente Dr., Ciro Angarita Barón.

Vale la pena, en primer lugar, reiterar que la anterior enunciación de derechos no es taxativa, ni pretende mucho menos ser exhaustiva y, por otro lado, repetir que los derechos reales ubican a las personas en una posición ventajosa con las cosas corporales, pues permiten ejercer un derecho sobre las mismas, y en ese preciso evento, podemos hablar de bienes, frente a un sujeto indeterminado o frente a todo el mundo.

Derechos personales

También llamados derechos de crédito o crediticios, o derecho de las obligaciones. Este, el objeto mismo de nuestro estudio, sin embargo, parece propicio toda la contextualización anterior que brinda el diverso panorama que se proponía al inicio el estudio.

Los derechos personales han sido denominados así por poderse ejercer sólo respecto de una persona o personas determinadas, que pueden ser naturales o jurídicas, en contraposición a los derechos reales, que son, como ya lo planteamos, derechos *oponibles contra todo mundo*. O lo que es lo mismo, que se pueden ejercer en contra de todo el conglomerado social, ya que, los demás miembros de la sociedad tienen el *deber* de abstenerse de realizar conductas que se dirijan a vulnerar los derechos de cualquier integrante de la sociedad, y de este modo respetar no sólo los derechos consagrados, sino, la convivencia social.

Ahora bien, la diferencia entre los derechos reales y los derechos personales no siempre fue clara, pues como se expondrá a continuación, existen dos teorías⁶⁸.

Teorías monista y dualista

Durante casi dieciocho siglos no se tuvo plena claridad respecto de las categorías enunciadas atrás. En efecto, en el siglo XIX, como es sabido, se llegó a dividir la doctrina entre los doctrinantes realistas, que pretendían someter todos los derechos personales a la categorización de los derechos ejercidos sobre las cosas y, por el otro lado, los doctrinantes personalistas, que pretendían incluir o abarcar dentro de los derechos personales todos aquellos que ejercían las personas respecto de las cosas o bienes materiales.

68 El Código Civil Colombiano es partidario de la diferenciación entre derechos reales y derechos personales, como se observa en los art. 665 y 666.

•Ubicación de la materia•

Así, los primeros, con el gran jurista Eugenio de Gaudemet a la cabeza, pretendían reducir toda relación jurídica a una posibilidad de exigencia de una persona respecto del patrimonio de otra; según ellos, ya no había una relación directa entre las personas, sino simplemente de una de ellas, *acreedor*, respecto de los bienes de otra, el *patrimonio del deudor* sin ninguna otra clase de miramientos; lo que en últimas significaba reducir el problema de los derechos personales a una subclasificación de los derechos reales. La única diferencia planteada por el método ejecutado era que ese específico derecho real no recaía sobre una cosa determinada, sino que era un derecho real indeterminado en cuanto a su objeto material, pues se ejercía sobre todo el patrimonio del deudor. Por supuesto la causa histórica de esa posición tiene que ver con la ordenación de las institutas de Gayo, que sólo tenía subordinaba los derechos crediticios a los derechos reales, recuérdese que los cuatro comentarios clásicos eran: a las personas, a las cosas y a la herencia, (estos derechos contenían parcialmente los derechos personales) y por último, las acciones⁶⁹. Pero por supuesto esa visión parecía demasiado complicada y sobre todo una forma de resistencia a la evolución jurídica.

Resulta criticable en nuestra época la anterior posición, por cuanto es necesario observar que toda la lógica del Derecho de obligaciones tiende a crear una verdadera gama de formas, (quizás la más compleja y dinámica), que pretende simplemente hacer cumplir al deudor con su obligación, coaccionándolo a través de su patrimonio; así, cuando alguien se obliga a pintar un cuadro con otra persona, el interés de ese acreedor definitivamente es obtener el cuadro y no la parte del patrimonio del artista. Vana sería entonces toda la legislación de las obligaciones, si cada uno de nosotros pudiésemos eludir nuestros compromisos o deudas, cercenando a destajo nuestros propios patrimonios. Si lo anterior no fuese suficiente, es claro que el acreedor sólo podrá perseguir la parte del patrimonio del deudor que sea necesaria para cancelar el valor de la deuda, o el **subrogado pecuniario** que se encuentra *in obligatione* por parte del deudor, sin distinción⁷⁰.

69 Ortiz Márquez, Julio. *Comentarios a las instituciones de Gayo*. Ediciones Rosaristas, 2 Ed., Bogotá, 1985.

70 De hecho, las legislaciones contemporáneas, imponen al juez el deber de limitar a lo necesario, los embargos y secuestros de bienes pertenecientes al patrimonio del deudor y que aquel puede ordenar, para garantizar el pago de la obligación que se persigue ejecutivamente por parte del acreedor. En nuestro país, el inciso octavo del artículo 513 del Código de procedimiento civil, y en el Código general del procedimiento en el artículo 590, ordena reducir los embargos a los que garanticen el pago de la obligación, los intereses y las costas judiciales, limitándolos, como máximo, al doble del cálculo prudencial de estos.

Cosa diversa es que la deuda o deudas del deudor superen en cualquier medida el monto de su patrimonio.

Los segundos, por su parte, seguidores del gran jurista Marcel Planiol⁷¹, pretendían reducir toda relación jurídica a una posibilidad de exigencia de una persona respecto de otra. Relativizaban todo el discurrir jurídico privado a “un derecho contrapuesto a una obligación”. Guardando las proporciones, este grupo de juristas asumió que el concepto de obligación civil podría abarcar de forma sin igual, toda la problemática social que se remitía al derecho y por ende, la de los derechos reales. Así, simplemente todos seríamos *deudores*, en obligación de no hacer; esto es, de una abstención general, de un propietario de cualquier bien, a su vez *acreedor* de todos nosotros.

En efecto, al tener alguien un derecho de dominio o cualquier otro derecho real sobre alguna cosa, todos estaríamos obligados a respetar y a no molestar su situación o su derecho. Así, el dueño de la cosa o titular de cualquier otro derecho real vendría a constituirse en acreedor de todos y cada uno de los seres humanos, en la medida que posee a su favor un derecho de abstención que imparte el postulado de que los demás respeten el derecho que se tiene sobre un bien; lo que sin más es una perversión de los derechos reales.

Respecto de la anterior discusión, es fundamentalmente Julien Bonnecase⁷² quien en el sistema francés inicia una visión vanguardista y verdaderamente soluble, en el sentido de aplicar el concepto de socialización y de necesaria división de las relaciones respecto de los bienes y de las personas, sosteniendo una idea ya no omnímoda como lo pretendían los dos grupos de juristas anteriores, sino verdaderamente útil, legal y dogmáticamente. Así pues, termina concluyendo que la relación respecto de las cosas, simplemente trata de dar una “idea de riqueza de coacción exterior, para que el deudor cumpla con sus vínculos personales”, mientras que los derechos crediticios simplemente tratan de asegurar los servicios que los hombres voluntariamente han decidido prestarse y que no solamente se refieren a su patrimonio, sino también a sus calidades como personas, v.gr, un maravilloso músico, un excelente contador, un hábil arquitecto, un prestigioso abogado.

71 Planiol y Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 12 ed., tomo II, Paris, 1939.

72 Bonnecase, Julien. *Pécis de droit civil*, 2 ed., tomo II, Librairie Arthur Rosseau. Paris, 1939. P. 29 y ss.

•Ubicación de la materia•

Definitivamente no es necesario tratar de aunar bajo una única visión las diferencias entre los derechos reales y los personales, no sólo evidentes a la hora de teorizar jurídicamente, sino además tangibles y necesarias. Es importante la división para clasificar el conocimiento jurídico, así como para la evidenciación de las realidades sociales respecto de derechos sobre cosas y relaciones con personas.

Cabe resaltar, que antes de que esta visión se impusiera tan contundentemente, como lo ha hecho hasta el momento, la discusión estuvo vigente por mucho tiempo fue tal su magnitud que, incluso hasta el siglo pasado, juristas como Louis Josserand⁷³ y Jean Carbonnier, por citar algunos, se remiten a ella esporádicamente a lo largo de todas sus obras tomando diversas posiciones.

Al respecto, cabe anotar que la discusión parece interesante luego de la constitucionalización del Derecho de obligaciones, pues en un Estado social y democrático de derecho, los desposeídos parecen ser un objetivo primordial del Estado, sin embargo, cabe la pregunta de qué es lo que debe garantizar el Estado: una vivienda digna y propia, o una política de pocos propietarios y un gran cúmulo de arrendatarios, como ocurre en la República Federal y en Francia (donde claramente se establecen diferencias relevantes entre las ventajas de la titularidad de una cosa o la posibilidad de afianzar derechos crediticios tuitivos y protectores de una clase de población, como los arrendatarios, los consumidores o los contribuyentes, que no tienen ninguna clase de titularidad inmueble), una educación pública de alta calidad o la efectivización de la prestación del servicio a través de subvenciones a entidades privadas. No parece pertinente profundizar en la problemática. León Duguit fue un referente en el país, pero lo cierto es que la política social ha sido relativamente descuidada. Al mirar leyes como la 820 de 2003 pareciera que la finalidad era proteger de una manera más amplia a los arrendadores frente a los arrendatarios; y no queda claro, cuál ha de ser la política en materia de vivienda de interés social, al analizar leyes como la ley 3 de 1991, ley 160 de 1994, ley 388 de 1997, y ley 1561 del 2012, entre otras disposiciones legales.

.....
73 Josserand, Louis. *Cours de droit civil*, t. II, Recueil Sirey. Paris, 1932.

Caso 7. Una señora demanda la protección de sus derechos fundamentales a la integridad física y a la propiedad, porque en el inmueble que habita fueron construidas dos torres que sostienen líneas de conducción de energía de 33.000 voltios, las que se encuentran a escasos cuatro metros de su vivienda en un terreno de su propiedad⁷⁴.

Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

.....
⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-824 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.