

El “espíritu del pueblo colombiano” en la configuración de las instituciones del derecho civil: propiedad, matrimonio, y negocio jurídico.

Tutor

Robinson Ari Cárdenas¹

Autores

Nayibet Isabel Acosta Roa.²

Nonny Carolina Benavides Martín.³

Resumen

La concepción que se tiene de la historia de nuestro Código Civil, se ha sentado en bases que no aluden propiamente al resultado o a la configuración de un devenir histórico propio, sino que se engastan, como al estilo del *“lecho de procusto”* en bases histórico-sociales prestadas; bases, de algún modo, estáticas, que, las más de las veces, marginan las ideas que hemos sido a través de nuestra propia evolución histórico-cultural y, por supuesto, jurídica. Parece que los tradicionalismos histórico-jurídicos, especialmente desde el punto de vista de su enseñanza e investigación, alimentados por una dogmática del derecho, poco dinámica, han ocultando cualquier vestigio que permita establecer cuál ha sido el aporte que realmente se desprende de nuestra idiosincrasia en la configuración histórico-ideológica de las instituciones del derecho civil. En la enseñanza tradicional del derecho, especialmente desde la perspectiva histórica, se nos han dado a conocer “claves históricas” romanas, germanas, franco-italianas o españolas. ¿No podría existir una clave histórica propia, que sin denigrar o marginar a las anteriores, nos permita establecer algún grado de

¹ Comunicador social y periodista, Licenciado en filosofía, *Pensamiento político y económico*, Especialista en Docencia Universitaria y magister en filosofía. robinsoncarsi@gmail.com

² Estudiante de pregrado, octavo semestre de Derecho, Universidad Santo Tomás -Tunja-Línea de filosofía institucional. nayibet130@hotmail.com,

³ Estudiante de pregrado, octavo semestre de Derecho, Universidad Santo Tomás- Tunja Línea de filosofía institucional canita-@hotmail.com.

autenticidad propia de nuestro quehacer social y cultural? Con la llegada de los Españoles, y esto es algo que no podemos desconocer, se vivió una transculturalización jurídica que generó como consecuencia para nuestro pueblo y como lo señala el investigador Antonio Rivadeneira, un ocultamiento de nuestras primigenias tradiciones socio-jurídicas: “*no nos descubrieron, sino que nos ocultaron*”⁴; dejando atrás cualquier vestigio de nuestra identidad jurídica que pudieron tener nuestros ancestros y que posiblemente, a pesar del ocultamiento, se encuentre, de algún modo, inmerso en nuestro Código Civil, concretamente en las instituciones de derecho privado como son: propiedad, matrimonio y negocio jurídico, que no son reconocidos como creación nuestra sino como una copia del Código Civil de Andrés Bello, situación que redundará en la marginación y que como ya lo hemos mencionado, deja a un lado cualquier rasgo de originalidad que se encuentre en nuestras instituciones jurídicas.

Palabras claves

Propiedad, matrimonio, negocio jurídico, “espíritu del pueblo”, Volksgeist transculturación jurídica, originalidad, lecho de procusto.

Summary

The conception that one has of the history of our Civil Code, you had sat down in bases statics leaving aside their origins and historical authenticity, been founded in beliefs, rites and customs characteristic of our ancestros. This way with the arrival of the Spaniards, in the one that evidently one lived an artificial transculturalización and to consequence us like town "they didn't discover us but rather they hid us ", they left the vestiges of our artificial identity that could have our ancestros behind and that they are possibly concretely inmersos in our Civil Code in the institutions of private right as they are: property, marriage and juridical business that are not recognized as our creation but

⁴Rivadeneira Vargas, Antonio José. (1997). *Tradición, ciencia y vocación jurídica en Boyacá*. Colección investigando Universidad Santo Tomas. Tunja. (Vol. 1.), Pág. 17

like a copy of Beautiful Andrés' Civil Code, leaving to a side any feature of originality that is in our juridical institutions.

Keywords.

Property, marriage, legal business, "the spirit of the people, "Volksgeist transculturation legal, originality, Procrustean bed.

Introducción.

Tratadistas en el campo del derecho privado , han hablado a través de las ultimas décadas acerca de las diferentes instituciones jurídicas de nuestro Código Civil, pero en sus textos solo desarrollan someramente la historia y fuentes de esa materia y únicamente se centran en la aplicación de estas instituciones en la era contemporánea , dejando de lado el gran vestigio histórico que tiene nuestro derecho privado, sometidos a una transculturalización jurídica traída del antiguo continente.

No desconocemos, empero, el aporte de tratadistas como el Dr. Arturo Valencia Zea. El Dr. Valencia en su libro *Derecho Civil Tomo I "Parte general y personas "* en el que hace un esfuerzo omnicompreensivo que en el fondo mira no sólo fuentes transculturales, sino además fuentes propias de nuestro acontecer cultural, dividiendo nuestro derecho civil, en dos etapas: la primera: antes de legislación de 1873 y la segunda: la traducción y extrapolación que hace don de Andrés Bello de los códigos civiles francés, alemán, español y latino.

Justificación.

Lo que busca este Proyecto es tratar de establecer si existe un trasfondo histórico propio que permita concluir si puede hablarse en "clave histórico-jurídica" colombiana en instituciones de derecho privado como: propiedad, matrimonio y negocio jurídico. Por ahora, nuestra investigación nos ha permitido concluir, provisionalmente, que no existe un modelo de investigación histórico-hermenéutico, que de manera sucinta dé cuenta del modo como nuestro quehacer cultural e histórico ha penetrado directa o indirectamente en la configuración ideológico-jurídica de algunas de nuestras instituciones privadas.

Tomando como referente el texto de Hans Hattenhauer (“conceptos Fundamentales de Derecho Civil”) y a modo de palimpsesto, queremos tratar de indagar qué aspectos primigenios de nuestro acontecer histórico-cultural se ocultaron por la transculturación jurídica que bien se conoce, y cuáles perduraron por lo menos hasta nuestra modernidad, teniendo siempre presente que como pueblo colonizado nosotros poseíamos instituciones propias diferentes a las aplicadas por el pueblo español, y que cada una de estas costumbres, actitudes, formas de ver la vida en la sociedad, era lo que nos hacía diferentes y transmitía cierta autenticidad en nuestra forma de vivir e interrelacionarnos entre nosotros semejantes.

Nuestra investigación apoyándose en el concepto “*espíritu del pueblo*”, categoría propia de la filosofía alemana, y que ha cobrado una connotación especial en la obra de Hans Hattenhauer, se orienta a tratar de establecer si las instituciones propiedad, matrimonio y negocio jurídico, se configuraron en el tiempo no solo por el ejercicio al estilo del “*lecho de procusto*”, sino además por una influencia, directa o indirecta, de la mentalidad cultural propia como es la colombiana.

Objetivos

Objetivo general

Establecer cuál ha sido la incidencia del “*espíritu del pueblo*” colombiano en la configuración de las instituciones: matrimonio, propiedad y negocio jurídico en el campo del derecho privado.

Objetivos específicos.

- Indagar cuál ha sido la incidencia del “*espíritu del pueblo colombiano*”, en la configuración jurídica de propiedad.
- Indagar cuál ha sido la incidencia del “*espíritu del pueblo colombiano*”, en la configuración jurídica de matrimonio.
- Indagar cuál ha sido la incidencia del “*espíritu del pueblo colombiano*”, en la configuración jurídica y negocio jurídico.’

Hipótesis o Tesis.

Existe un “espíritu del pueblo” propio del acontecer histórico-cultural colombiano que, a pesar del tradicional ejercicio del *“lecho de procústo”*, ha tenido alguna incidencia en la configuración de las instituciones privadas: propiedad, matrimonio y negocio jurídico.

Pregunta de investigación

Las instituciones jurídicas aplicadas en nuestro Derecho Colombiano, ¿poseen, verdaderamente un aire de autenticidad o provienen definitivamente y sin remedio de fuentes legislativas externas traídas y acomodadas a modo de *“lecho de procústo”*?

Metodología

Este proyecto de investigación tiene como propósito fundamental, indagar por los elementos históricos- culturales propios de la cultura colombiana que de manera original llegaron a incidir directa o indirectamente en la configuración de algunas instituciones jurídicas del derecho privado colombiano como son: propiedad, matrimonio y negocio jurídico. Así esta investigación sigue la línea diacrónica a través de tres etapas históricas. A saber: 1. Etapa precolombina; 2. Etapa colonial; 3. Etapa republicana y modernidad.

Inicialmente nuestra investigación sigue dos procedimientos:

1. el etnográfico,
2. la revisión de textos para la construcción de un adecuado estado del arte

Es necesario insistir que nuestra investigación es documental, esencialmente, y sigue los pasos del enfoque histórico-hermenéutico.

Desarrollo.

Para el inicio de esta ponencia vamos a definir, dos conceptos uno de ellos *Volkgeist* o “espíritu del pueblo” y el otro *lecho de procusto*. Bueno, el primero de ellos “es un concepto propio del [nacionalismo romántico](#), que *consiste en atribuir a cada [nación](#) unos rasgos comunes e inmutables a lo largo de la [historia](#)*”⁵, estos rasgos comunes son por ejemplo la cultura, costumbres, tradiciones, la forma de relacionarse, es concreto, todos “aquellos rasgos constitutivos inmutables... que son

⁵ Wikipedia (2009, Abril 2). *Espíritu del pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Volkgeist>

ahistoricos, anteriores y superiores a las personas que forman una nación en un momento determinado”⁶.

José Carlos Corbatta,⁷ en su artículo titulado *El espíritu del pueblo*, explica , que este término , según como lo señala Paul Hazard , se origino en el siglo XVIII, en Francia , pero con el nombre “*Espíritu de la Nación*” y toma como ejemplos a Montesquieu con su libro “*L’esprit des lois* ” (el espíritu de las leyes) y a Voltaire en su obra “*Esprit des nations*” (espíritu del pueblo – espíritu de la nación), pero se concentra en Montesquieu, quien especifica el ámbito de acción del *Volksgeits*, y mas concretamente en el Derecho , explica que cada legislador no puede crear las normas “no nace arbitrariamente por obra del legislador, sino que está decisivamente condicionado por una serie de factores naturales y sociales siendo uno de los esenciales el carácter o “*espíritu Nacional*”⁸, expresando que el legislador debe estar siempre a la mano con el “*espíritu del pueblo*” o Espíritu de la nación, es decir existe una correlación entre el legislador (las normas que él crea) y el “*espíritu del pueblo*”, así las normas de cada nación deben emanar del “*espíritu del pueblo*” , y si es así , a mi forma de ver cada nación tendría una personalidad diferente, un espíritu propio ,normas propias , creadas para una sola nación, formando un Derecho relativo y no un Derecho Absoluto o universal.

Esta investigación está centrada en la búsqueda del *Volksgeits* o “*espíritu del pueblo*” en nuestras instituciones de derecho Privado , mas concretamente en propiedad, matrimonio y negocio jurídico, algo que caracteriza esta investigación es su análisis diacrónico de todas estas instituciones pasando desde la etapa precolombina , la colonia , la republicana y la modernidad, que se centra en la búsqueda de este *Volksgeits* en esta instituciones .

⁶Wikipedia (2009, Abril 2). *Espíritu del pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009 , de

<http://es.wikipedia.org/wiki/Volksgeist>

⁷ José Carlos Corbatta (2009, abril 2). *El Espíritu del Pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009, de

<http://parlamentario.com/articulo-1395.html>

⁸ José Carlos Corbatta (2009, abril 2). *El Espíritu del Pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009, de

<http://parlamentario.com/articulo-1395.html>

Frente al concepto “*Lecho de Procusto*”, se aplica especialmente a “*aquellos dogmaticos que se empeñan en ajustar de un modo forzado y violento una idea determinada a su propio criterio o a una norma preestablecida.*”⁹ Este concepto, que es categoría central en nuestro proyecto, es utilizado por nosotras como retícula o lupa para indagar si verdaderamente nuestras instituciones: propiedad, matrimonio y negocio jurídico, se engastan absolutamente en bases ajenas a nuestra idiosincrasia. Es evidente que somos “víctimas” del “*Lecho de Procusto*” y la razón es muy simple: al llegar nuevas formas de vivir , nuevas costumbres del pueblo español, especialmente, se creó una nueva orbita reguladora de nuestro devenir social que fue ocultando, progresivamente, lo que fuimos social, cultural y antropológicamente hablando. Se evidencia, a primera vista, y por supuesto, provisionalmente, que nosotros como pueblo colonizado , fuimos acomodados violentamente, primero, y, luego, ideológicamente, por medio del “*lecho de procusto*” a claves “histórico-jurídicas” venidas especialmente de de las tradiciones socio-culturales Españolas, Francesas y, a lo lejos, germánicas.

Todo lo anterior es lo que nos conduce, inicialmente, a formularnos la siguiente pregunta que queremos compartir con ustedes: ¿A pesar del “*lecho de Procusto*” del que fuimos “víctimas”, existiría la posibilidad de encontrar “claves histórico-jurídicas” propias, que determinen algún tipo de “Volkgeits colombiano” o auténtico “*espíritu del pueblo*” en la configuración de las instituciones: propiedad, matrimonio y negocio jurídico?.

Para centrarnos un poco mas sobre el tema, de esta ponencia , vamos a profundizar en la historia de nuestro Código civil colombiano y luego hablar concretamente en estas tres instituciones-propiedad, matrimonio y negocio jurídico-.

Breve marco histórico-ideológico.

La legislación Civil anterior al Código de 1873.

⁹Diccionario enciclopédico.(2007). *Lecho de Procusto*. Recuperado el 5 de Abril de 2009 , de http://www.ecovisiones.cl/diccionario/L/LECHO_DE_PROCASTO.htm

Este abarca desde el descubrimiento de América hasta el Código Civil de 1873, antes de esta fecha eran aplicadas a las colonias americanas la llamada legislación de indias en este transcurso también se aplicó el derecho español y la legislación nacional de 1825 a 1873.

4.2.1. Legislación de Indias

“Este era el régimen jurídico español aplicados a las colonias a partir de la conquista una de sus razones para que fuera creado es la diferencia social, económica existente entre España y las colonias americanas. La legislación de indias también tomó el nombre de indias occidentales fue creado por la Corona de Castilla en el Derecho Castellano una de las características de este derecho solamente tubo un carácter supletorio pues en América rigió principalmente el Derecho especial que según las circunstancias lo exigía se decretaba para tales colonias. Esta legislación especial desde el año 1503, y vino a ser tan copiosa y variada que pronto se hizo necesario hacer una recopilación general de ella, así en 1680 se creó con el nombre *RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REINOS DE INDIAS*, mas que un código era una verdadera enciclopedia; en ellas se trataba no solo de cuestiones de derecho sino de muchas otras sin orden ni método. Algunos autores opinaron que las leyes de indias a pesar del carácter humanitario de estas no eran aplicadas exactamente. Esta legislación solo rigió hasta el año 1810.

4.2.2. El derecho español

Hasta El año 1825 el derecho español, especialmente el castellano tubo el carácter de fuente subsidiario en ese año se indicaron las fuentes del derecho en la nueva república según el artículo 1 de la ley del 13 de mayo de 1825 que dice: “el orden en deben observarse las leyes en todos los tribunales de la república, civiles eclesiásticas y militares así en materia civiles como criminales, es el siguiente:

1. Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo;
2. Las pragmáticas, cédulas, ordenes, decretos, y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808;
3. Las leyes de la recopilación de Indias;

4. Las de la nueva recopilación de Castilla;

5. Las de las siete partidas...

4.2.2.1. **La nueva recopilación:** Esta obra se expidió en el año de 1567, bajo el reinado de Felipe II, y tubo por objeto depurar y simplificar la antigua legislación. Fue esta la obra que se puso en vigencia para la Gran Colombia en 1825 pero en España rigió sólo hasta el año 1805, en el que se hizo una nueva edición con el nombre de *NOVÍSIMA RECOPIACIÓN*¹⁰.

4.2.2.2. **Las siete paridas:** “Alfonso X, Rey de Castilla y de León en orden a destruir la Anarquía reinante, a unificar la legislación y extirpar la ignorancia de los gobernados ordenó la expedición de normas que regularan el tratamiento y la organización jurídica del reino. En tal virtud (resumiendo los principios de derecho romano los usos y costumbres de la época las decisiones de los canonistas y las sentencias de los sabios y filósofos), se redactó y confeccionó la obra de las siete partidas, esta obra se divide en siete libros en los cuales solamente los libros cuarto, quinto y sexto tratan de derecho Civil.

Libro Cuarto: Trata de la relaciones y deberes que nacen de la sociedad civil y doméstica, de los esponsales, del matrimonio y de su disolución y de la patria potestad.

Libro Quinto: Trata de los contratos y obligaciones

Libro Sexto: Del testamento y de las sucesiones

Las demás se ocupan del derecho natural, del derecho público, del derecho canónico, del derecho penal etc. Esta obra inició en Junio 23 de 1256 y terminados en Agosto 28 de 1265¹¹

A) “Fuera de la legislación de indias y el derecho español, rigieron en la república las leyes expedidas por el congreso desde 1825 y que tenían primacía en su aplicación”¹²

¹⁰ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2007). *Derecho civil, Derechos Reales*. Editorial Temis S.A. Colombia .Tomo I, Undécima Edición. Pág. 32 y 33.

¹¹ Cañon Ramirez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1).Pág. 117

4.3. La segunda etapa de la legislación civil, comprende la historia desde el actual Código Civil de 1873

“El esfuerzo que hace Don Andrés Bello de darle a Chile un Código Civil, para cumplir con la voluntad del presidente de ese país *Don Fernando Errázuriz* .Don Andrés Bello trabajó en este proyecto teniendo bases del derecho existente ,para así consolidar uno nuevo, por ejemplo toma el Código Civil Frances, las siete partidas, el derecho romano, el viejo derecho español y, aún, el proyecto de código civil español de 1851 y los códigos de Prusia, Austria Luisina, las dos sicilias y el Sardo.

Colombia no fue ajena en la búsqueda de una identidad normativa aun cuando no fuera plena; sólo que no se hizo el intento , salvo el proyecto de Justo Arosemena que luego adopto el Estado Soberano del Magdalena, por darse un CC propio , producto del esfuerzo de sus gentes . pero encontró, eso ahí, en el Código Civil Chileno , que entro a regir el 1 de enero de 1857 ,el conjunto de preceptos encaminados a disciplinar las relaciones privadas, primero en los distintos estados soberanos de la Nueva Granada, comenzado por el de Cundinamarca y luego el de Santander que lo Había acogido primero , para ser adoptado como Código Civil de la Unión el 26 de Mayo de 1873, y de la República de Colombia en 1887. Y hasta este año, las leyes españolas sobrevivieron en orden subsidiario. “¹³

En el CC de la Unión , no tuvo grandes variables en su aplicación en el Derecho publico , ya que las, leyes españolas seguían siendo aplicas al pueblo americano ,no se logro por este motivo un desarraigo total de la legislación española. Mas adelante en 1887 con la ley 153 de este mismo año , se logro un cambio mas a fondo a nuestro Código Civil , gracias a la abolición total de las leyes españolas, y este triunfo se percibe en los diferentes temas que este

¹² Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2007). *Derecho civil, Derechos Reales*. Editorial Temis S.A. Colombia .Tomo I, Undécima Edición. Pág. 32 y 33.

¹³ Morcillo, Pedro Pablo. (2001).*Cambios y perspectivas en el derecho colombiano en la segunda mitad del siglo XX*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tomo II.Pág. 22

contenía “como la validez y aplicación de las leyes, el matrimonio, la legitimación ,los bienes públicos , la sucesión por causa d e muerte , la promesa de contrato , las pruebas de las obligaciones, los contratos aleatorios , el censo.”¹⁴

Ya a partir de 1887 , se han expedido varias leyes que modifican o reforman el Código Civil, como:

- ◆ Ley 57 de 1887
- ◆ Ley 95 de 1890.
- ◆ Ley 51 de 1918
- ◆ Ley 8 de 1922.
- ◆ Ley 120 de 1928.
- ◆ Ley 45 de 1930.
- ◆ Ley 70 de 1931.
- ◆ Ley 40 de 1932.
- ◆ Ley 28 de 1932.
- ◆ Ley 45 de 1936.
- ◆ Ley 68 de 1946. Deroga la Ley 153 de 1887.
- ◆ Ley 45 de 1936.
- ◆ Ley 57 de 1887.
- ◆ Ley 75 de 1968.
- ◆ Decreto 960 de 1970.
- ◆ Decreto 1260 de 1970.
- ◆ Decreto 2158 de 1970, deroga en anterior decreto.
- ◆ Ley 24 de 1974.
- ◆ Decreto 2820 de 1974.
- ◆ Ley 140 y ley 5 de 1975.

¹⁴ Morcillo, Pedro Pablo. (2001). *Cambios y perspectivas en el derecho colombiano en la segunda mitad del siglo XX*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tomo II. Pág. 22

- ◆ Decreto 772 de 1975
- ◆ Ley 29 de 1982.
- ◆ Decreto 1712 de 1989.
- ◆ Decreto 2737 de 1989.
- ◆ Entre otros.

De forma sucinta esta historia del Código Civil Colombiano, nos lleva a profundizar en cuatro campos del derecho privado como son Contratos, obligaciones, Bienes y Familia, entrelazados entre sí, para buscar el desenvolvimiento de esta investigación.

Propiedad.

La propiedad como institución jurídica de derecho privado se encuentra en nuestro Código Civil en su Art 669, que dice:

*“Art 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad .”*¹⁵

Este artículo, se encuentra en concordancia con nuestra Constitución Política en su Art, 58, en la que se enfatiza en las características propias de esta institución como es , ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo (las mismas características , que poseía esta institución en el derecho Romano).¹⁶

“a. *El derecho de propiedad* es absoluto o soberano en cuanto a su contenido, en la medida que contiene todas las prerrogativas posibles para el propietario. El contenido del derecho de propiedad lo constituye tres elementos esenciales ...¹⁷” el primero de ellos , es el disponer de la propiedad como se quiera (*proprietas*);, el segundo, el derecho a usar la cosa (*ius utendi*) y el tercero el derecho a los frutos. (*ius fruendi*).¹⁸

¹⁵ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 157.

¹⁶ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 157.

¹⁷ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 157.

¹⁸ Hans, Hattenhauer. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. Pág 113.

b. “*El derecho de propiedad es de carácter exclusivo...*1. Es un derecho oponible a cualquier persona. 2. La propiedad es individual , a no ser que se trate de propiedades comunitarias o colectivas, pero ellas vistas desde el interior de la propiedad o del bien, porque externamente la propiedad conserva ese carácter individual ...

c. *El derecho de propiedad es perpetuo*, se transmite más allá de la vida, perdurara en la medida de la existencia de la cosa, porque puede transmitirse a los herederos. En principio el derecho de propiedad no se extingue ,pero puede perderse su titularidad y en otros eventos la propiedad puede adquirir visos temporales ...”¹⁹pero Tafur afirma mas adelante , que esta concepción tradicional de propiedad ha sido revaluada , ya que en el derecho moderno , “en razón a la función social de la propiedad que debe tener la misma. En efecto la propiedad es una función social que implica las siguientes obligaciones: 1. Explotación por oposición a la inactividad. 2. la explotación debe ser tipo económica , conforme a las normas y a la técnica ... ”²⁰

Esta visión individualista de la propiedad , no fue ajena a la utilizada por nuestros nativos ya que como se expresara mas adelante existía una propiedad individual y una colectiva y un gran ejemplo sobre esta idea fueron los muisca y los chibcha . Frente al primero habla “... Fray Pedro Simón en sus *Noticias Historiales* que entre los muisca existió la propiedad privada de las tierras y que esta propiedad era heredada por las mujeres y los hijos del hombre a cuya cabeza estaba la tierra ; en cambio los objetos personales y las alhajas del difunto eran enterrados con él ; de esta manera el oro trabajado no se acumulaba en manos de los herederos , sino que cada generación tenía que producir sus alhajas .

También ,según el mismo cronista , los Muisca tuvieron propiedades comunitarias como eran los lugares de pesca y los bosques de donde sacaban leña.”²¹

¹⁹ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 158.

²⁰ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 158.

²¹ Medina de pacheo, Mercedes (2006) *Los Muisca verdes labranzas, tunjos de oro , subyugación y olvido*.

Búhos Editores , primera edición . Pág. 51

Esta idea de propiedad privada y comunitaria que tenían los muiscas , , también la poseían los chibchas, como lo explica Guillermo Hernández en su libro *De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia*:

“como lo dice Goldenwiser, la propiedad individual y la propiedad comunal existen dondequiera que se encuentre el hombre desarrollado en sociedad. La propiedad sobre los bienes muebles entre los chibchas en la época de la conquista está demostrada por la tentativa de prolongar esa pertenencia individual más allá de la muerte. La propiedad comunal existía sobre los bosques y lugares de pesca , pero la propiedad individual sobre la tierra y labranzas no está demostrada y los relatos que al respecto nos hacen los cronistas no se ensamblan con la organización de clanes cognaticios que existía entre los chibchas .La propiedad colectiva del grupo indígena sobre vastas porciones de tierra llamadas resguardos que existieron en la colonia y que supervivieron en algunos casos hasta nuestros días , como recipientes salvavidas de la cultura aborígen , atestiguan en forma objetiva la presencia de viejas costumbres de propiedad comunitaria y de trabajos en cooperación ... resguardo... institución tiene su origen en tradiciones indígenas comunitarias.”²² Y el mas adelante define los resguardos , como un sistema de propiedad colectiva , en contra versión de la propiedad individual de los chibchas:

“Los resguardos ...es un sistema de derecho de propiedad colectiva sobre la tierra ejercido por el grupo indígena que estaba integrado por antiguos clanes o tribus , es una refutación de hecho contra quienes sin fundamentos serios han pretendido sentar la tesis arbitraria de que en los chibchas existía la propiedad territorial

²² Hernández Rodríguez, Guillermo. (1975). *De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia* ,Impreso en los talleres gráficos del departamento administrativo nacional de estadística, Bogotá. Pág. 71

*individual*²³ donde GUILLERMO HERNÁNDEZ defiende su tesis de la existencia de una propiedad comunal de la familia unilateralmente cognaticia.

Pero al final Guillermo Hernández termina diciendo , que existía una propiedad comunitaria en la s tierras , pero una propiedad individual sobre bienes muebles La propiedad mueble:

“los chibchas practicaban en sus entierros la costumbre de depositar en la tumba del muerto las armas y los útiles domésticos de que éste se sirvió en vida. Esta practica obedece a la concepción de que la vida futura es una repetición más o menos monótona de la vida presente. La colocación en las tumbas de los útiles y las armas del muerto, es por lo tanto una demostración de que sobre los muebles existía una propiedad individual . acerca de las características de este derecho de propiedad individual ... Ignoramos si el indígena chibcha podía disponer libremente en su vida de sus armas y demás utensilios domésticos , para trocarlos como cien tuviera.”²⁴

Pero explica mas adelante, “el derecho de propiedad como relación social de un individuo con una cosa puede tener varias y diversas modalidades. Tanto sobre la tierra como sobre los bienes muebles puede existir una propiedad colectiva o una propiedad individual ,dos formas antagónicas de la propiedad. El concepto de la propiedad ,basado en la concepción absoluta que de este derecho se tuvo en roma, no creo que haya existido con las mismas dimensiones y atributos entre las tribus barbarás. En una sociedad gentilicia a base de clanes, especialmente de clanes

²³ Hernández Rodríguez, Guillermo. (1975)*De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia* ,Impreso en los talleres gráficos del departamento administrativo nacional de estadística, Bogotá. Pág. 71

²⁴ Hernández Rodríguez, Guillermo. (1975), *De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia* ,Impreso en los talleres gráficos del departamento administrativo nacional de estadística, Bogotá. Pág. 68

cognaticios, es muy difícil concebir un derecho de propiedad tan absoluto como el que tuvieron los romanos después de la formación del Estado y la disolución de las gens. El concepto de Restrepo acerca de que los bienes raíces se transmitían por herencia a los hijos y mujeres del difunto aparecerá equivocado y en contraposición con el carácter de las instituciones chibchas al entrar en el estudio de la formación de las **confederaciones , de las tribus y los clanes**.

Predominaba entre los chibchas el clan cognaticio, o sea aquel que agrupa a los hombres al través y exclusivamente de la descendencia femenina. Los hijos de la mujer , machos y hembras pertenecían al clan de la mujer , ero los hijos del hombre en virtud de su carácter exogámico de los clanes chibchas , no pertenecen al clan del esposo sino al clan de la mujer en el cual fueron concebidos. En estas condiciones es muy difícil imaginar una trasplatación de la propiedad de un clan a otro clan en forma de herencia. Si los cacicazgos eran heredados por los sobrinos hijos de la hermana , no hay razón para suponer que la transmisión hereditaria de los bienes del difunto , en caso de haber existido , siguiera líneas distintas”²⁵

En síntesis para el hombre Chibcha , existía una propiedad privada , sobre bienes muebles , pero no sobre los bienes inmuebles ya que este pertenecían a la comunidad y según su forma de organización (clanes) y la forma de organización de esta propiedad como fue, el *resguardo*.

Pero en los muisca la idea de la propiedad individual y comunitaria era un poco diferente , ya que en esta si existía propiedad privada en bienes muebles e inmuebles , que eran heredadas por las mujeres y los hijos del hombre a cuya cabeza estaba la tierra , es decir las hijas de las hermanas. No se desconoce la propiedad comunitaria formada por los bosques y los lugares de pesca que todos compartían.

Matrimonio.

²⁵ Hernández Rodríguez, Guillermo. (1975) *De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia* ,Impreso en los talleres gráficos del departamento administrativo nacional de estadística, Bogotá. Pág. 69

En nuestro código civil encontramos esta institución en, el Art 113, en el que lo define como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*”²⁶

Esta institución , como la conocemos actualmente no fue la misma para nuestros nativos , así para dar un enfoque mas amplio hablaremos de su evolución legislativa, en la etapa precolombina o antes de la colonia , la colonia y las modificaciones que tuvo el código civil como hoy lo conocemos

“*Evolución legislativa del Derecho de Familia colombiano.*

a. Antes de la colonia: ...durante esta etapa los grupos sociales tuvieron sólida organización en virtud de los principios religiosos, económicos y sociales por entonces vigentes, por ejemplo a la unión entre hombre y mujer se le reconoció importancia tal que sólo se concebía , previa celebración de especial ceremonia, a la que debían concurrir quienes ya estaban por aquella unidos, debiendo traer, como donación, a la nueva pareja , los diferentes utensilios y medios propios del nuevo hogar (previa la construcción ,mediante trabajo comunitario, del techo que seria ocupado por aquella nueva pareja), ceremonia a partir de la cual esta nueva pareja y su prole se tendría en cuenta para efectos del trabajo y del reparto mismo de la tierra y de sus frutos.

b. Durante la colonia: la organización existente no fue respetada ni conservada por la colonización española, sino que a las colonias fue trasladada la naturaleza y organización de la familia vigente en la metrópoli cuyas reglas se encontraban contenidas en las siete partidas (en especial en la cuarta, considerada como justo medio de las siete, a semejanza del sol puesto en el 4º cielo desde donde alumbra todas las estrellas). La 4ta Partida es de importancia tal que sin ella ninguna de las anteriores ni posteriores se podría cumplir, sobresaliendo como rasgos o características , las siguientes:

²⁶Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia. Pág. 50.

1. La familia tiene un carácter esencialmente cristiano (con exclusión absoluta de los extranjeros y de los no católicos, o sean los herejes), con gran respeto al jefe de familia – o sea el padre y marido- sujeta a la legislación Canónica.
2. La existencia de plenos derechos del marido sobre la mujer (potestad marital) y del padre sobre los hijos incapaces (considerados tales los menores de 25 años), con fundamento en la ley y en la costumbre.
3. Un fuerte arraigo patrimonial proveniente del feudalismo dentro del cual se determinaron los mayorazgos que implicaban la intransmisibilidad de ciertos bienes.

Legislación y principios españoles que siguieron imperando en territorio colombiano por expresa disposición de las primeras constituciones y legislación procesal.”²⁷

“**c. En el Código civil:** a partir de 1853, se dieron las primeras modificaciones en esta materia, mediante la reglamentación del matrimonio (ley de junio 20 de 1853) considerado como un contrato solemne e indisoluble, para cuya celebración se requiere del libre consentimiento (del varón mayor de 21 años de la mujer mayor de 18 años, del curador o del Juez parroquial- en cuanto se tratara de varón mayor de 14 o de mujer mayor de 12 años), ausencia de impedimento , funcionario competente(notario o juez parroquial de la vecindad de la mujer), aunque se da validez par los efectos civiles, al matrimonio celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes, así como a las causales de nulidad y de separación...”²⁸ y todos los

Artículos que se encuentran actualmente en nuestro código civil y que en síntesis solo busca la reglamentación del matrimonio como base de la familia.

²⁷ Cañón Ramírez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 9,10.

²⁸ Cañón Ramírez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 11.

Pero esta idea del matrimonio como contrato , no existía en la mentalidad indígena, aunque muy pocos cronistas²⁹ lo afirmen directamente, pero si encuentran la existencia de las diferentes formas evolutivas de la familia en términos generales , como fue La promiscuidad sexual, La familia consanguínea, La familia punalua , La familia sindiasmica, La familia patriarcal poligamia. Las diferentes formas de familia , influyen directamente en la forma de matrimonio que se constituya, así por ejemplo la *familia pulanua*, en el “que cada uno de los hermanos creaba su propio círculo sexual y la unión de un numero determinado de hermanos – con exclusión de sus hermanas- , o de un determinado número de hermanas – con exclusión de los hermanos- , convivían en matrimonio; el conjunto de mujeres (hermanas entre si) que compartían sexualmente un grupo de hombres (hermanos entre si) , recibió el nombre de PUNALUA que significa compañero intimo de donde derivo esta clase de familia que, a su vez, integró la GENS.”³⁰ El matrimonio que se formaría en este tipo de familia se saldría de los estamentos que se encuentran en nuestro código civil, por razones muy obvias , no estaría formada por un hombre y una mujer sino , por varios hombres con varias mujeres . Un ejemplo de otra forma de familia es el dado por Antonio José Rivadeneira en el que “*el chibcha...se casaba una vez con intervención de sus Caciques y sacerdotes. Era la ceremonia de iniciación al derecho de tener mujeres. Después podía tener cuantas mujeres fuera capaz de sostener , Los caciques y jefes de parcialidades tenían derecho a que las familias les enviaran las doncellas de buen parecer que quisieran tener como sus mujeres . Estas andaban descalzas en el cercado hasta que el cacique quisiera acostarse con ellas*”³¹. Este tipo de matrimonio es un ejemplo propio de *La familia sindiasmica*, en nuestros pueblos

²⁹ Cañón Ramírez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 1, 2, 3.

³⁰ Cañón Ramírez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 1, 2, 3.

³¹ Rivadeneira Vargas, Antonio José. (1997).*Tradición, ciencia y vocación jurídica en Boyacá*. Colección investigando Universidad Santo Tomas. Tunja. (Vol. 1.)

aborígenes , en el que “ el hombre convive -temporalmente- con una sola mujer , conservando el hombre el derecho a la poligamia y soportando la mujer la mas estricta fidelidad (o sea al pertenencia de la mujer a un solo hombre) so pena de severos castigos. El vínculo conyugal así contraído. Podía disolverse a voluntad de cualquiera de los contrayentes, caso en el cual los hijos habidos quedaban, únicamente a cargo de la madre.”³²

Estos tipos de familias y matrimonios estaría fuera de la orbita de lo aplicado actualmente , estaríamos frente una institución que sufre una transculturalización jurídica, que cambio, borro el *Volksgeist* de nuestro pueblo en su practica y fue adecuado según las formas de convivencia española y un ejemplo concreto es el que explica Pedro Alejo Cañón , anteriormente en el que la aplicación de las siete partidas, y específicamente en la cuarta partida , especificaba que la familia tiene un carácter esencialmente católica cristiana , con gran respeto al jefe de familia . Se da una vuelta impresionante a la forma en que nuestros nativos tenían la visión del matrimonio y los rituales que realizaban para la creación de este.

Negocio jurídico.

La definición de contrato o negocio Jurídico se encuentra en el articulo 1495 de nuestro Código Civil, el cual dice “*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas.*”³³

Frente esta institución como es el negocio jurídico se ha encontrado muy poca información, pero Mercedes Medina , nos muestra un pequeño recuento de esta institución dentro de los muisca, “Los muisca realizaban mercados internos cada cuatro días en sus principales poblaciones. En funza o Muequetá se vendían mantas y tejidos de caña, fique y otras fibras ; en zipaquira, objetos de cerámica hechos en Tocancipá ; estos mercados quedaban dentro del territorio del Zipa. En turmequé,

³² Cañón Ramírez, Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994.* Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 1, 2, 3.

³³ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil.* editorial Leyer. Colombia. Pág. 50.

dentro de los territorios del Zaque, se conseguían frutas y esmeraldas en Somondoco...

Fray Pedro Simón en sus Noticias Historiales se refiere a la habilidad de los Muisca para comerciar: cuentan que vendían a plazos y que cobraban intereses de mora; que algunos artículos, como las mantas, los vendían según su tamaño; otros, como la sal, por su peso (ignoramos cuál era la medida); otros, como las esmeraldas, por su número. Tenían una medida de capacidad para el maíz y la longitud la medían con la palma de la mano y del pie. Simón dice también que los Muisca, además del trueque de unos objetos por otros, usaron moneda en forma de tejuelos de oro, de diversos diámetros y espesores y que no tenían marcada ninguna señal por lo cual servían en todas las regiones. Joan de Castellanos relatando en las *Elegías*³⁴

De la forma como narra Mercedes Medina, estos contratos se presumiría que estos llegaron a realizarse de forma oral, consensual, conmutativo, bilateralmente, real. No expresa de forma directa que se realizaran contratos con algunas solemnidad, por ejemplo que fuera por escrito.

Otro historiador, que habla sobre el desenvolvimiento de esta institución dentro del pueblo muisca es *German Villate* en el que establece la *plaza de mercado*, como punto de la actividad económica y de intercambio de servicios, así como la compra y la venta, la negociación, en general toda actividad económica que realizaran los muisca se centraba en este lugar donde, se materializaría la voluntad de las partes para poder realizar un contrato pero no específica, si estas manifestaciones de voluntad tuviera algunas solemnidades, pero si la existencia de riqueza muisca, creada por sistemas que dirigía otras instituciones

“Sin embargo, es necesario admitir que el método que usaron para establecer esa exagerada verdad sobre la riqueza de la nación muisca no era del todo carente de sentido: para encontrar la abundancia y el oro habían seguido los rastros que dejaba la organización económica, y, luego para asegurar la continuidad de la exacción a través

³⁴ Medina de Pacheco, Mercedes.(2006). *Los muisca verdes labranzas, tunjos de oro, subyugación y olvido*. Búhos Editores. Pág. 54

del tributo, trataron de indagar sobre la organización de la producción. Con base en este conocimiento, acomodaron las instituciones socioeconómicas (la Encomienda, la Mita, el Concierto agrario, el Resguardo, etc.) Que presuponían el sometimiento de los organizadores de la producción y al reacomodación de los circuitos de acumulación a través del tributo.”³⁵

Conclusiones

Por ahora, y teniendo en cuenta que estamos concretando una etapa de aprestamientos alimentados por un pequeño estado del arte que seguirá ampliándose durante el curso previsto para la presente investigación, sólo podríamos presentar las siguientes conclusiones provisionales:

1. la visión privada y colectiva de la propiedad que hoy tenemos en nuestro ordenamiento jurídico no es ajena a la aplicada por nuestros nativos, ya que como se expresó anteriormente existía una propiedad individual y una colectiva en nuestro pueblo muisca y chibcha, pero con conceptos ideológicos diferentes. Primero, en los muiscas existía propiedad privada en mueble e inmuebles, diferente a lo que aplicaban los chibchas; para ellos, la propiedad privada solo existía en bienes muebles y no inmuebles porque ésta era un bien comunal.
2. Frente al matrimonio, no podemos dar una apreciación clara de su formación, pero si afirmar tentativamente que se dio una costumbre próxima a la que describía Engels en su obra *“el origen de la familia”*: punalúa, sindiásmica y monogamia. Hay que tener en cuenta que estas primigenias instituciones fueron abolidas una vez ocurrieran los eventos que todos conocemos relacionados con la conquista y la colonización por parte de los Españoles.
3. El negocio jurídico entre nuestro pueblo nativo se desarrolló libremente en las plazas de mercado como puntos de encuentro en el que se desenvolvían las manifestaciones de voluntad por parte de los individuos, pero no existía propiamente solemnidades para llegar a realizar diferentes tipos de contrato; se presumen que eran meramente consensuales, no solemnnes y eminentemente verbales.

Bibliografía

³⁵ Villate Santander Germán.(2001). *Tunja Prehispánica, UPTC, Colciencias. Tunja. Pág.(14,102,103)*

- ❖ Hans, Hattenhauer. (1987). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Editorial Ariel S.A. Barcelona.
- ❖ Friebe, Juan. y Coordinado por Martínez delgado, Luis. (1965). *Academia Colombiana de Historia. Historia extensa de Colombia, "Descubrimiento y Conquista del Nuevo Reino de Granada"*. Ediciones Lerner. Bogotá. . Volumen II .
- ❖ Aguilera, Miguel. Y coordinado por Martínez Delgado, Luis. (1965). *Academia Colombiana de Historia. Historia extensa de Colombia ,. "La Legislación y el Derecho en Colombia"*. Ediciones Lerner. Bogotá Volumen XIV .
- ❖ Molina, Gerardo. (1988) *Las ideas socialistas en Colombia* .Tercer mundo Editores.
- ❖ Morcillo, Pedro Pablo. (2001).*Cambios y perspectivas en el derecho colombiano en la segunda mitad del siglo XX*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tomo II.
- ❖ Zavala, Silvio A. (1971).*Las instituciones Jurídicas en la conquista de América*. Editorial Porrúa, S.A. AV. República Argentina, 15 México.
- ❖ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2007). *Derecho civil, Derechos Reales*. Editorial Temis S.A. Colombia .Tomo I, Undécima Edición.
- ❖ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2007). *Derecho civil, Derechos Reales*. Editorial Temis S.A. Colombia. Tomo II, Undécima Edición,
- ❖ Cañón Ramírez, Pedro Alejo. (2002). *Derecho Civil parte general y personas*. Editorial ABC. Bogotá DC.
- ❖ Ots Capdequi, José maría. (1948). *Manual de historia de derecho español en las indias* Buenos Aires.
- ❖ Rivadeneira Vargas, Antonio José. (1997).*Tradición, ciencia y vocación jurídica en Boyacá*. Colección investigando Universidad Santo Tomas. Tunja. (Vol. 1.)
- ❖ Balmes Arteaga, Enrique.(1981).*Código de Bello en Colombia (Conferencia), Santiago de Chile*.
- ❖ Hernández Rodríguez, Guillermo. (1975) *De los chibchas a la Colonia y a la República del clan a la Encomienda y al Latifundio en Colombia*. Impreso en

los talleres gráficos del departamento administrativo nacional de estadística. Bogotá.

- ❖ Restrepo, Vicente. (1972). *Los chibchas antes de la conquista española*, Imprenta Banco Popular. Bogotá. Volumen 28.
- ❖ Medina de Pacheco, Mercedes.(2006). *Los muiscas verdes labranzas, tunjos de oro, subyugación y olvido*. Búhos Editores.
- ❖ Tafur González, Álvaro (2006). *Código Civil*. editorial Leyer. Colombia.
- ❖ Cañón Ramírez ,Pedro alejo. (1995) *Familia. Legislación-jurisprudencia –doctrina 1887- 1994*.Santafe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1).
- ❖ Wikipedia (2009, Abril 2). *Espíritu del pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009, de <http://es.wikipedia.org/wiki/Volksgeist>.
- ❖ José Carlos Corbatta (2009, abril 2). *El Espíritu del Pueblo*. Recuperado el 4 de Abril de 2009, de <http://parlamentario.com/articulo-1395.html>
- ❖ Diccionario enciclopédico.(2007). *Lecho de Procasto*. Recuperado el 5 de Abril de 2009 , de http://www.ecovisiones.cl/diccionario/L/LECHO_DE_PROCASTO.htm