

Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización

José Guillermo Castro-Ayala

PRIVADO

10

José Guillermo Castro-Ayala

Abogado y Magíster de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster Llegum (LL.M.) y Doktor iuris (Dr. Jrs.) de la Universidad de Konstanz, en el Estado Federado de Baden Württemberg, en la República Federal de Alemania, Rigurosum en Derechos Fundamentales, Historia del Derecho y Derecho Civil, como área nuclear. Fue auxiliar de Magistrado en la Sala Civil del Tribunal Superior j de Bogotá, abogado sustanciador de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Conferencista internacional I en temas de derecho de obligaciones, constitucionalización del derecho privado, derecho del consumo y derecho civil. Ha sido Profesor de la Universidad de los Andes, de la Universidad del Rosario, y de la Universidad Santo Tomas. Es profesor por concurso de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y miembro del Grupo de investigaciones en Derecho Privado y propiedad intelectual (Geppi) de la Universidad Católica de Colombia. Es abogado consultor.

JUS – Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

JUS - PRIVADO:

- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades
- El concepto de patrimonio y su aplicación en España
- Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad
- Evidencia digital, distribución musical y derecho de consumo

José Guillermo Castro-Ayala

Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización

DS
PRIVADO 10



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Castro-Ayala, José Guillermo

Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización / : José Guillermo Castro-Ayala -- Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017
146 p. : 17 x 24 cm. —(Colección Jus Privado; no. 10)

ISBN: 978-958-5456-00-6 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-01-3 (digital)

I.Título II. Serie.

1. Derecho civil- historia 2. Procedimiento civil

Dewey 346 ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 7 de febrero de 2017

2do concepto

Evaluación: 20 de abril de 2017

© Universidad Católica de Colombia

© José Guillermo Castro-Ayala

Primera edición, Bogotá, D. C.

Noviembre de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Juana Les

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Castro-Ayala, J. G. (2017). *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Castro-Ayala, José Guillermo. *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Prólogo	5
Capítulo 1. Complejidades aplicativas del código general del proceso: Oralidad y doctrina probable, la tradición jurídica escrituraria occidental	11
¿Un código de procedimiento “constitucionalmente” incoherente? ¿Debido proceso o celeridad?	13
¿Precedente riguroso o celeridad a través de audiencias únicas?	18
¿Qué tan grave es el problema y cuáles son los límites interpretativos de las reformas?	21
La complejidad epistemológica y cultural de exigir la audiencia como método	25
La escrituralidad como núcleo de la cultura occidental: Sentencia oral o escrita	27
Capítulo 2. ¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse a través de acciones indemnizatorias por violación a los derechos fundamentales?	43
Introducción	44
Descripción de la problemática	46
Importancia de las sentencias	61
Capítulo 3. Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano: Pacto, presunción, constitucionalidad y legalidad	67
Introducción y planteamiento del problema	68
Importancia y difuminación de las relaciones obligatorias dinerarias	71
El dinero en una democracia constitucional social	72

Restringida regulación legal de la obligación dineraria, explicación y abordaje por la jurisprudencia.....	73
Re-exposición histórico-ideológica ¿onerosidad presunta o ideologías mundiales?	82
Reconocimientos legales e históricos de las obligaciones dinerarias	83
La buena fe en el derecho romano y en la Edad Media: aproximación	86
Los intereses, su regulación e interpretación en Colombia	89
¿Es consecuente y constitucional la lectura, interpretación y aplicación del artículo 1617 del Código Civil? Aproximación y propuesta	90
A manera de conclusión	92
Capítulo 4. Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo:	
Una perspectiva divergente a la dogmática dominante de las postrimerías del siglo XXI	93
Introducción y planteamiento de la cuestión	94
Consideración epistemológica previa	96
Los innegables elementos geográficos y de carácter de la fundación: Sacerdotes, soldados y campesinos en la rivera del Tíber	99
El grandioso derecho de las ciudades romanas	113
Capítulo 5. La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?	
El reglamento de derecho europeo de venta común	121
Introducción.....	122
El Ordenamiento sobre el derecho europeo de venta común	124
Algunas reflexiones finales	132
Epílogo	135
Referencias	139

PRÓLOGO

El libro *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización* es producto del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) en el marco del proyecto "Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía" de la línea Constitucionalización del derecho privado en la Universidad Católica de Colombia. La obra es también el resultado de reflexiones y consideraciones críticas en materia de derecho privado y derecho constitucional de cara a precisas conflictividades que actualmente emergen en materia social y jurídica. Pretende, fundamentalmente, aportar a los debates que se suscitan en la esfera académica y fomentar el estudio riguroso de instituciones jurídicas del derecho civil en articulación con el derecho constitucional a cargo de los estudiantes de Derecho. Es así como a través de un cuidadoso ejercicio de lectura de fuentes jurídicas normativas, jurisprudenciales y dogmáticas el libro recoge una serie de reflexiones que trascienden el campo meramente jurídico para, en el desarrollo de debates con impacto social, generar aportes que tienen injerencia cierta y directa en la vida cotidiana de los ciudadanos. Estas reflexiones logran leer e interpretar los hechos sociales con la pertinencia suficiente para brindar regulaciones acordes, coherentes y articuladas —constitucionalmente hablando— de todos aquellos fenómenos que evidencian la insuficiencia y limitación de la dogmática jurídica en ciertos asuntos del devenir social, convirtiéndose en exigencias de actualización y evolución jurídica.

A través del estudio de fenómenos cotidianos tales como el acceso al crédito, las tasas de interés en contratos de mutuo, el funcionamiento del aparato de justicia, el intercambio nacional y transfronterizo de bienes y servicios, la reinterpretación de las instituciones jurídicas vigentes concebidas desde Roma, entre otros fenómenos de nuestra juridicidad, es posible acompañar pedagógicamente al estudiante de derecho, permitiéndole una introducción que alimente sus ejercicios reflexivos no sólo en el campo del derecho privado, sino en todas las áreas de la ciencia jurídica.

Arturo Valencia Zea, justamente para realizar y proponer tales ejercicios reflexivos, en sus más lúcidas y estructuradas obras como *La posesión y Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada* así como en muchas de sus habituales cátedras de derecho civil y derecho de familia, refería que el abogado más conocedor e idóneo del derecho es aquel que ha tenido la oportunidad de ser litigante, juez y profesor, pues a través de esos diferentes roles en el ejercicio de su profesión logra obtener un panorama bastante completo y detallado de las dinámicas jurídicas con las que se encuentra en constante interacción. Es en ese ejercicio integral de la profesión del derecho que nos plantea el maestro Valencia, donde es plenamente posible construir disquisiciones, comentarios y análisis estructurados de cara a los fenómenos anteriormente referidos, pues es en la práctica cotidiana del derecho cuando se denota claramente una falta de apropiación del discurso y contenido constitucional propio de nuestra Constitución de 1991 en materias del denominado derecho ordinario. Tanto es así que, en general, los jueces y operadores jurídicos de nuestro país reproducen una cultura jurídica un tanto restringida en cuanto a la interpretación y articulación de circunstancias jurídicas de su materia con el discurso, contenido y desarrollo constitucional, ya que solamente se refieren a la Carta Política a la hora de resolver acciones de tutela, pero, en sus materias, restringen el marco normativo e interpretativo a los específicos desarrollos de su materia, sin prever la posibilidad de articular e, incluso, garantizar ciertos derechos fundamentales a través del curso y devenir de sus respectivos asuntos ordinarios.

En este sentido, la intención de este compilado de artículos reflexivos es una invitación a la crítica, al estudio riguroso de conflictividades sociales y al planteamiento de respuestas que la juridicidad puede brindar a partir de la experiencia en los varios roles de la profesión del derecho, pues es gracias al devenir social

y ciudadano que este evoluciona; es gracias al esfuerzo que debemos realizar todos los miembros de esta comunidad académica, de cara a eventos no regulados expresamente, que es posible no solo establecer o proponer regulaciones sobre el particular, sino interpretar tales eventos planteando aplicaciones más fundamentadas, rigurosas y sobre todo justas del derecho.

Se debe promover sin duda un estudio crítico del derecho a través de la revisión y glosa de los textos normativos, entendiéndolos como realidades dialécticas, discursivas y dinámicas, mas no como verdades absolutas e inmodificables, pues una aprehensión así del derecho lleva a un ejercicio acrítico de la profesión que deriva paradójicamente en vulneración de derechos y negación del derecho; de ese derecho que guía los enunciados normativos y que, según Robert Alexy, se construye a partir de concepciones morales mínimas compartidas por toda la humanidad.

Es así como con estos escritos se pretende promover tanto en los estudiantes como en los abogados, operadores judiciales, administrativos, litigantes y doctrinantes, ejercicios reflexivos concretos sobre las figuras jurídicas estudiadas; figuras que, en principio, son exclusivas y típicas del derecho civil —que no necesariamente excluyen la materialización de derechos fundamentales por supuesto— pero que analizadas a la luz de la dogmática constitucional, pueden dar lugar a la salvaguarda, materialización y garantía de los derechos fundamentales y de los derechos económicos, sociales y culturales.

Se dice que el derecho pregona y busca justicia, pues esta es una de sus razones de ser; sin embargo y como todos lo saben, el derecho, y más precisamente su ejercicio, no se corresponde necesariamente con una u otra determinada idea de justicia. Tanto es así que a través del mismo, como herramienta para regular y orientar las conductas humanas, se han perpetrado barbaries, justificado desigualdades en la historia de la humanidad y consolidado injusticias. No obstante, y muy a pesar de que muchas veces el derecho sea injusto, es a través del ejercicio académico en cabeza de todos los miembros de esta comunidad científica jurídica que se debe propender por diseñar, interpretar, aplicar y modular normatividades, interpretaciones legales e interpretaciones jurisprudenciales para reducir la potencialidad de que el derecho materialice estados de cosas injustos. Para referir solo un ejemplo sobre el particular, en 1936 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a través de la introducción de la categoría de la responsabilidad objetiva,

condenó al pago de indemnizaciones en favor de ciudadanos a ciertas empresas que hicieron su entrada al país durante la época del capitalismo industrial (Sents. de 14 de marzo de 1938, 18 de mayo de 1938 y 18 de noviembre de 1940, entre muchas otras). Estos ciudadanos, sin la existencia de esta categoría, habrían tenido que circunscribirse a las disposiciones de la responsabilidad subjetiva, teniendo el deber y la carga (desproporcionada) de probar la existencia de una culpa o un dolo en cabeza del potencial responsable, en este caso, las empresas que desarrollaban ciertas actividades industriales que implicaban riesgos para los ciudadanos y no necesariamente involucraban un elemento subjetivo del siniestro, es decir, una intención de realizar daño (dolo) o una falta grave a deberes de diligencia y cuidado (culpa).

En este sentido, cabe siempre cuestionarse acerca del papel del derecho como sistema o mecanismo encaminado a regular pacíficamente la vida social, máxime cuando actualmente Colombia atraviesa un proceso de paz que aparentemente dará lugar a un escenario de posconflicto en el cual será posible garantizar y materializar derechos. Los mismos que se han visto históricamente vulnerados con muchas justificaciones, entre ellas, aquella de la existencia de un conflicto armado interno.

Así como la entrada de empresas extranjeras con avances técnicos considerables para la década de los años 30 implicó pronunciamientos y desarrollos jurídicos determinantes y fascinantes, hoy por hoy, un proceso de finalización del conflicto armado interno requiere evoluciones jurídicas tendientes a la protección de derechos fundamentales y económicos, sociales y culturales a través del mismísimo derecho civil, ya que materias como: i) los intereses usurarios, ii) la consolidación de una jurisdicción constitucional coherente, reservada y cautelosa, iii) el ejercicio de una administración de justicia que garantice el acceso a la misma y el debido proceso en asuntos civiles y ordinarios, y iv) las regulaciones sobre y las relaciones internacionales de libre cambio, tienen una real injerencia en derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando a través de una interpretación de tales figuras jurídicas y la dinámica ius-civilista en la que se encuentran, a la luz de la más vanguardista y proteccionista dogmática constitucional, pueden construir unos fundamentos más estructurados para el desarrollo de un escenario de posconflicto promisorio.

Con fundamento en todo lo anterior el libro *Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización* se encuentra compuesto por cinco capítulos articulados que responden, cada uno de ellos, a complejidades jurídicas del derecho privado con incidencia y pertinencia constitucional, y que pasamos a reseñar brevemente así:

El primer capítulo responde a una concreta situación problemática del ejercicio jurídico, a saber, la implementación de un código general del proceso con contenidos bastante polémicos que pretenden transformar la cultura procesal del país hacia la oralidad. Las reformas procesales aportadas por el Código General del Proceso y si bien este puede contener una buena intención, choca y colisiona con toda una tradición jurídica de corte continental difícil de reformular por decreto (!), teniendo como desafortunada consecuencia para los ciudadanos la deliberada vulneración del derecho fundamental debido proceso y la irresponsable decisión de sacrificar fallos rigurosa y científicamente estudiados, por fallos expeditos.

El segundo capítulo responde a un llamado ciudadano y consciente de la excesiva intervención de la Corte Constitucional en asuntos que no son de su competencia, especialmente cuando su desarticulada manera de abordar problemas jurídicos se concreta en su inconstante e impredecible jurisprudencia. Es así como actualmente se hiperconstitucionalizan las causas jurídicas, es decir, mediante el irreflexivo pronunciamiento de la Corte Constitucional en cuanta materia del derecho pueda imaginarse, afectando así la seguridad jurídica de muchas causas e incluso desarrollando tesis jurídicas inconvenientes, con falta de rigurosidad jurídica y contradiciendo su propia jurisprudencia antecedente. En vista de la vulneración de derechos que puede generar la irresponsable labor de la Corte, surge realizar un llamado para que se autorregule en sus dinámicas internas de funcionamiento y en el abordaje de problemas jurídicos, siempre y cuando sea pertinente y verdaderamente necesaria su intervención.

El tercer capítulo aborda la concepción tradicional de los intereses moratorios en nuestro derecho civil para, en confrontación con ella, reivindicar la concepción y dinámica que de tales intereses ofrecía el derecho romano (cuna de la concepción del derecho civil como un instrumento para la regulación y la atención de necesidades sociales) concretándose y reivindicando esta orientación con la no generación —salvo pacto expreso de las partes— de intereses de mora,

máxime cuando la operación jurídica tiene como causa la atención de necesidades y la materialización de derechos fundamentales o de derechos económicos, sociales y culturales, mas no de un específico ánimo de lucro.

El cuarto artículo aborda la historia de ciertas instituciones jurídicas del derecho romano en su contexto, tendientes a asumir que el derecho civil presupone una cultura, unas convicciones éticas y un mecanismo de pacífica convivencia que no necesariamente se subordina al devenir de un determinado sistema o modelo económico.

Finalmente, el último capítulo de la presente obra aborda el contexto de globalización concretado en tratados de libre comercio internacional y su incidencia en los derechos nacionales. Se toma como ejemplo la regulación uniforme del contrato de compraventa en Europa, sus experiencias, dificultades y reflexiones con el fin de examinar qué pueden aportar para una regulación unitaria en Latinoamérica. Es así como la crítica comparada de los esfuerzos dogmáticos europeos sobre el particular, puede evitarle a la regulación de nuevos mercados incurrir en determinados errores, especialmente cuando la consolidación de un régimen alterno de negociación internacional requiere de cierta flexibilidad en cuanto a la configuración contractual. Para ello es necesario observar detalladamente las experiencias del derecho comunitario europeo, en punto a la regulación de contrato de venta común, ya que aporta un objeto de estudio muy interesante, tanto en el marco de la técnica legislativa como en cuanto a los derechos de los sujetos negociales.

Cada capítulo del libro responde a diversas complejidades de la necesaria articulación del derecho civil y el derecho constitucional, y a una reorientación del derecho civil en la que se acude a sus orígenes para abordar adecuadamente fenómenos sociales actuales. Por ello no es casualidad que se incluyan temáticas como el neoliberalismo y las regulaciones supranacionales, pues estas requieren del estudio y crítica a partir de la filosofía original del derecho civil y su contemporánea interrelación con el derecho constitucional y sus contenidos dogmáticos más proteccionistas.

COMPLEJIDADES APLICATIVAS DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO: ORALIDAD Y DOCTRINA PROBABLE, LA TRADICIÓN JURÍDICA ESCRITURARIA OCCIDENTAL¹

"Que otros se jacten de las páginas que han escrito;
a mí me enorgullecen las que he leído".

J. L. Borges

"Sin embargo, nos compete, bajo la tormenta de Dios,
Oh poetas, erguidos y con la cabeza descubierta,
Asir con nuestras propias manos el rayo de luz del Padre,
Y pasar, envuelto en canción, ese regalo divino a la gente".

F. Hölderlin.

Resumen

En virtud de los primeros meses de vigencia plena del Código General del Proceso en nuestros recintos judiciales, se impone la necesidad de reflexionar acerca de las tensiones que se pueden generar en el desarrollo del traspaso acelerado y violento de un sistema jurídico procesal de tradición continental hacia la incorporación de

.....
¹ Esta ponencia fue expuesta de forma resumida en el II Congreso Internacional de Sociología Jurídica, organizado por la Universidad Católica de Colombia a inicios de agosto de 2016. Su pretensión es más sociológica y descriptiva, reflexiva y analítica que puramente dogmática. Sin embargo variaciones de ella, que fueron expuestas en otros escenarios como en la Universidad Nacional de Colombia durante el año 2014 o en la Universidad Santo Tomás de Tunja a lo largo del mismo año, sí pretendieron establecer discusiones puramente dogmáticas.

criterios ajenos a tal sistema. El escenario problemático planteado en este artículo pone en evidencia que si bien existe la pretensión de descongestionar la administración de justicia, tal descongestión deviene en el rompimiento de toda una tradición jurídica sustantiva y procesal de nuestro derecho continental.

A la vera de evacuar rápidamente los procesos de los ciudadanos puede caerse en el equívoco de desestructurar la figura y función de la sentencia judicial, ya que al no poder ser esta debidamente consultada o discutida ¿estamos en condiciones de aplicar una normatividad procesal que genera una revolución irresponsable en nuestra tradición jurídica, en especial, cuando nuestros funcionarios no se encuentran preparados para ello? Si bien los ciudadanos tienen acceso a una justicia, ¿esta no terminará siendo más que un ejercicio inconsciente, apresurado y poco reflexivo?

Abstract

During the applicability of the General Procedural Code in our courtrooms, arises the need to reflect the tensions about an accelerated development and violent transition towards a procedural legal system of continental tendency, adopting some elements outside that system. In this sense, the problematic scenario that this article addresses is that, though relieving the administration of justice, it leads to the breakdown of all continental substantive and procedural legal tradition.

In order to get a fast resolution of judicial proceedings citizens may fall into the ambiguity of deconstructing the figure and function of the court judgment, unable to be properly consulted or discussed. Are we in a position to implement a procedural regulation that generates an irresponsible revolution in the continental legal tradition, especially when the officers are not prepared for it? While citizens have access to justice, doesn't it ends up being nothing more than an unconscious exercise, rushed and unreflective?

Palabras clave: CGP, oralidad, escrituralidad, procedimiento, racionalidad, derecho judicial

Keywords: CGP, orality, writing, process, rationality, judicial law.

¿Un código de procedimiento “constitucionalmente” incoherente? ¿Debido proceso o celeridad?

El Código General del Proceso (en adelante CGP) entró a regir hace escasos meses en todo el territorio nacional y desde muy distintos círculos académicos, aplicativos y profesionales y con muy diversas posiciones, ha sido objeto de valoración. Por un lado están quienes saludan —en buenahora— su promulgación y, en otros ámbitos, quienes lamentan su entrada en vigencia, principalmente por la falta de infraestructura suficiente o por la imposibilidad de cumplimiento —ya que no existen los medios técnicos necesarios para su implementación— o, en general, debido a sus muchas evidentes inconsistencias.

Podríamos decir que por lo menos desde la expedición de la Ley 23 de 1991, esto es, durante los últimos 30 años, el criterio fundamental del legislador ha sido, por un lado, legislar tratando de imprimirle celeridad a los procesos y, por el otro, tratar de descongestionar los despachos judiciales; todo a como dé lugar. Entre los años 1991 y 2016, cada año y medio, promediando por lo bajo, ha cambiado sustancialmente el Código de Procedimiento Civil² (CPC) en cuanto al régimen de requisitos de procedibilidad, trámites asignados a un asunto, tasas por acceso a la justicia o la terminación o suspensión del proceso, así como a los tipos de procedimiento o las etapas del mismo, la tasación de bienes embargados a rematar o los requisitos de ejecutabilidad de obligaciones (casos como el de la contradictoria y permanente reforma a figuras como la perención en los artículos

.....
2 Además de la Ley 23 de 1991, podrían citarse, entre otras muchas otras normas que tenían como finalidad la descongestión de los despachos judiciales, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, la Ley 640 de 2001 por la cual se ordena el requisito de conciliación previa, el Decreto 131 de 2001, la Resolución 198 de 2002 del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Ley 794 de 2003, la parte procesal de la Ley 820 de 2003, la Ley 1116 de 2006, la Ley 1394 de 2010 sobre arancel judicial, la Ley 1395 por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, la Ley 1561 de 2012, la Ley 1563 de 2012, el Decreto 2677 de 2012, y la Ley 1564 de 2012, contentiva del CGP, así como, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la justicia, entre otras.

346³ y 347⁴ del CPC rayan en lo absurdo y donde parecía que se reformaba la ley dependiendo de lo que fuera más útil para el abogado de turno, de la comisión redactora o del Instituto Colombiano de Derecho Procesal), todo lo cual atentó gravemente contra la seguridad jurídica de los usuarios de la justicia civil⁵.

.....
3 "Artículo 346. *Perención del proceso*. Cuando en el curso de la primera instancia el expediente permanezca en la secretaría durante seis o más meses, por estar pendiente su trámite de un acto del demandante, el juez decretará la perención del proceso, si el demandado lo solicita antes de que aquél ejecute dicho acto.

El término se contará a partir del día siguiente al de la notificación del último auto o al de la práctica de la última diligencia o audiencia.

En el mismo auto se decretará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere, y se condenará en costas al demandante. Dicho auto se notificará como la sentencia; ejecutoriado y cumplido se archivará el expediente.

La perención pone fin al proceso e impide que el demandante lo inicie de nuevo durante los dos años siguientes, contados a partir de la notificación del auto que la decreta, o de la del auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, si fuere el caso.

Decretada la perención por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiere lugar.

Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los procesos en que sea parte la Nación, una institución financiera nacionalizada, un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial o un municipio. Tampoco se aplica a los procesos de división de bienes comunes, deslinde, liquidación de sociedades, de sucesión por causa de muerte y jurisdicción voluntaria.

En los procesos de ejecución podrá pedirse, en vez de la perención, que se decrete el embargo de los bienes perseguidos, siempre que no estén gravados con prenda o hipoteca a favor de acreedor que actúe en el proceso. Los bienes embargados no podrán embargarse de nuevo en el mismo proceso, antes de un año. Si en el trámite de las excepciones durante la primera instancia, el expediente permanece en secretaría seis meses o más, por estar pendiente de un acto del ejecutado, y el ejecutante lo solicite antes de que se efectúe dicho acto, el juez declarará desiertas las excepciones. El término se contará como dispone el inciso primero de este artículo.

El auto que decreta la perención es apelable en el efecto suspensivo. El que decreta el embargo en procesos ejecutivos en el diferido, y el que lo deniegue, en el devolutivo".

4 "Artículo 347. *Perención de la segunda instancia*. Con las excepciones indicadas en el inciso sexto del artículo precedente, a solicitud de la parte que no haya apelado ni adherido a la apelación, el superior declarará desierto el recurso cuando por la causa indicada en el artículo anterior, el expediente haya permanecido en la secretaría durante seis o más meses, contados como se dispone en el inciso primero del mismo artículo".

5 Desde la técnica legislativa y desde la Teoría de las garantías constitucionales no son pocas las voces que desde Radbruch, hasta Ch. Perelman pasando por supuesto por Karl Larenz y Robert Alexy, parecieran sugerir que las normas que menos conviene reformar frecuentemente son las normas procesales. En efecto, el procedimiento es la ritualidad que necesariamente debe estar fija en la ley y la constitución, por cuanto de ellos mismos va a depender la realización de los derechos sustanciales. La expedición, pero sobre todo la entrada en vigencia de una nueva norma, específicamente de carácter procesal, va a tener que estar acompañada de un plazo de tiempo razonable, de profusas campañas pedagógicas y de la interiorización de la ritualidad que, por supuesto, debe ser coincidente en cuanto a su comprensión no solo por toda la población sujeta a ella, sino en especial por los abogados litigantes y los profesores de derecho (Desde la terminación de la redacción del BGB en 1896 hasta su entrada en vigencia en 1900 se desarrollaron intensas campañas de discusión y pedagogía, a pesar de que el nuevo código no implicaba cambios estructurales de procedimiento judicial).

Según sus promotores, el CGP es por excelencia la materialización de esa intención de celeridad, descongestión y premura; pero no queda claro qué tan realizables son esas intenciones, ni mucho menos, qué tan constitucionales y coherentes son esas mismas finalidades y objetivos a mediano y largo plazo.

En efecto, esas intenciones de descongestión y celeridad, en una primera instancia y desde una perspectiva eficientista del Estado parecen objetivos muy deseables, pues entre más congestionados estén los despachos judiciales menos visible y accesible va a ser la justicia para los ciudadanos. Entre muchos factores, cabe mencionar el más simple: la percepción psicológica generalizada de que es mejor no acudir a una jurisdicción morosa. Ello parece, en principio, desdecir de la seriedad del Estado, si se parte de que se debería brindar un acceso razonable al aparato de justicia, siempre que la realización de los derechos sustanciales a través de los juicios son una de las primeras erogaciones que se derivan de un pacto social que, entre otras cosas, implica el pago de unos impuestos, que en nuestro país cada vez son más considerables y determinantes para el buen discurrir de la economía del ciudadano (Holmes & Sunstein, 2012, p. 81).

Sin embargo, si el punto se examina con un poco más de detenimiento, el Estado, por lo menos el colombiano, desde la expedición de la Carta Política de 1991, no está guiado de manera prevalente por una idea de eficiencia y eficacia, sino que, por el contrario, lo que se desprende de sus principios rectores es que este sea un Estado de derecho, donde, entre otros muchos derechos fundamentales, se ha postulado un debido proceso como elemento liminar regulatorio constitucional de todos los procedimientos, y en el que el derecho sustancial debe prevalecer sobre el procesal⁶. Así pues, desde una interpretación teleológica, la

6 Un Estado social de derecho como el colombiano se plantea justamente ser una república democrática, participativa y pluralista fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Constitución .Política, art. 1) así mismo este Estado social de derecho se ancla en la Constitución Política como norma de normas, en tanto que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (C.P, art. 4), cuya disposición constitucional particular en materia de garantías procesales es el artículo 29 que consagra en favor del ciudadano el debido proceso, el cual se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que implica igualmente que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público **sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Así mismo es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. Nótese como, la única expresión que sugiere la celeridad, tiene que ver con la de dilaciones injustificadas, que recién ha quedado

eficiencia y la eficacia deben ceder ante la realización plena y sobre todo certera de los derechos, tarea que como objetivo comporta la efectiva postulación, desarrollo y juiciosa realización de un instrumento: el debido proceso.

Ahora bien, teniendo claro que antes que rápidos, los procesos deben ser certeros, pues incluso los derechos sustanciales prevalecen sobre los procesales; cabe decir que la expresión “*debido proceso*” (*due process*) copiada de un sistema anglosajón bastante ajeno a nuestras raíces continentales (en donde cabe anotar que desde siempre se habló, incluso desde el derecho romano, de un juicio justo, que pareciera dar cuenta de una manera mucho más precisa de lo que conlleva ese concepto y contener nociones, incluso más precisas en ciertas aristas que otras, sobre lo que esas dos expresiones persiguen)⁷, parece haber hecho tránsito, de acuerdo a la jurisprudencia en vía de tutela de todas las altas cortes existentes en Colombia, a una observancia muy rigurosa de las formas. Esta rigurosidad por un lado se constituye en un derecho fundamental —porque así lo dispone expresamente el artículo 29 superior— pero, por otro, pareciera desprenderse —de la jurisprudencia de los cuatro periodos en los que ya parece plausible y aceptable temporizar los tipos de decisiones que han sido emanadas de la Corte Constitucional⁸— que la mínima inobservancia de esas formas estaría implicando automáticamente una violación inadmisibles al derecho fundamental al debido proceso dentro de un Estado (de derecho) que, a su turno, no solo terminaría minando el tratamiento igualitario de los asociados frente a él (artículo 13 superior) a nivel administrativo o jurisdiccional, sino que además corrompería,

subrayada, y que pareciera más aplicable a los procesos penales o disciplinarios, en general sancionatorios y que debería interpretarse sistemáticamente con el principio de habeas corpus, como en todo el constitucionalismo procesal comparado; pero en ninguna norma de la Carta, se privilegia la celeridad procesal como punto prevalente constitucional que deba guiar los procesos jurisdiccionales, menos aún civiles en nuestro país.

7 Sobre el particular argumenta Eugène Petit, en su *Tratado Elemental de Derecho Romano*, que la marcha del proceso en el derecho romano se realizaba a través de una serie de garantías tanto para demandante como para demandado, concretadas en la garantía de su presencia como necesaria y fundamental para el desarrollo del juicio. Explica que las partes están revestidas de las mismas oportunidades procesales para que sus correspondientes testigos acudan al juicio y rindan el correspondiente testimonio. También se precisa que el domicilio del demandado es inviolable en caso de inasistencia al juicio (Petit, 2007, pp. 619 - 620).

8 De 1992 a 1994 y de 1994 a 2000 parecieran haber sido los periodos más vanguardistas y proclives a ampliar decididamente el espectro de derechos. De otro lado en el periodo comprendido entre 2000 y 2008, se puede hablar de una Corte que, si bien es liberal, se lee un tanto más autorrestringida y, finalmente, en el periodo comprendido entre los años 2008 y 2016 resulta ser aparatosa cualquier clase de descripción, pero por lo menos se ha respetado mínimamente un precedente internacional de los tribunales constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos.

poco a poco, la conquista de los otros derechos más importantes incluso que el mismo derecho a ese debido proceso; pues solo es a través de los procedimientos jurisdiccionales, administrativos, legislativos (y lo que ha dado en llamarse procedimientos constitucionales) que pueden materializarse todos los otros derechos sustanciales, no solo fundamentales, sino incluso los que típicamente se discuten en las demás jurisdicciones ordinarias del país.

Entendidas así las cosas, una primera reflexión liminar y crítica de este texto, es que es entonces altamente incoherente que mientras en vía de tutela se protege por parte de la jurisdicción constitucional, de manera insoslayable, el derecho al debido proceso, entendido como la observancia absoluta y el respeto desmedido a las formas (todo lo cual reconduce incluso a nulidades procesales de rango constitucional que retrotraen los procesos a instancias ya cursadas —lo que por supuesto dilata enormemente los procesos—pero que en un sentido de coherencia constitucional es lo deseable)⁹, en atención a que el ritualismo es una de las principales garantías de la materialización de los derechos sustanciales¹⁰; sea la misma Corte Constitucional quien haya declarado exequible y constitucional la expedición de normas procesales de rango legal que tengan como fundamento y objetivo principal imprimirle celeridad a los procesos, por un lado, y por el otro, descongestionar los despachos judiciales al costo que sea necesario¹¹, sin tener en cuenta suficientemente, otra serie de criterios y elementos prevalentes, como la certeza del derecho sustancial y la prevalencia de la verdad material que deberían desprenderse de la labor jurisdiccional constitucional y ordinaria; y que, al parecer, sí son tenidos en cuenta de manera prevalente en la jurisprudencia de tutela de esa misma corporación¹². Nótese como, por ejemplo, las sanciones por

9 Nótese como esas mismas decisiones muy puntualmente han puesto la celeridad por encima del respeto de las formas, y cuando lo han hecho, ha sido en materia de procesos sancionatorios contra personas naturales, casi nunca en procesos sobre contratos o propiedad, esto es, en procesos pertenecientes a la jurisdicción civil o comercial.

10 Sobre el particular se pueden referir las sentencias C-475 de 1997, C-648 de 2001 y C-633 de 2012.

11 Se resaltan las sentencias C-037 de 1998, C-249 de 1999 y C-826 de 2013.

12 Tanto es así que la Corte Constitucional ha determinado y variado sus criterios para admitir la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues ha pasado de la tesis de la vía de hecho a la construcción dogmática de los defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. Es así como en sentencia T-1216 de 2005, la Corte Constitucional arguyó que “se llena de contenido la aplicación de los supuestos de procedibilidad de la tutela *contra sentencias judiciales* mediante el estudio material del defecto del que presuntamente adolece el fallo (*superando la tesis de la vía de hecho como violación grosera y flagrante del orden constitucional por parte del operador judicial*). Esto es, se precisa concretar su dimensión como error frente a lo que dispone el orden constitucional (...)

inasistencia a las audiencias estarían desconociendo esos dos principios constitucionales, que luego podrían (como bien ha ocurrido en infinidad de procesos) ser atacados por vía de tutela, con decisiones constitucionales a favor del ciudadano sancionado; efecto que, entre otras cosas, dilataría mucho más los procesos.

Sin pretender entrar en diatribas innecesarias, lo que parece ser cierto es que la comisión redactora del CGP incurrió, como ya ha ocurrido anteriormente, en no pocas inconsistencias y en algún grado de irresponsabilidad al pretender dar saltos significativos no solo en términos de celeridad por vía de oralidad —intención legislativa que, como recién se evidencia, desde 1992 parece ser abiertamente inconstitucional, amén de la inobservancia de ciertos elementos en la propia jurisprudencia sobre el tema, emanada de la misma Corte Constitucional— sino al tratar por la fuerza de implementar, lo que, si se me permite, desde ahora llamaré “*cambios culturales arbitrarios*” que pareciera son imposibles de llevar a la práctica, como adelante se pondrá específicamente de presente.

¿Precedente riguroso o celeridad a través de audiencias únicas?

Este texto quiere acentuar uno de esos elementos que ha sido dejado de lado por el legislador. Se quiere poner de presente una implementación del CGP que, en principio, en estos seis meses, de enero a junio de 2016, parece pasar inadvertida aunque ha implicado una grave complejidad en términos aplicativos del derecho. Tal aplicación no ha tenido en cuenta acervos culturales muy importantes, en especial, del derecho judicial que, por antonomasia, debería ser el que prime en un código que, para parafrasear al casacionista Piero Calamandrei, está dirigido en un todo al juez, aplicador del derecho procesal por excelencia.

Esa implementación es por cierto ilógica e incongruente pues, por un lado, el CGP exige la oralidad como presupuesto de la celeridad, incluso sancionando disciplinariamente al juez que no la aplique a rajatabla o que sistemáticamente suspenda audiencias; mientras que otra parte del código también impone sanciones

Es indispensable que *de dicha situación* se desprenda una clara *vulneración a la Constitución*.” Así mismo la Corte constitucional en sentencia T 078 de 2014 afirmó sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que “*cuando se comprueba la existencia de una de las causales materiales que se señalaron, se atenta contra uno o varios de los elementos constitutivos del debido proceso y por lo tanto, no sólo se justifica, sino se exige la intervención del juez constitucional*”.

al juez que desconozca el precedente o se aparte de él injustificadamente¹³. Sin embargo no queda claro en esa contradicción cómo el juez inferior, obligado al precedente, ha de consultar el estado de las cuestiones en cuanto a la vinculatividad u obligatoriedad precedencial: ¿cuál ha de ser el receptáculo de la decisión vinculante para el juez? Recordemos que la escrituralidad ha quedado casi prohibida, entonces, ¿Cómo ha de ser consultada por el juez inferior, que pretende seguir ese precedente, la decisión superior anterior que lo ata? ¿Qué parte de la decisión ha de vincular entonces al juez inferior en sus futuros fallos?

Si la escrituralidad ha quedado condenada al ostracismo en el CGP y no parece sensato ni adecuado que la doctrina probable o el mal llamado *stare decisis* sea consultado en un video de una audiencia o en una cinta magnetofónica de la misma, se han impuesto por parte del CGP, cargas y deberes altamente gravosos, en términos aplicativos en contra del juez¹⁴. Pero esas cargas funcionales o del trabajo parecieran ser lo menos trascendente a la hora de analizar la enjundia y la seriedad no solo de los fallos, que deben ser ya no escritos sino orales, sino del CGP mismo.

A esta altura es necesario acotar que todo pareciera indicar que los precedentes que el CGP ordena que han de ser observados son los apuntados por la Corte Suprema de justicia, si es que en una presunción de rigor se debe partir de que el legislador profirió normas teniendo en cuenta las decisiones jurisdiccionales sobre precedente, por ejemplo, la sentencia C-836 de 2001 en la que, entre otras,

.....
13 Al respecto cabe destacar, por un lado, el artículo 191 del CGP, el cual le endilga al juez la obligación perentoria de fallar en primera instancia en un tiempo máximo de un año contado desde la notificación de la demanda o del mandamiento de pago según sea el caso; y por el otro, el numeral 6 del artículo 45 ibídem, disposición que le da un carácter mucho más vinculante al efímero y esquivo concepto de la doctrina probable del artículo 10 de la Ley 57 de 1887. Dos nuevos cambios normativos introducidos con el nuevo estatuto procesal que, a todas luces, le dan más importancia a cuestiones procesales que sustanciales.

14 Precisamente, los cambios normativos realizados por el CGP, en punto de la forma en cómo se documentan las actuaciones procesales son numerosos y de gran trascendencia. Al respecto, no solo hay que mencionar el hecho de que la transición a la oralidad (situación que inició formalmente con la Ley 1395 de 2010), conllevó, de suyo, no solo la implementación de audiencias, sino también la forma en como las mismas se archivan en el expediente. En efecto, el artículo 107 ibídem eliminó el acta escrita del CPC, y en cambio de esta, dispuso la grabación a través de audio, video o similares, como único medio para hacer la mencionada documentación. Inclusive, el numeral 6° de la norma comentada proscribía expresamente la reproducción escrita de las audiencias y diligencias. Uno de los pocos rastros de la escrituralidad que parece haber dejado el CGP al respecto, es que, de manera excepcional, se puede documentar el desarrollo de una audiencia o diligencia, siempre y cuando se tengan fallas en la implementación de la grabación audiovisual cuando esas actuaciones se realicen por fuera del despacho judicial. Aun así, en esos eventos la mencionada acta tan solo servirá para documentar ciertos aspectos de la audiencia o diligencia, mas no la ejecución de las mismas.

se declara exequible la comprensión del precedente en Colombia y especialmente la de la doctrina probable¹⁵.

En general, coinciden los procesalistas en admitir que la finalidad misma del CGP fue la de implementar la oralidad en todo el ámbito judicial nacional, partiendo de que esa innovación desembocaría en un efecto claro: celeridad jurisdiccional. Con ese propósito pareciera haber sido expedido el CGP, entre otras, a instancias de no pocas entidades y organizaciones internacionales como USAID, quien desde los años noventa del siglo pasado, procuró instaurar en toda Latinoamérica los principios, métodos y epistemes dominantes en el derecho anglosajón, específicamente el de los Estados Unidos de América¹⁶.

Aclarado lo anterior, es necesario reiterar que existe, o un vacío, o una contradicción interna en el CGP, pues si constituye falta disciplinaria suspender las audiencias o hacer anotaciones durante el procedimiento —que debe ser siempre oral y cuando lo apropiado es grabar en sistemas magnetofónicos o en video el desarrollo de la audiencia— y, por otro lado, se ordena seguir el precedente de manera rigurosa para poder coordinar el sistema jurisdiccional en cuanto a su coherencia decisional, se ha dejado, a lo sumo, un vacío de no poca monta: la seguridad jurídica que pareciera promover el seguimiento riguroso del precedente, quedó desvertebrada por la orden lapidaria de “*no escrituralidad*” en el procedimiento.

15 Sobre el particular revisar el análisis que sobre la sentencia C-836 de 2001 realizaron Julián Caballero Nuñez, Iveth Rodríguez Muñoz y Rodolfo Pérez Vásquez en su artículo: *Análisis de la jurisprudencia C- 836 de 2001 emanada de la Corte Constitucional*. Recuperado de https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-5-no-9/art-6.pdf. En efecto, en el nuevo artículo 333 de la Ley 1564 de 2012 contentiva del CGP y que modificó el artículo 365 de nuestro anterior código de procedimiento civil, se leen, entre otros, como fines del recurso de casación los dos siguientes: **proteger los derechos constitucionales** y **unificar la jurisprudencia nacional**. El primero de los mencionados es una novedad, en tanto que el segundo es uno de los ya clásicos objetivos del recurso de casación.

A su vez el artículo séptimo del mismo ordenamiento prescribe que: “*los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina*”. Así mismo indica que “*cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos*”. Finalmente la normatividad indica que “*el proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley*”.

16 Ha sido evidente la influencia de los Estados Unidos de Norteamérica quien a través de agencias como USAID, ha realizado seguimiento estricto a las reformas legales procesales en Latinoamérica. Cfr. proyecto de seguimiento de las reformas procesales penales en las Américas. Consultado el 5 de septiembre de 2016. Disponible en: http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/Pnacy354.pdf. Nota sobre USAID y las experiencias de reformas procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia disponible en: <http://www.bivica.org/upload/reforma-procesal-experiencias.pdf>

¿Qué debe hacer entonces un juez para, primero estudiar y luego decidir, que precedente (o que parte del mismo) le ata en un caso nuevo por fallar, respecto de la jurisprudencia vinculante anterior y teniendo en cuenta lo ordenado por el CGP?

Desde no pocos frentes se han desarrollado resistencias frente a la comprensión que debe otorgársele al CGP a este respecto. Pero sin entrar en más ambages, debería ponerse de manifiesto que no es una necesidad de la Corte Suprema en sus tres salas de decisión, ni una tozudez de las salas de decisión de los Tribunales Superiores, su actitud de seguir profiriendo sentencias escritas que, a lo sumo, dentro de las audiencias, simplemente se leen. Al analizar los dos grupos de normas anotadas al pie precedentemente, se llega, en efecto, a una pregunta interesante: ¿Dónde podrán consultar los jueces, los precedentes respectivos?, ¿cuál será el adminículo, el archivo o el repositorio institucional típico de consultación de las providencias que constituyen doctrina probable y que vinculan a los jueces inferiores en sus futuros fallos?

La cuestión, sin embargo, encierra un punto que es mucho más complejo. No es una simple discusión legislativa sobre el quehacer jurisdiccional. En efecto, a diferencia de lo que a primera vista pudiera pensarse, no se está frente a una simple modificación del obrar del juez. A continuación, trataré de demostrar que más que una norma sobre las audiencias obligatorias, y el contradictorio y obligatorio precedente, lo que al parecer sin mayor enjundia y detenimiento estaría modificando el disoluto CGP, es una episteme cultural de enorme, profunda y antigua trascendencia.

¿Qué tan grave es el problema y cuáles son los límites interpretativos de las reformas?

Siempre que se expide una norma jurídica nueva, le compete a la dogmática una función interpretativa, o mejor aún la adecuación de su interpretación. Esta tarea implica minuciosas labores, como la de explorar comparativamente con la correspondiente norma derogada, las razones que tuvo en ese entonces el legislador para realizar la modificación y, paso seguido, contraponer una hipótesis que consolide la nueva norma en un contexto dado. Una conclusión es imperiosa: la regulación dada por la anterior norma a la respectiva situación resultó insuficiente

o a lo menos inadecuada. Sin embargo una detallada exposición de cada una de esas tareas resultaría ser un tema extenso e inadecuado para un espacio tan corto como es el de esta sencilla disertación y sobre todo en lo que refiere no solo a una ley, sino a todo un código, como es el CGP.

Sin embargo, un punto que llama poderosamente la atención, desde la *lege ferenda*, esto es, desde la lectura de lo que resultaría deseable que ocurriera con el derecho, por parte de la dogmática, en el caso de la norma citada, son los así denominados por Karl Larenz (1995) en su obra *Metodología de la ciencia del derecho* o *Methodenlehre*, criterios teleológico objetivos.

Al respecto menciona Larenz, citando al profesor Friedrich Müller, en su obra *Estructura de la norma y normatividad*, que:

La norma jurídica no es ninguna forma encasquetada autoritariamente en la realidad, sino una consecuencia ordenadora y reguladora proveniente de la estructura objetiva del propio sector regulado, comprensión que a todas luces, por supuesto, deja traslucir una profunda visión hegeliana de la legislación (...) Las estructuras objetivas previamente dadas del sector normativo a regular son de hecho, criterios objetivos de interpretación, porque su observancia, en orden a la interpretación, resulta que en la ley respectiva se propone una regulación más adecuada del asunto. Cuando el legislador, debido por ejemplo, a un fin considerado provisional, ha querido consciente y perceptiblemente sobreponerse a tales estructuras, ellos no son criterio alguno de interpretación” (Müller citado por Larenz & Canaris, 1995, pp. 332 y ss.).

Aplicando al caso el método recién propuesto, cabe anotar entonces que se exige, en multiplicidad de normas, que se practique la oralidad, que incluso todo el trámite se procure en una única audiencia sin interrupciones, sin suspensiones, sin distractores que obvian la profundidad decisora del fallador, en su defecto en dos audiencias: una preparatoria que simplemente evacuaría la posibilidad de conciliación, fijaría los puntos en litigio y prepararía el espectro probatorio y una segunda audiencia de evacuación de pruebas, alegaciones y fallo.

Pero desde ya se notan graves inconsistencias en semejante pretensión del legislador; pues si lo que se pretendía era emular el sistema jurídico norteamericano, debió tener en cuenta y recordar el legislador que en los procedimientos por audiencias en casi todos los estados federados de los Estados Unidos de Norteamérica, e incluso en ese mismo país, a nivel federal, no solo es posible sino deseable una serie de suspensiones a la audiencia, que van a permitirle a las

partes analizar y discutir de una mejor manera las pruebas, recabar y rehacer para mejorar y delimitar los interrogatorios de la contraparte y sobre todo de testigos (Radbruch, 1999). Así mismo, la audiencia de fallo, luego de muchas audiencias divididas o suspendidas, es lo que va a permitir la aplicación del principio de inmediación y concentración: así, tanto el juez como los jurados de conciencia, pero también las partes, los fiscales y defensores, podrán hacer un estudio completo, detallado y minucioso de todo el acervo probatorio y la posibilidad de modificar los criterios que inicialmente se tenían sobre la naturaleza y peso del litigio. En Colombia todo eso le ha quedado prohibido al juez y a las partes so pena de incurrir en una falta disciplinaria (Véase Num. 2 art. 107 CGP).

Por supuesto, en las indagaciones previas para confeccionar este escrito — que no pretenden constituir un estudio científico estadístico ni un estudio de caso— nos fue posible escuchar a jueces y magistrados que saludaban entusiasmados esta modificación, pues como ellos mismos lo referían —no sé si siguiendo a Dworkin o no— existen asuntos muy fáciles, muy sencillos, en familia o en civil que pueden ser fallados desde que se tiene (completa) la contestación de la demanda. “Todo —sugerían— puede hacerse en una sola mañana o tarde”. Sin embargo, al cuestionarlos sobre la complejidad un poco mayor de cualquier asunto sometido a su conocimiento, por lo menos dudaban o manifestaban preocupación, cuando se les ponía de presente que una suspensión de la audiencia podría implicar estar incurso en faltas disciplinarias. Admitían que, definitivamente, el sustanciador o el auxiliar, o incluso ellos mismos como jueces, deberían, no solo estudiar juiciosa y previamente el caso sino, incluso, de manera tentativa, proyectar la sentencia estimatoria o desestimatoria que se expediría dependiendo de cómo se desarrollase la audiencia de evacuación de pruebas y fallo. Todo lo cual demuestra, por su propia evidencia, qué tan poco propende el CGP, cuando es llevado a la praxis, por la seguridad jurídica sustancial final y certera¹⁷. Nuestros jueces, en efecto, contrariando tal vez la lógica intención del CGP, no fallan en

.....
17 La mayoría de los jueces, incluso de los litigantes indagados, concluían en general con cierto tiento, que en casos especialmente complejos, era claro que los desarrollos deberían seguir siendo escritos, porque por más buenas intenciones que pueda tener el CGP, a la hora de resolver coherentemente asuntos muy complicados, es mejor tener un soporte escrito que permita guardar no solo la lógica mental que se identificaba con la escrituraria y consecuencial de derechos declarativos, constitutivos y derivados de los anteriores, sino sobre todo la lógica lectora de quien debe entender por qué ganó —y por encima de todo— por qué perdió el proceso: lo otro sería claramente una violación a un derecho al debido proceso. Contradictorio en todo sentido con los pensamientos de grandes autores que ven en la escritura un proceso anquilosado y en la oralidad el proceso del futuro.

audiencia tras evacuar las pruebas, sino que a la audiencia llegan con uno o dos proyectos de fallo contradictorios que no gravitan sobre la confrontación probatoria y jurídica sustancial, sino sobre la suerte o calamidad que acompañe durante la evacuación de las pruebas, a cada una de las partes. Pero tampoco es su culpa: nunca fueron formados en un ámbito de oralidad y cuando el CGP se los requirió, no les permitió amoldarse calmadamente a él, sino que el deber que se les impuso, fue, correr de manera desmedida.

Desde el punto de vista de la legitimidad democrática o desde la *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy (1997)¹⁸ o desde la *nueva retórica* de Ch. Perelman (1970)¹⁹ sería una afectación a la parte vencida obviar, por inocuas, las razones de la decisión judicial que ha negado su defensa exceptiva o su pretensión. Adicionalmente a lo anterior, todos los jueces consultados coincidieron que para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en materia de precedentes era totalmente deseable que las sentencias que deberían ser seguidas, continuaran siendo proferidas de manera escrita, pues solo la forma lectora de consultación de un texto escrito iba a permitirles a los jueces inferiores determinar, hacia futuro, no solo la corrección de la decisión, sino establecer las partes del fallo que se deberían respetar en futuros casos, esto es, que resultaban (o deberían resultar) vinculantes²⁰.

Creo que en ese punto se llegaba a la esencia del asunto: la indicación, un tanto intuitiva, de que a mayor dificultad del caso es preferible asumir una actitud escritural, nos reconduce no solo al trasfondo de la inadecuación regulatoria del CGP, sino a otro contexto mucho más delicado, complejo y extenso que, por

18 Alexy en su obra señala que la argumentación práctica general necesaria en el discurso jurídico tiene lugar según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Estas formas especiales llevan tanto a una consolidación como a una diferenciación de la argumentación (p. 277).

19 Al respecto Perelman (1970) sustenta que el lenguaje y la argumentación al ser desarrollados en el marco del proceso son la necesaria garantía que tienen las partes para persuadir y convencer, pero se les niega su defensa o pretensión efectiva al no poder construir y amalgamar toda una estructura argumentativa por hacer prevalecer la celeridad de los procesos.

20 Es evidente que a través de la sentencia escrita son identificables y deducibles de una manera más lógica y científica tanto la *ratio decidendi* como los *obiter dicta* de la misma. La *ratio decidendi*, la razón fundamental para la decisión del caso que construye continuamente el derecho desde la jurisdicción convirtiéndose en la norma concreta para el caso, vinculante y efectiva, cuya interpretación se incorpora al ordenamiento jurídico en su conjunto. De otro lado, las *obiter dictas* constituyen los dichos al pasar, es decir, todas las argumentaciones que el operador judicial realizó durante su sentencia pero que no tienen carácter vinculante, sino que son argumentos adicionales o, si se quiere, auxiliares de la *ratio*, y que en unas u otras ocasiones pueden pretender dotar de mayor o menor consistencia el fallo.

supuesto, yace por fuera de lo jurídico: la cultura como presupuesto epistémico de la juridicidad y la escrituralidad como vehículo de esa relación cultura-derecho, que nunca ha dejado de ser problemática, en los dos sistemas epígonos y herederos del derecho romano: el sistema continental europeo y el sistema del *Common Law*.

La complejidad epistemológica y cultural de exigir la audiencia como método

Exponer *in extenso* la dicotomía o mejor la ambivalencia de qué sería mejor: si la oralidad o la escrituralidad, pareciera ser el camino más largo y más inadecuado para brindar una solución, al menos plausible, al problema; sin embargo, sin pretender entrar en esas honduras, se podría afirmar sin temor a mayores equívocos que nuestra cultura jurídica, esto es, la cultura jurídica “*subsuntiva*” continental europea, siempre, desde la concepción misma del *Corpus Iuris Civilis Justiniano*, estuvo fuertemente atada a la escrituralidad²¹.

Pero adicionalmente es necesario acotar que *per se* no es posible —y tampoco es lo que pretende este escrito— adjudicar bondades o peligros a la oralidad o a la escrituralidad romanas; semejante tarea, sería un abierto despropósito. Lo que sí es susceptible de ser descrito, a manera de episteme que no puede ser desconocida, es la cercanía de un sistema jurídico como el nuestro, esto es, el continental europeo, a una de las dos formas convencionales de comprensión cultural mencionadas: la oralidad o la escrituralidad.

En efecto, los sistemas jurídicos occidentales han oscilado desde los más reconditos y oscuros tiempos entre la oralidad o la escrituralidad, sin embargo, el

.....
21 En efecto, la misma misión recopilatoria emprendida por Justiniano y sus escribas, de por sí, comportó una posición dogmática intelectual de gigantescas proporciones como bien, entre muchísimos otros, Schiavone (2012) en su obra *Jus* lo expone lapidariamente, y la misma solo podía ser llevada a cabo a través de la recopilación escrita: No solo fue una recopilación resumida, fueron opciones para postular algo, desechar, reducir, resumir y, por supuesto, crear un receptáculo jurídico de catorce siglos de historia jurídica romana.

Una investigación más abarcadora en el tiempo antiguo parece conducir al vacío, pues si bien es posible describir que, como Werner Jäger lo expone en *Paideia*, los griegos ya en el tiempo antiguo de su cultura, aprendían a leer en la misma ley, todo lo cual, tenía unas intenciones integracionales sociales y pedagógicas de inmensas proporciones, no lo es menos que esos datos resultan, hoy por hoy, difícilmente verificables. Así mismo se podrían tener presentes las *institutas* de Gayo y la cultura escritural del senado romano y de algunas sentencias famosas en Roma o de la fijación de normas por escrito como las de las doce tablas; por el contrario parece ser unánime la comprensión de que el derecho pretoriano se desarrollaba principalmente por audiencias. En tiempos del Imperio absoluto de Roma se realizó la extracción y recopilación de jurisprudencia de forma que la práctica se viera facilitada (Iglesias, 1997).

sistema romano germánico inquisitorial pareciera haber estado mucho más ligado a la escritura como modo de materializarse (Zimmermann, 2001)²². Una cultura legalista sería el primer argumento de peso —pero no del todo claro en un sistema de fuentes complejo— que permitiría entrever la necesidad de que un texto estuviera prescrito para poder, luego, encontrar aplicación a un caso: El mismo principio de *Nullum Crime, Nulla pena sine lege previa*, nos ofrecería indicios, brindaría intuiciones sobre de la importancia de la escrituralidad en la cultura continental europea. La misma idea de silogismo aristotélico, la forma de razonamiento *ponendo ponens* y el principio de tercero excluido partirían de un prefacio según el cual, la premisa mayor debe ser algo fijo e inamovible: *Todos los hombres son mortales*, pero ese imperativo categórico al saltar a un texto normativo de carácter jurídico conllevaría la imposibilidad de demostración empírica universal; pero de él, sí que podría hacerse —dentro de un arbitrio legislativo legitimado, dentro de un Estado de derecho, por supuesto democrático— una verdad indiscutida para todo el conglomerado social, digamos: *El que incurra en homicidio estará sujeto a una pena*. Por supuesto, la única manera de hacer indiscutible esa premisa mayor, consistía en su positivización, entendida como la redacción definitiva (y definitiva) de esa concepción y de ese contexto en una norma antecedente a la ventilación de los juicios que pretendía prever y por supuesto juzgar (Cfr. Perelman, C. 1970, pp. 9 y ss). Prácticamente, los procesos judiciales versarían pues sobre la construcción (adecuada y por supuesto certera) de la premisa menor: y en ella verificar que *X* sí incurrió o no en homicidio, que a la postre sería una conclusión probatoria del proceso que ameritaría una aplicación estricta del efecto jurídico previsto por la ya “inamovible e indiscutida” premisa mayor convertida en ley (y solo por esa virtud en un axioma irrefutable). Todos los jueces y juristas occidentales continentales obramos con esa lógica (Perelman, 1970)²³.

22 El mismo Zimmermann en su obra de 2001, da cuenta de que la preponderancia que se le daba en Roma a su Derecho llevo a que el desarrollo jurídico de las primeras culturas europeas del siglo XIX se viera fuertemente permeado de ese positivismo legislativo.

23 En ese ámbito, llama la atención —haciendo un salto desde los principios medievales o renacentistas del derecho penal continental a las más modernas motivaciones legislativas norteamericanas— que se haya expedido en el país más emblemático de la oralidad —luego de la misma Inglaterra, por supuesto— un código de comercio unificado. En efecto, las complejas controversias que sobre los fallos contradictorios se producían para mitades del siglo XX entre las más de 50 jurisdicciones estatales norteamericanas, y que no permitían, entre otras cosas, llegar con algún grado de satisfacción a todos los involucrados en los largos *Trials*, procesos y juicios en Norteamérica, fueron el acicate último que desembocó en la redacción de un Código de Comercio Unificado (UCC) para todos los

La escrituralidad como núcleo de la cultura occidental: Sentencia oral o escrita

Sentencia oral o escrita

Pero hasta ahora pareciera que, a pesar de haber dicho anteriormente que la discusión yacía en un punto externo a lo jurídico, he tratado de seguir ofreciendo argumentos puramente jurídicos. No es sencillo encontrar argumentos culturales y sociológicos que permitan afirmar de manera definitiva que para nuestro sistema jurídico es mejor mantener un decisionismo escrito por encima del oral, salvo por la infinidad de razones, repito, más intuitivas que dogmáticas que liminarmente han quedado arriba mencionadas²⁴.

El centro argumental de la discusión pareciera entonces estar aún más allá y al respecto es necesario anotar que existen diferencias en como razonamos en cada uno de los dos posibles escenarios: En efecto, es evidente que no es lo mismo hablar que leer y escribir. Esa afirmación parece un tanto atrevida, sin embargo es precisamente eso lo que ha consolidado la cultura de Occidente, como ahora intentaré demostrarlo.

Famoso es el aforismo anónimo, tal vez latino, que lapidariamente ponderaba: "*Si no lees, no sabes escribir. Si no sabes escribir no sabes pensar*". Edmund Husserl (1913) escribe en su *Lógica formal y Lógica trascendental*: "El pensamiento siempre se hace en el lenguaje y está totalmente ligado a la palabra. Pensar, de forma distinta a otras modalidades de la conciencia, es siempre lingüístico, siempre un uso del lenguaje" (p. 6). Por supuesto, todos coincidimos

Estados federados, lo que constituyó una serie de premisas mayores, inamovibles e inmodificadas, que redujeron en casi su totalidad los interminables dislates y aparatosos incordios de la jurisdicción americana.

Por supuesto es necesario admitir que no han dejado de ser necesarias más de veinte modificaciones a su contenido desde su creación hasta el día de hoy, pero creo que la existencia del mismo UCC es un argumento de mucho peso, que nació inesperadamente como una hermosa flor legalista en el más árido desierto del sistema precedencial anglosajón; y, sobre todo, contra todos los pronósticos: Si hasta los más reacios defensores del precedente terminaron legislando, ¿será prudente abogar por la oralidad y el precedente? me permito mantener mis reservas.

24 Por supuesto una razón previa adicional y aún jurídica, es que la seguridad jurídica seguirá siendo mucho más indiscutida al tener un adminículo que condensa de manera sopesada las razones de por qué se otorgó el derecho a una parte y no a otra, pero el argumento es débil si se recuerda que, en rigor, lo propio podrían hacer el juez y las partes al escuchar o visualizar la grabación correspondiente. Sin embargo, es en este punto, al parecer, donde ha desembocado el análisis de la Corte Suprema, a través de sus Salas y de los Tribunales a la hora de seguir entregando al expediente, y por ende a las partes, un documento escrito que pueda, desde su proferimiento y para siempre, ser consultado.

en que la mejor forma de plasmar las ideas más claras, decantadas y perfiladas, siempre estuvo ligada a la hilación que la escritura brindaba.

El encuentro con el lenguaje razonado y confrontativo merece un espacio de concentración: un encuentro a fondo con la mente de un autor que puede haber muerto hace cientos o miles de años, pero que vive, al menos meméticamente, en el texto que se trasvasa a nuestra mente. La legislación escrita, por antonomasia, era un texto que a través de la claridad y la *sindéresis* pretendió seguir expoliando un orden justo, incluso para generaciones venideras; y por lo mismo es entonces altamente encomiable la tarea del juez, cuando de buenas a primeras pretende aplicar un código civil de 1835 (original chileno) o mercantil de 1957 (cuando la comisión redactora del Código de Comercio, bajo la presidencia de Álvaro Pérez Vives, terminó de redactarlo).

Al respecto, luego de toda la necesaria disquisición anterior, ha de mencionarse que lo que deberá emprenderse es un trabajo de semiología jurídica o, mejor aún, de semiología judicial: o aún más claro y restringido, de semiología jurisdiccional, en el entorno etnográfico del Occidente continental, lo que implica descifrar cuál es el certero papel de los símbolos, por supuesto escritos, en la costumbre jurisdiccional de Occidente y por qué modificar ese papel sería para ciertas actividades judiciales sumamente gravoso.

En general, estaríamos todos de acuerdo en admitir, como en algún punto lo proponían un par de pensadores contemporáneos como Foucault (2012) o Steiner (2002), desde diferentes vertientes, perspectivas, tiempos y comprensiones, que vivimos en una logocracia, donde el más poderoso es el logócrata, para entender por tales cuestiones a una forma de Gobierno, incluso a una organización social basada en el símbolo y en la cual, el sujeto que mejor dominara la comprensión de esos mismos símbolos, era quien más poder o incluso micropoder podría aglutinar. Semejante descripción pone mientes en un criterio que, por lo demás, pareciera se pasó inadvertido cuando se hicieron cosas importantes para una sociedad como, por ejemplo, legislar, específicamente en el CGP.

El logos por excelencia, esto es, el símbolo que permite la comprensión de Occidente, es por supuesto el símbolo escrito (Eco, 1994), la división entre prehistoria e historia pareciera dejarlo claro. Es el símbolo, lo que de una manera pragmática, permite asimilar cómo comprendieron las sociedades su entorno, pero además de comprenderlo cómo pudieron abstraerlo y, por supuesto,

plasmarlo. Hoy en día solo podemos partir de nuestra asimilación de las culturas antiguas para aproximarnos a su comprensión del mundo. La importancia de la escrituralidad, no solo es un tema jurisdiccional, sino eminentemente cultural.

En uno de sus más hermosos discursos, el Alexandrino (2004), Umberto Eco —por lo demás el más grande semiólogo de nuestro tiempo, fallecido a principios del año 2016— realizó un singular recorrido por la historia del símbolo, para llevar a su justa proporción la grandeza del libro escrito; y, de manera transversal, por supuesto, de la escrituralidad. Así, relata Eco como en el *Fedro*, Platón nos cuenta la charla sostenida entre Hermes y Thamus cuando aquel ha inventado la escritura y la preocupación de este, por todo lo que ese peculiar invento desencadenaría, pues la escritura claramente pervertiría la memoria y por ende al parecer para el gran Faraón, en principio no era del todo buena²⁵. La memoria, parecía entonces, era algo preferiblemente cultivable a la escritura y por supuesto a la lectura, a la vez que estas dos prácticas mucho podrían guardar de deleznable.

A su turno, continúa la descripción —muy bien escogida por Eco— el sacerdote Claude Frollo en la famosa novela de Victor Hugo, *Nuestra Señora de París* que transcurre en el siglo XV, se lamenta frente a las torres de su catedral, una vez se ha dado a conocer un invento ominoso: la imprenta de caracteres móviles de Johannes Gutenberg; y se lamenta por cuanto esa invención iba a acabar con “todo y el único” conocimiento necesario para la humanidad, que por supuesto, como lo intuye ya el lector, estaba recopilado en las catedrales y sus imágenes grabadas, que guardaban un conocimiento escrito de manera simbólica: era como ver televisión —nos relata Eco— pero en imágenes fijas y continuas y, por supuesto, también herméticas. En efecto, en la Edad Media, el libro, como dispositivo intelectual, estaba restringido a una muy eximia y reducida categoría de personas que sabían leer y escribir. Al resto de la población solo se le enseñaba a través de las representaciones permanentes contenidas en las imágenes y símbolos de las catedrales, todo lo que parecía necesario para una vida buena, cristiana y tranquila²⁶. Similares visiones preocupadas, o más aún, apocalípticas se redac-

25 “Mi experto Theut —le dijo— la memoria es un gran don que debe vivir gracias al entrenamiento continuo. Con tu invención las personas ya no se verán obligadas a ejercerla. Recordarán las cosas, pero no por un esfuerzo interno sino por un dispositivo exterior” (Eco, 2004, citado por *El Malpensante*, 52 febrero-marzo 2004, pp.17-25).

26 Entre los siglos XI y XX, esa convicción medieval recondujo una gran cantidad de literatura no solo científica sino esotérica, estando entre los más famosos mitos al respecto, la fundación de la masonería y el texto titulado

taron en el siglo XX, respecto del libro, cuando aparecieron, no solo la televisión, sino la fotocopiadora, el computador, la internet, los canales permanentes de información y toda la multimedia interactiva que hoy invade nuestra vida a través de celulares, tabletas y cualquier cantidad de tecnología y dispositivos expeditos de la transmisión de datos, que ahora nos bombardean egoístas²⁷. Pero Eco concluye en su escrito que a todas esas tecnologías les resultó imposible reemplazar al libro, así como a este le resultó imposible, a su vez, reemplazar la complejidad semiótica y epifánica de las catedrales que no por la existencia y popularidad de los libros impresos dejaron de construirse, como bien nos lo evidencia la ya eternizada construcción de la *Sagrada Familia* de Gaudi en Barcelona o de muchísimas otras alrededor del mundo católico que, de una u otra forma, hoy siguen su trasegar descriptivo. Pero a su turno, así como estas y su simbología, las lenguas escritas vivas o muertas —el gran artificio del lenguaje simbólico y escrito— nunca pudieron reemplazar en ninguna cultura, ni oriental, ni occidental, la idea, la recordación, la memoria y por supuesto el raciocinio. Antes, por el contrario, cada uno de esos mecanismos —parece sugerir Eco— contribuyó de una u otra manera a su sofisticación; cada vez más fue inconmensurable el conocimiento. En efecto, se pasó de saber unas cuantas cosas como las historias de la biblia, la noción de moral, ética y antiguo y nuevo testamento, la posible figura de los ángeles grabados junto a las diabólicas gárgolas en las catedrales, a conocer la utilidad de las plantas, luego la botánica, al conocimiento referido a un tema y, así, surgió la monografía; y, muy lentamente, se saltó al enciclopedismo y de allí a una especialización del conocimiento cada vez más revolucionaria, más rápida, más compleja: la biotecnología y la creación de nuevas especies vegetales en laboratorio, por ejemplo, si se quiere. Y hemos arribado a las rutas virtuales que permiten la creación permanente incluso de realidades alternativas, siempre narrativas, lineales o espectrales, acéfalas e interactivas —pues uno de los grandes

“El misterio de las catedrales” confeccionado por un tal Fulcanelli que aún hoy puede encontrarse y es uno de los catálogos más interesantes y más vendidos de ideas asociadas a la cultura simbólica medieval.

27 Por primera vez, como lo sugieren autores como Giovanni Sartori, en extensos escritos sobre el *homo videns*, la memoria pero, sobre todo, la mente del hombre occidental cambió: no solo terminamos siendo sujetos teledirigidos, sino que nuestra forma de recordar, de abstraer, estuvo ahora y por siempre atada a una verificación inmediata en la red, la comprobación fidedigna e instantánea de casi cada dato que teníamos en nuestra cabeza, reconducía a una dimensión gigante, inconmensurable de información que implicaba una abstención aprehensiva que nunca había invadido de tal manera la mente humana: ¿qué leer? ¿qué información era veraz y cuál era dudosa o simplemente menos congruente? La percepción misma del conocimiento se vio trascendentalmente modificada.

problemas de la contemporánea internet es reconocer al verdadero autor de un texto recóndito de los buscadores, de un blog, de un comentario o de una pesada crítica, políticamente incorrecta—, pero todas y cada una de estas realidades basadas en la cognición. Sin embargo, si observa con cuidado el lector, esto ya era posible con la simple lectura y es ahí donde se reinicia de nuevo la discusión de este texto.

Nada de lo descrito: ni la biotecnología, ni el enciclopedismo, ni el libro, ni la monografía especializada, ni la tesis, ni la oposición ante jurados de la misma, hubiera sido posible sin un mecanismo de raciocinio por excelencia: la escritura, que por supuesto da cuenta de una lectura juiciosa del estado de las cuestiones. No de otra forma surgió la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia en el año de 1088. Ese hecho concitó y conlleva en sí mismo el nacimiento de la universidad occidental, la pretensión científica de la academia y por supuesto la pretensión correctiva, lógica y racional de la juridicidad²⁸.

¿Qué tiene de diferente la actividad lectora a todas las otras formas de aprehensión cognitiva que históricamente han acompañado al hombre y que Eco magistralmente resume, como recién lo he referido? Si se me permite la analogía, las diferencias entre observar una gárgola puesta en una esquina definitoria de *Notre Dame* en París podría ser un acto radicalmente diverso a cuando jugamos contra la multimedia del computador una partida de ajedrez o de solitario o cuando nuestros hijos juegan una partida de tenis; sin embargo, contextualizadas en su verdadero tiempo y tamiz cultural podría aceptarse que los dos actos no son ya tan distintos: hay un reto disuasivo, una pregunta silenciosa por el dominio de lo representado: las formas de la gárgola o cómo ganar el juego. Pero si bien existe un cuestionamiento diverso, la respuesta casi siempre es conclusiva.

Leer es algo diverso: antes que concluir, lo que surge es el cuestionar. No existe un permanente disuasivo que exige una única respuesta, sino un reto, una pregunta permanente lanzada a la cognición, pero también a la capacidad creadora del individuo; interprete entonces por antonomasia. El pasmo de la lectura parte de un episodio epifánico permanente, tendiente a lo perpetuo; constituye

.....
28 Sobre el particular se resalta en el estudio de mi autoría *De la histórica articulación entre del derecho civil y el derecho público* (2016) la importancia de la estructuración científica del derecho a partir de, entre otros elementos, la escrituralidad como criterio de coherencia, estructura y científicidad del derecho para efectos de legitimar lógica y argumentadamente un determinado poder político. También se puede consultar a Berman (1996) para mayor profundidad sobre la construcción de la tradición jurídica continental.

la recreación lógica de un discurso capaz de materializar un mundo, que por supuesto puede ser o no compartido por el lector: incluso pareciera que lo más importante es el permanente cuestionamiento del autor y de su discurso por parte del lector. Por supuesto, para tomar partido a favor o en contra del texto mismo, pareciera necesaria una comprensión minuciosa, sosegada y profunda del texto mismo. La comprensión misma de la cuestión debatida debería quedar diáfana-mente expuesta, para poder formarse sobre ella, un criterio, una opinión, una percepción, cualquiera que esta sea.

En este punto debería admitirse que las decisiones judiciales cumplen, por lo menos, con dos funciones diferentes pero complementarias. Los autos, pero sobre todo las sentencias son, para trasplantar aquí el concepto de Eco y Peirce, una máquina eminente de verificabilidad lógica, por un lado, pero por el otro, son un elemento de prueba de la consistencia de la realización del Estado de derecho. Esas dos funciones las analizaré a continuación de manera separada²⁹.

a. La sentencia como una máquina de verificabilidad

Las problemáticas jurídicas —así por lo menos lo enseña la jurisprudencia— guardan casi siempre no solo un punto nuclear sino dos o varios. La identificación del problema jurídico principal en las sentencias parece de por sí ya invitar a una especie de regocijo o de rechazo, persuasivo también, dependiendo de si la tarea se hizo o no adecuadamente por parte del juez o los magistrados que redactaron la providencia. El abordaje de la cuestión (precedente) implica una segunda cuestión de enorme trascendencia, pues de acuerdo a ella el tratamiento del problema resultará más fácilmente explicable o no (consecuente). Pero puestas las tareas

.....
 29 Por supuesto, lo anterior nos está indicando, sin lugar a equívocos, que existen diversos tipos de lectura, como también ya lo había admitido Eco: mientras él llamaba a una lectura, lectura de novela policiaca y a la otra lectura enciclopédica, me permitiré denominar esas dos actividades como lectura lúdica: para entender por ella, eso que la gran mayoría de colombianos hicimos en la pubertad con *Cien años de soledad* de Gabriel García Márquez: una lectura de solo dos o tres sentadas, de principio a fin, sin respiros, bajo una actitud maravillada y sobrecogedora, donde más que una erudición borgiana pasmosa, lo que sentimos fue una identificación cultural perfecta, absoluta: una descripción tal vez de nuestra propia casa, barrio, pueblo o cultura, que delataba secretos innombrables, por supuesto en no pocas ocasiones duramente realistas, pero también pasmosamente mágicos, plagados de descripciones que por irreales y de una imaginación exorbitante, parecían por el contrario inusitadamente ciertas, como muchas de las historias de nuestras abuelas o tías. Era una descripción prodigiosa de nuestra propia forma de ser y existir y de comprender nuestra aproximación a un mundo, en parte incomprensible, pero no por ello, ausente de narrativas de cualquier índole y género, que a su turno, por su misma esencia parecían incrustadas en la realidad. No otra cosa es pues para todos nosotros, el realismo mágico: una forma de comprensión lúdica del mundo.

judiciales, hasta ahora, en esa justa proporción, la redacción misma de una opción política (Calamandrei, 1960), entendida como el buen o mal uso del poder, en este caso del jurisdiccional —como en efecto, lo deberá admitir el lector, lo es cada una de las providencias— es por antonomasia una cuestión científica: la subsunción y abducción de la respuesta más adecuada para el caso respectivo implica un denodado esfuerzo (explicativo) por parte no solo del redactor de la providencia misma (sobre todo lo cual se ha escrito muchísimo³⁰), sino y parece ser este el punto más importante del escrito por parte del lector (comprensivo) que, como se ha dicho, puede desmembrarse ahora en dos puntos esenciales, subjetivo y objetivo. El primero puede estar constituido por una multiplicidad de escenarios que siempre han sido entendidos desde un punto de vista referencial pasivo, desde las cavilaciones weberianas hasta las legitimidades del discurso de Habermas (1987) y Luhmann (2010); todo lo cual implica un elemento esencial de legitimidad democrática, pero que debe ser analizado más detenidamente desde un punto de vista propiamente subjetivo.

En el fallo, ese sujeto, llámese parte vencedora o vencida³¹, un juez inferior atado a él precedencialmente, un académico que pretende estructurar una

.....
30 Siendo lo más ponderable, en una selección más arbitraria que agotadora, hecha por mí, de los escritos de Dieter Simon, Karl Larenz, Robert Alexy y Chaim Perelman.

31 Existen dos principios liminares del derecho privado, que por su dinámica, su ubicuidad, pareciera que deben ser explicados de manera tan precisa como sea posible en un proceso judicial. Esos principios son el de la **autonomía privada** y el de la **autorresponsabilidad**. Por supuesto, está admitido que ni los jueces, ni a los abogados, ni a las partes están para enseñar derecho, pero tampoco se trata de hacerlo. Lo que ocurre es que el cambio paradigmático en cada uno de los principios es tan vertiginoso y radical que pareciera imprescindible, desde la argumentación judicial, tocar un sentido lato de justicia de quien gana, pero sobre todo, de quien pierde el proceso y que, en otro caso, sería difícilmente abordable desde una concepción puramente de principios.

Los negocios jurídicos sin consentimiento, la contratación virtual, el principio de no disposición ni transferencia de más derechos de los que se tienen, el principio de *non venirem contra factum proprium*, el principio de tercero excluido en la elaboración lógica de los contratos y las consideraciones económicas y tributarias de orden público o privado que, incluso, han ameritado la recepción del premio nobel de economía 2016 a los profesores Oliver Hart y Bengt Holstrom por sus aportes a la teoría del contrato, conllevan sin duda, una complejidad tan alta que supera los límites mismos de la racionalidad de justicia y equidad que permanecen en el sentido común de los particulares. Muchas veces, resulta poco claro para el ciudadano, el particular o el funcionario entender por qué su patrimonio ha quedado comprometido con un par de clicks en su computador o por qué debe responder por los daños y perjuicios que causó quien simplemente utilizó su conexión gratuita a internet (Wolf & Neuner, 2012, pp. 90 y ss).

El principio de inculpación responsable también ha sufrido una variación aplicativa tan radical, que en muchas oportunidades es menester explicar, de manera enjundiosa, lo que jurídicamente se conoce como principio de causalidad: ¿por qué ha de responder un tercero que no es el cirujano, sino el anestesiólogo, cuando la causa misma de su error, fueron diagnósticos vitales equivocados hechos por un tercero? por ejemplo. El principio de autorresponsabilidad es un campo cambiante permanentemente; su concepción y desarrollo clásicos parecieran privilegiar cada vez menos formas de adjudicación verificable. Todo el tema del derecho de seguros, de reaseguros, la

sistémica dogmática sobre el área del derecho correspondiente, o un simple ciudadano normal, sin ninguna clase de interés preciso en el asunto, deberían (todos y cada uno de ellos), desde cada una de sus perspectivas y contextos, poder encontrar la culminación del Estado de derecho como proceso, como discurrir de un pacto entre los atados por la jurisdicción, entendida como materialización del acuerdo constitucional. Por lo mismo, el proceso lector debería caracterizarse por encima de cualquier otro asunto por su fuerza probatoria: por tener algo de verificabilidad, de contraposición, de contrastación con lo pretendido por el ordenamiento jurídico como materialización de un orden político constitucional. Si la jurisprudencia se ha de tener (y así lo pretende el CGP) como fuente auxiliar pero importante de derecho, los cambios sociales y su correspondiente lectura a través de la jurisdicción, deberían permitir aproximar acuerdos sobre cómo ha de entenderse, en el desplazamiento temporal, cada una de las normas que regulan las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado; para lo cual, sin duda, la existencia de la sentencia escrita será un elemento insoslayable: necesario, en cuanto a su evidenciación por el cariz mismo de la sentencia. Esto es, que la sentencia ha de existir de una manera invariable, narrativa y consecuente con el estado de cosas que pretendió regular y decidir, y por supuesto, como un asunto verificable: todos los sujetos que arriba han quedado enumerados deberían poder estar en capacidad de confrontar la sentencia, no solo como un objeto interpretable del mundo consciente, esto es, si se ha basado en las pruebas correctas, si correctamente las ha valorado, si ha decidido la cuestión debatida de fondo y no aplazándola, aplicando las normas pertinentes y no otras diversas, partiendo de un supuesto de legalidad previa, etc.; por supuesto, si su sentido es lo que más concuerda con lo pretendido en los pactos constitucionales y con las normas legales correspondientes; sino y sobre todo, deberían poder establecer una operación de semiótica adecuada (Eco, 2013, p. 293). Esa operación por supuesto trasciende

responsabilidad por cosas o productos defectuosos, la responsabilidad por equidad, por lesiones a las obligaciones de información, se difumina tanto cada día que lo más adecuado parecería ser redefinir nuevamente el concepto de imputación responsable (Wolf & Neuner, 2012, pp. 95 y ss).

Esos dos principios deben seguir siendo desarrollados por la jurisprudencia, por los fallos que adjudiquen efectos jurídicos condenatorios o absolutorios sobre los particulares, no resulta apropiado, manifestar que es la dogmática la que debe perfilar la jurisprudencia, pues como ya Ihering lo proponía hace un par de siglos: va a ser la casuística la que permita un desarrollo veraz y verificable del derecho dentro de la dogmática.

una simple verificación jurídica, se convierte en una operación social intelectual de no poco calado.

La sentencia como elemento susceptible de ser un objeto cognoscible implica de por sí, el otorgamiento del derecho a una de las partes atadas por la respectiva jurisdicción. En la generalidad de las ocasiones, el sentido y sobre todo la argumentación de la decisión serán compartidos por aquél a quien la decisión le ha resultado favorable: incluso si los argumentos judiciales plasmados en la sentencia, coinciden o no con los suyos, esgrimidos en el juicio. Por supuesto no ocurrirá lo propio respecto de quien a través de ella ha perdido el proceso y cuyas alegaciones, por ende, han sido despachadas desfavorablemente. Pero el proceso semiótico confrontativo implica una labor mucho más abarcadora. La existencia de una sentencia escrita es un presupuesto necesario de verificabilidad por parte de la comunidad académica, el ámbito jurisdiccional y el conglomerado social. Por supuesto, una parte atada por la sentencia encontrará su fundamentación como inadecuada, pero la realización del Estado de derecho estará directamente ligada con la posibilidad de comprobación exógena y ponderada, que podrán (y deberán) hacer los terceros no inmiscuidos en el proceso, de la decisión, de sus razonamientos, de sus argumentos, de sus ponderaciones y por supuesto de sus conclusiones³².

La sentencia ha de desprenderse de su valoración jurídica y, una vez ejecutoriada, independientemente de cual sea el resultado, es un objeto estatal por excelencia ya que solo a través de ella el particular puede poner o no mientes en la forma y, sobre todo, en la episteme a través de la cual se deciden los asuntos desde una concepción única del Estado de derecho. Este proceso deconstructivo, un tanto académico y pedagógico es lo que permitiría, en un plazo razonable para el Estado, implementar los correctivos necesarios para la adecuada materialización del derecho y, por ende, la permanencia de la sentencia como objeto (pero también como proyecto jurídica y perennemente realizable y perfectible). Su invariabilidad, si se quiere, es un presupuesto del que se debe partir para el mejoramiento crítico e intelectual de su veracidad y de su pertinencia: la sentencia entendida como máquina de progreso, como elemento semiótico dotado de significado que permite un avance; y que, parafraseando a Eco y a Peirce, solo

.....
32 Cfr. Perelman, (1970) *Lógica Jurídica y nueva retórica* y Alexy, (1997) *Tratado de la argumentación jurídica*

habrá cumplido su función cuando científica y académicamente haya sido debidamente criticada y, por supuesto, superada.

La *Methodenlehre* o *Teoría de los métodos jurídicos*, a la que el jurista alemán Karl Larenz entre todos sus trabajos le entregó mayor esfuerzo y dedicación, parte de este supuesto: solo va a ser posible hablar de una ciencia del derecho, cuando se parta (y se aplique) una noción confrontativa de los fallos judiciales, no solo con los elementos que componen su naturaleza (pruebas, normas o alegaciones), sino con una realidad social minuciosamente diferenciable y ponderable por la academia; por consiguiente, resulta claro que no existe la mal llamada dictadura de los jueces. Es la academia la llamada a poner en cintura los fallos, por supuesto, confrontables, criticables y perfectibles, que desconozcan la racionalidad aplicada, *in crescendo*, si se quiere *a posteriori* de los pactos constitucionales y legales³³.

Como lo ponía de presente Steiner en su *lector infrecuente* (2004), el desciframiento de ciertos textos para la humanidad es perenne, si el *philosophe lisant* de J.S. Chardin —que es la pintura evocatoria que inspira el texto de Steiner— refleja a un sujeto aproximándose al texto, bajo un halo de profundo respeto y cordialidad reflejadas en su actitud, su vestimenta y su contexto lector, todo él —sujeto típico de la Edad Media cultural- pareciera encerrar como única pretensión una actitud dialógica, pues todo está dispuesto para que el lector no lo sea en una versión pasiva, sino totalmente activa y discursiva: su pluma, su tintero y toda la intencionalidad del momento retratado buscan reflejar a un sujeto imbuido en lo concluido por escrito, pero claramente cuestionador, contestatario, si se quiere beligerante, por supuesto, luego de haber comprendido correctamente la cuestión propuesta por el autor.

.....
33 Desde la jurisprudencia de conceptos o *Begriffsjurisprudenz* hasta la *Richterrecht* o derecho de los jueces, para entender por ella, la creación programática y política de decisiones judiciales que no podría haber avizorado el Estado en su concepción inicial o la *Rechtsfortbildung* o formación permanente de la ciencia jurídica, comportan para Larenz y Canaris (1995) una compleja tarea aplicativa del derecho que, por supuesto, también da cuenta de todo un argot detalladísimo de cómo ha de operar argumentalmente el juez; no es posible prescindir en algún punto de la dogmática, ni de la teoría, pero tampoco de un manejo profesional de una *tecné*: de un discurso diseñado progresivamente para una forma de lógica y una forma de filosofía. La premonición intuitiva de la decisión podría acompañarse intelectivamente de una serie de instrumentos argumentales minuciosos que, de manera complementaria, permitiesen justificar una decisión en un preciso sentido y no en otro. El argumento *a fortiori*, la reducción teleológica o recurrir a los principios constitucionales como recursos argumentales admitidos para la acción operativa del juez, serían todos elementos admitidos y bien saludados por la dogmática, pero por supuesto su aplicación certera implicaría una mínima posibilidad de contrastación conceptual con un texto escrito. Difícilmente podría accederse a esa parte del ejercicio profesional, desde una praxis basada en audiencias.

Mientras que en todas las áreas del conocimiento el lenguaje tecnolecto, que da cuenta de la versatilidad y avance de cada espectro de conocimiento, se especializa, busca con mayor ahínco la existencia más digital que material (pero siempre verificable) de los desarrollos. Para parafrasear a Weber, no podemos esperar que un médico hable en términos vulgares sobre su ciencia, sino solamente en los términos técnicos y, por supuesto, siempre correctamente aplicados, pues solo va a ser a través de los discursos que la ciencia médica puede transferirse de unos médicos a otros. El CGP nos indica, que a pesar de la mayor especialización del conocimiento jurídico, la difuminación de las jurisdicciones y por supuesto, de los discursos de tierras, de consumo, de víctimas, de patrimonios intangibles, de ecosistemas, de energías, de propiedad intelectual, industrial y colectiva, etc.; lo mejor no es buscar el reflejo verificable de los múltiples y complejos discursos escritos, sino entregarle a las partes, no un fallo, sino un sentido del mismo (!) en el que será absolutamente improbable, encontrar una razón lógica de las decisiones. Mientras que todo el espectro social busca la celeridad pero sin sacrificar la seguridad, nos dice el legislador colombiano, que la celeridad es un bien por sí mismo de mucha mayor envergadura que cualquier otro bien judicial y que, por lo tanto, incluso la seguridad de la sentencia escrita es algo totalmente innecesario.

Resulta al menos paradójico que mientras que la dogmática sustancial y la teoría se esfuerzan —por fin de manera decidida en el país— en crear para sus operadores unos discursos aplicativos del derecho que sean tan racionales como les resulte posible, lo más concatenados y apegados al derecho, sea el legislador procesal, quien cercene la posibilidad de un discurso jurídico más evolucionado y preciso, por vía de la imposición furiosa de la celeridad que inhibe, por supuesto, a quien quiera argumentar sopesadamente y además dejar prueba perdurable de su raciocinio.

Mientras el mundo jurídico continental se aproxima a la regulación de la responsabilidad de los vehículos autónomos o a la posibilidad de colonizar planetas habitables; mientras los procesos de paz y guerra en el mundo se complejizan de manera inusitada; mientras las computadoras pensantes reemplazan al hombre generando no pocos entuertos jurídicos; mientras las pruebas de las intervenciones médicas con nanotecnología son supremamente complejas y vertiginosas, casi inaprensibles, y los constructos jurídico-conceptuales o materiales son también altamente complejos, a veces inconmensurables para los operadores jurídicos;

mientras las previsiones legales son altamente complejas y las presunciones son cada vez más inestables y las delimitaciones taxonómicas menos comprensivas; mientras que las arquitecturas complejas que tratan de establecer un orden se nos escapan de las manos de la teoría y la dogmática jurídica a velocidades rasantes, el miope procesalista nacional, desapegado de cualquier sistema de derecho comparado, trata de limitar la posición de un juez razonable, porque antes que juez, tiene que ser rápido: ¡inconcebible!

La ley escrita se concibió como la permanencia del Estado, la *ratio legis* implicó, en un momento dado, la posibilidad de resolver de manera pacífica los conflictos, pero la estrechez de la ley se reconoció casi simultáneamente a su postulación y a su posibilidad de realización³⁴. Los sistemas de interpretación exegético, sistemático, histórico y teleológico comportaron que esa actitud dialógica discursiva se planteara en un plano temporal respecto de la misma norma y cuyos protagonistas ciertos eran los mismos jueces, imbuidos en realidades sociales diferentes. Por ejemplo, la interpretación exegética de la servidumbre de paso del artículo 905 del C. C., que fue superada por una interpretación sistemática y teleológica de la misma norma³⁵, habría resultado imposible si la posibilidad de contrastación verificatoria, que hace parte de la semiosis jurídica nacional, no se hubiera propiciado a través de unas sentencias escritas. En otro de mis escritos (Castro, 2012) he manifestado que en esos mismos contextos, dinámica y pretensión, sigue funcionando la lógica lectora de los fallos jurisdiccionales en cualquier país. Si ha sido supremamente dificultoso superar una jurisdicción que entienda, que los requisitos de la promesa de contrato por ejemplo, aparecen claramente descontextualizados no solo desde una intención legisladora comparada bastante perversa, sino que su adjudicación actual es aún más peligrosa, si partimos de una economía de consumo incluso virtual, teniendo aún sentencias escritas; parece incomprensible tratar de imaginar cuáles serían los efectos de una jurisdicción que solo tuviera providencias no escritas, para evacuar una discusión seria sobre el tema de las promesas de contrato. La sentencia escrita es un elemento de pronóstico, de superación epistemológica y de desarrollo de la jurisprudencia que no

34 Confróntese el discurso del Ministro de Justicia francés Jacques de Malleville, en la ceremonia de expedición del Código Civil de 1804.

35 Es indicativa la sentencia del 2 de septiembre de 1936 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la interpretación del método histórico en la jurisprudencia nacional.

puede ser obviada bajo ninguna de las circunstancias del desarrollo jurisdiccional actual. El CGP ha incrustado de manera inconstitucional e ilegítima una oralidad para la que la comunidad académica y judicial pero, sobre todo, el pueblo, no se encontraban preparados.

b. La sentencia como elemento prueba de la consistencia de la realización del Estado de derecho

La lectura que Eco llama “enciclopédica” me parece que tiene más envergadura y peso y por eso la llamo “científica”, por cuanto ella no gira en torno a una diversión pura del espíritu, ni a una ampliación versátil de la visión lúdica del individuo, sino que se remonta a una posición reflexiva mucho más compleja.

Si bien en la función de la sentencia, como máquina de verificabilidad, se puede admitir que todos los ciudadanos acuden a ella como a un instrumento que marca de manera liminar la comprensión que del Estado ha hecho el juez y de cómo ha materializado esa comprensión. En esta segunda función, la evaluación de la sentencia ya no gravita en torno a elementos probatorios, a elementos argumentativos, a elementos ponderativos o de una pura semiótica jurídica, sino que su fuerza se va a deslizar más hacia la verificación de la correcta comprensión política y sociológica de la misma sentencia (Larenz & Canaris, 1995).

La vinculatoriedad del precedente o de la doctrina probable dentro del derecho tiene que ver con la correcta aplicación de un proceso humano llamado mimesis, entendido como la imitación correcta. Esa correcta imitación solo va a ser posible cuando el objeto a imitar puede ser parsimoniosamente estudiado, profundamente criticado, puesto en cuestión y, por supuesto, indagado bajo la idea de permanente mejoramiento. Si ello no funcionara así, tal vez, nunca hubiésemos podido superar el Estado liberal o, incluso, la monarquía autárquica del *ancien regime*. La mimesis como tarea despliega todo su valor cuando lo que debe ser seguido o superado ha sufrido un proceso de catarsis lectora: todos los que hemos sido funcionarios jurisdiccionales hemos atravesado ese proceso al leer jurisprudencia precedencial que podría encontrar aplicabilidad a un nuevo caso por resolver. Pero lo que aquí resulta llamativo es que esa tarea no podría realizarse desde la oralidad. El proceso mimético solo es posible cuando en la más profunda intimidad se pueden conciliar las propias ideas con el fallo asertivo

o cuando se renuncia a una argumentación por falaz y contraindicativa. ¿Cómo hacer eso con un audio?, ¿cómo podría entonces evolucionar nuestro derecho, si el principal elemento de progreso jurídico-cultural está siendo derogado por una norma procesal?³⁶.

En efecto, no solo la naturaleza del recurso de casación o de revisión parecieran moldear lo que aquí se escribe, sino la concepción misma del nuevo artículo 333 del mismo CGP. Es una contradicción que se exija oralidad mientras que se ordena atarse al precedente, pero aún es más incongruente pedir sentencias coherentes cuando en ellas, por la celeridad misma, no es posible detenerse a pensar en la realización misma de los derechos que, sin duda, exige también una realización piramidal y subsecuente como la misma teoría de la *Drittwirkungstheorie* lo exige; o lo que es lo mismo, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales entre particulares que han de respetar en su convención, en su obrar patrimonial y familiar, siempre esos mismos derechos fundamentales, que son la cúpula de la juridicidad y son, por lo mismo, insoslayables. Estos están contenidos en las constituciones de casi todas las democracias constitucionales del planeta y que ahora ordena observar el mencionado artículo 333 del CGP.

La sentencia debería aparecer de manera escrita en la totalidad de los casos, no solo por cuestiones de raciocinio y contrastación legal o constitucional, sino por cuanto los fenómenos sociales no pueden ser desconocidos en la actividad jurisdiccional. Hasta la saciedad se ha escrito que el derecho no es una ciencia pura, y dentro de las ciencias sociales es la más volátil y contradictoria. Para parafrasear al gran procesalista latinoamericano Eduardo J. Couture, vale la pena recordar que no existen dos casos idénticos en el derecho. Por ello es importante recalcar que si bien la sentencia, como máquina de confrontación jurídica, da un valor jurídico al mismo documento —una posibilidad de verificación científica— implica que ella, como prueba de la realización del Estado de derecho, le otorga a los particulares un documento con un valor sociopolítico de inmensas proporciones. No podría evolucionar el derecho, al cercenársele su principal objeto de

.....
36 Y es que en ese sentido se ha pronunciado buena parte de la doctrina nacional, al aseverar que la tendencia de implementar la oralidad en el sistema judicial debe ser razonada y moderada, respetando siempre la raíces de nuestro derecho, que se inervan en el sistema continental con predominancia a lo escrito: “los cierto es que nadie acepta la posibilidad de aplicar de manera absoluta la oralidad por cuanto sin constancia escrita alguna de lo decidido, resulta imposible en la práctica hacer cumplir la decisión, caso de que el obligado se muestre renuente a ello” (López, 2016, p. 24).

estudio y crítica: las mismas sentencias. No podría evolucionar la jurisprudencia si en la tarea confrontativa y perenne del quehacer jurídico se desconocieran los elementos fundamentales de la discusión: un intérprete, un fallador, una sentencia y un nuevo intérprete que dinamice las lógicas que congregan lo jurídico.

Para concluir, reitero: no se hace lo mismo mentalmente cuando hablamos que cuando leemos y escribimos. La escrituralidad y, por ende, la lectura son procesos mucho más complejos en términos intelectivos y en términos semióticos. La lectura de las sentencias y autos y, en general, de las providencias judiciales es por antonomasia una lectura enciclopédica, confrontativa, no solo de la sentencia con la ley sino (y ojalá cada vez más) con la Constitución, con el acervo probatorio, pero además con una noción de justicia, con una idea de eficiencia y efectividad del Estado, con su vertiente “de derecho”. Desde Schmidt y Kelsen, esta lectura confrontativa ayudaría a comprender de una mejor manera el Estado. La sentencia justa debe legitimar, por encima de cualquier otra circunstancia, al Estado de derecho, la injusta debe ser apelada o casada. La justificación de vivir en sociedad renunciando a la violencia absoluta se justifica solo a través del derecho objetivo. El derecho subjetivo tiene, a su vez, su justificación dentro del sistema a través de las sentencias justas y adecuadas a derecho, que a su turno materializan la paz jurídica, como desde Roma ya se concebía. Por lo tanto, siempre las sentencias deben poderse leer de manera sesuda, complementaria, enciclopédica, confrontativa, razonada, sistemática y enjundiosa; y esa labor no resulta tan aprehensible en un sistema de oralidad, menos cuando los jueces no están entrenados para tal fin.

La sentencia debería poderse leer como leía el filósofo de Chardin, analizado a su vez por George Steiner: la sentencia es la conclusión de un proceso estatal de varios cientos de años, pero además la sentencia es la consumación de un proceso judicial que, en la totalidad de los casos, ha consumido parte considerable de la vida y la tranquilidad de las personas. Es necesario saber por qué se ganó y por qué se perdió. Las providencias judiciales son piezas esenciales para la vida de las personas, en esa función semiótica que se acaba de analizar. Para (y en) los procesos semióticos sociales, la sentencia, como máquina perdurable y confrontativa es esencial, lo cual a veces se desdibuja en países altamente conflictivos como Colombia, donde bajo ninguna circunstancia, la celeridad y la descongestión judicial pueden ser un rasero que mida la legislación a expedir o a reformar.

¿PUEDE LA HIPERTROFIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA REDUCIRSE A TRAVÉS DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Resumen

A pesar de cumplir 25 años de implementación de la Constitución Política colombiana de 1991 con una extensa carta de derechos, su garantía y materialización ha sido evidentemente precaria a la par del insuficiente desempeño de la gestión del poder judicial y de la Corte Constitucional para tal efecto. En ese sentido es menester propiciar una reestructuración al interior de la Corte Constitucional en cuanto a sus métodos de abordaje de los derechos e interpretación sistemática de la Constitución, a través de la construcción de una jurisprudencia científica y coherente y, la posibilidad de instaurar acciones indemnizatorias a favor de quienes observan la vulneración de sus derechos fundamentales. Así mismo es necesario promover una coordinación entre la Corte Constitucional y los demás operadores judiciales, especialmente las Cortes de cierre de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, máxime cuando la disposición del artículo 333 del código general del proceso abre el espacio para la construcción de un escenario de articulación de la jurisdicción constitucional con las jurisdicciones

especializadas para promover una protección idónea de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Abstract

Despite it has been 25 years since the Colombian 1991 Politic Constitution implementation, with a large bill of rights, its fulfillment and materialization have been noticeably precarious along with the insufficient performance of the justice administration and the Constitutional Court to that purpose. In this sense, it is necessary to reach a restructuration inside the Constitutional Court towards its methods of approaching rights and systematic interpretation of the Constitution, through developing a scientific and coherent jurisprudence, and the possibility to implement indemnity lawsuits in favor of whom look for the violation of their fundamental rights. In the same way, it is indispensable to promote a coordination between the Constitutional Court and other judicial operators, especially between lasts instance courts of ordinary and administrative jurisdiction, particularly when the article 333 in the General Code of Procedure offers the opportunity to build a chance of the constitution jurisdiction articulation with the especial jurisdictions to promote an apt safeguard to the citizen's fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, Constitution, Constitutional Court, Law's Constitutionalization, lawsuit of tutela, train crash, patrimonialisation of the fundamental rights.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Constitución, Corte Constitucional, Constitucionalización del derecho, acción de tutela, choque de trenes, patrimonialización de los derechos fundamentales.

Introducción

En Colombia, por lo general la ciudadanía y especialmente el grueso de los abogados defienden de manera generosa la jurisdicción constitucional. Ello ha sido además propiciado de una manera casi circular por los constitucionalistas que han acudido a enriquecer la discusión sobre la problemática de la acción de tutela. No pocos de ellos se han inclinado por manifestar que la tutela en Colombia es intocable, que tratar de modificarla podría traer más problemas que beneficios y que, por lo mismo, es mejor que la tutela (a pesar de que admiten que funciona

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

de una manera un tanto caótica y peligrosa) permanezca tal cual está (García & Uprimny, 2002 y Quinche, 2015). Otros por el contrario critican, a lo mejor de injustificada manera, la jurisdicción constitucional y promueven críticas destructivas de lo que oportunamente ha sido materia de discusión, sin grandes resultados o propuestas (Rubio, 2011).

Este texto, sin querer entrar a polemizar determinados puntos a favor (pero aún perfectibles) de la jurisdicción constitucional o puntuales defectos (que podrían eliminarse), quiere hacer varias anotaciones sobre la jurisdicción constitucional que, además de abordarse desde el punto de vista del derecho comparado, considera que la patrimonialización de los derechos fundamentales (DD. FF.) o, mejor aún, la posibilidad de que los mismos DD. FF. sean indemnizables dentro de las jurisdicciones nacionales en todas sus vertientes (esto es, derechos humanos, colectivos, derechos económicos, sociales y culturales, etc.) es un paso necesario que debe ser incorporado poco a poco no solo en la jurisdicción constitucional, sino en todas las jurisdicciones donde la violación de los derechos fundamentales se presente a) por acción o por omisión del aparato estatal inicialmente y b) subsidiariamente en la jurisdicción civil, cuando sean los mismos particulares quienes incurran en la violación de los mismos derechos fundamentales que se encuentran protegidos en la Carta Política de 1991.

La propuesta se contextualiza en varios puntos, que en la presente coyuntura parecieran abrir el paso a ese espectro indemnizatorio que, como se ha sugerido ya, es absolutamente certero y normal en jurisdicciones comparadas como la jurisdicción alemana, especialmente. En ese sentido, a pesar de todos los tropiezos que ha sufrido el actual proceso de paz, todo parece indicar que se llegará, por un lado, a un estado político y jurídico de posconflicto y, por otro, la expedición del Código General del Proceso (CGP) donde la violación de los derechos constitucionales parece ser un nuevo rasero que debe ser observado por las jurisdicciones ordinarias (civil, laboral y penal), a lo sumo en la cúpula de sus organizaciones y bajo la procedencia de ciertas acciones (Cfr. art. 333 del CGP, entre otras normas). Por último, pareciera que la misma dinámica de la jurisdicción constitucional se encuentra lo suficientemente madura como para que la autorregulación de entes jurisdiccionales como la Corte Constitucional pueda ser propiciada. En efecto, no parece sensato que en un escenario de posconflicto la Corte siga circunscribiéndose a su propio reglamento en ciertos asuntos que requieren una intervención

política, desde un espectro legitimador de ciertos procesos, pero con una actitud eminentemente jurídica, para poder eliminar la permanente desigualdad que propicia el mismo actuar de la Corte, desde su entrada en funcionamiento en 1992 (Castro G., 2013).

Descripción de la problemática

En el contexto colombiano, cualquiera que sea el problema jurídico a resolver (bien sea de derecho civil, penal, administrativo, asuntos de propiedad intelectual o, incluso, la venta de acciones bancarias o la contratación con compañías aseguradoras en temas de salud) se ha vuelto obligatoria la inicial y prevalente consulta de “toda” la jurisprudencia constitucional. Las decisiones de la Corte no son pocas y cada vez son más en casi todos los temas, con lo que la mencionada consulta se convierte en una labor cada vez más ardua y, lamentablemente, en parte, inútil ya que sobre casi todos los temas existen sentencias encontradas, contradictorias o bandazos de afirmación-negación en la resolución de los litigios, como también han sido llamadas esas desavenencias de la jurisprudencia constitucional.

Una tendencia reconocible en el mundo constitucional contemporáneo es que los tribunales constitucionales van reduciendo su espectro decisonal año tras año, entre otras cosas por una lógica razón: el contenido dado a los derechos constitucionales ya debe estar delimitado en los primeros años de su ejercicio y, consecuentemente, *a posteriori*, el respectivo tribunal debe ser coherente con su propia configuración anterior de los derechos, o lo que es mejor conocido como la observancia de su propio precedente. En efecto, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán como en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana resulta reconocible la tendencia a la expedición de menos sentencias cada año, por lo menos en lo que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales o la carta de derechos civiles, respectivamente; porque, como se ha dicho, cada una de ellas tiene el carácter de ley federal en la República Federal en Alemania o es un precedente vinculante para los jueces de menor jerarquía en los EE. UU.; motivo por el que una contradicción implicaría una muy compleja aplicación del derecho jurisprudencial de los dos altos tribunales.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

En Alemania se diría profusamente que el Tribunal Constitucional no es un órgano de súper revisión sino, por el contrario, que solo se inmiscuye en la discusión cuando de manera clara se evidencia la absoluta necesidad de su intervención, por la violación evidente de derechos fundamentales o de la parte orgánica de la ley fundamental alemana. Precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha logrado justificar a partir de la sentencia Lüth (Tribunal Constitucional alemán, 1958, pp. 17 y ss.) su facultad de analizar ciertos aspectos constitucionales de sentencias ejecutoriadas de la justicia civil, penal o administrativa (en donde se incluyen también sus órganos de cierre), al concluir que su función en todos estos casos se circunscribe a resguardar los derechos fundamentales de la Constitución; esto es, que el mencionado Tribunal no se constituye como un fallador *ad quem* respecto de la providencia objeto de revisión. En ese orden de ideas, y solo en los casos en que se trate de acciones de tutela contra providencias judiciales, al Tribunal Constitucional le está vedado entrar a hacer una revisión de fondo acerca de lo decidido en la providencia objeto de tutela, es decir, que aspectos como las reglas procesales o la interpretación que el juez o tribunal le da a las normas sustanciales para decidir el asunto, son cuestiones que se mantienen fuera del rango de estudio del Tribunal Constitucional; su rol aquí consiste en verificar si el juez o tribunal que profirió la sentencia tutelada no violó, con su fallo, algún D.D. F.F.:

El Tribunal Constitucional no se configura como “una instancia superior de revisión”. No está, dentro de sus facultades, el revisar, o si quiera el unificar, la jurisprudencia del juzgado fallador en relación a la interpretación del llamado “derecho común”. Su función radica más bien, en reconocer los errores de interpretación en que incurra el juez, que generen en principio una mala apreciación del significado y del alcance de un derecho fundamental o, en identificar los casos en que los resultados de la interpretación hecha por el juez fallador sean inconciliables con la normatividad relativa a los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional Alemán, 1999)³⁷.

En relación a esta limitación es necesario aclarar que nuestra Corte Constitucional ha reconocido, en más de una ocasión, la misma barrera en cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual nos parece bastante

.....
37 Sentencia de la segunda Sala del segundo Senado del Tribunal Constitucional Alemán del 24 de octubre de 1999 Ref. 2 BvR 1821/99. Trad. del original por el autor: “Das Bundesverfassungsgericht ist keine “Superrevisionsinstanz”. Es ist nicht seine Aufgabe, die Rechtsprechung der zuständigen Fachgerichte bei der Auslegung des sogenannten “einfachen Rechts” auf ihre Richtigkeit zu überprüfen oder gar zu vereinheitlichen. Es kann vielmehr erst dann tätig werden, wenn die Entscheidung eines Gerichts Auslegungsfehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts beruhen oder wenn das Auslegungsergebnis mit den Grundrechtsnormen nicht vereinbar ist”.

lógico si se piensa que nuestra Corte fue diseñada por el Constituyente a partir del modelo austrogermano: .

No sobra recordar que la cuestión que debe resolver el juez constitucional no reside en determinar si la interpretación realizada por los jueces de instancia es la más correcta, la más adecuada o la mejor a la luz del derecho civil o comercial, sino en definir si la misma resulta absolutamente arbitraria o violatoria de los derechos fundamentales. Si no fuera así el juez constitucional estaría invadiendo la órbita del juez civil disolviendo con ello las fronteras competenciales en virtud de las cuales se encuentra el sistema de justicia en Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2005 citada por Villar Borda, 2003, p. 453).

No obstante, dicha doctrina ha sido tomada por la Corte como “un saludo a la bandera”, por cuanto son muchas más las sentencias de esta corporación, tanto así que se han sobrepasado los límites constitucionales.

No puede olvidarse que el juez especializado es una garantía del Estado constitucional (neoconstitucional) social y democrático de derecho (Alexy, 1993)³⁸. En ese mismo Estado, la punta ínfima de la Jurisdicción la preside un único Tribunal (constitucional) que con absoluto recato y precisión técnica profiere un número reducido y absolutamente elaborado de decisiones, siempre justificando su intervención. En ese sentido fue Kelsen (1995) quién postuló como correlato a su pirámide normativa, una pirámide jurisdiccional, si se quiere decisional, en la que la Corte Constitucional, al ser el vértice de toda la jurisdicción, debería solo conocer de los casos más complejos en términos de derecho constitucional³⁹.

Öhlinger (1986) por su parte, en su tratado de derecho constitucional mencionaba que la Corte era el *substrato último* al que el ciudadano debería recurrir para hacer valer sus derechos, pero nunca podía convertirse en un juez ordinario, pues

38 Sobre el particular, el profesor Alexy y otros constitucionalistas como Carbonell (2003) identifican como características típicas del fenómeno neoconstitucional, además de la consagración de una carta de derechos y de acciones judiciales para hacerlos exigibles jurisdiccionalmente, las siguientes: (i) incorporación de principios comunes entre moral y derecho, (ii) control estricto de constitucionalidad de las leyes, (iii) interpretación de las leyes a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos, (iv) carácter políticamente vinculante de la Constitución, aplicabilidad directiva y rigidez de la Carta Política.

39 Incluso en las varias ediciones de su obra, el mismo Kelsen va a poner de presente que la funcionalidad de los tribunales constitucionales, iconográficamente no podría coincidir con la citada pirámide, sino que su ubicación sería externa a ella, toda vez, que su control se ejercería no solo sobre la jurisdicción misma, sino sobre las otras ramas del poder público, a saber la legislativa y la ejecutiva; motivo por el cual, la Corte era considerada como un cuarto poder democrático y político que debería fungir como una guardiana de los pactos constitucionales reconocidos por todos.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

ello, además de desvirtuar la naturaleza de un tribunal constitucional, violaría ese presupuesto del derecho procesal en virtud del cual el ciudadano tiene derecho a un juez natural, entendiendo por tal, el más especializado posible en su área de trabajo.

En contravía de todo lo anterior, en Colombia tenemos una Corte Constitucional que aborda el conocimiento de cuanto problema jurídico le resulta imaginable a propios y extraños, legos o abogados. Es extraño encontrar a un juez ordinario civil, al que por medio de una tutela, no le hayan revocado de un plumazo sentencias ordinarias que guardaban consonancia con la doctrina clásica de derecho ordinario especializado⁴⁰. En principio podría decirse que lo anterior es valioso y útil para la constitucionalización del sistema jurídico. El problema es que la Corte Constitucional, al evidenciar algún error en su sentencia, modifica su propia jurisprudencia a través de posteriores sentencias —incluso de sentencias de unificación— (Castro, 2012) generando problemas estructurales sobre precedentes, que a la postre se constituyen en razones menos prosaicas para entender fenómenos como el mal llamado “choque de trenes” al interior de la rama o de cooperación, por parte de otros entes del Estado, con la Corte Constitucional.

Afirmar que *“todo, en cualquier tiempo se puede decir, pongamos a los magistrados que digan lo que nosotros queremos”*, ello implicaría una lectura un poco mordaz, pero que parece cierta, en cuanto a las dinámicas electorales de los respectivos magistrados, en los últimos años.

Pero esos no son los únicos problemas que se advierten. Habría que agregar que la Corte Constitucional, en una creciente medida, ya no es reconocida por abogados ni por ciudadanos del común como una defensora de los derechos. Ese antiguo adalid de los derechos quedó precisamente como un bonito recuerdo que podría coincidir con lo que se da ahora en llamar *la primera Corte*; lo que ahora

.....
40 Lamentablemente en Colombia se mantiene una suerte de divorcio entre el derecho público (incluida la jurisdicción constitucional) y el derecho privado, evidente en la confusa univocidad jurídica que tiene implicaciones en la redención igualitaria que justifica toda democracia. Es evidente tal suerte de divorcio y tal confusa e inexistente univocidad jurídica en la poco clara y rigurosa jurisprudencia constitucional de la Corte, matizada y agravada por la aplicación de sentencias SU que en cualquier jurisdicción constitucional europea, se tendrían como un grave exabrupto, como un absurdo un tanto pueril y vergonzoso para cualquier clase de jurisdicción, que se pretenda científica y de alguna manera conceptualista (Castro, 2013). La univocidad del derecho supone un orden mental, una coherencia interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, bajo un nuevo método omnicompreensivo. La juridicidad debería entenderse como una dinámica única y siempre aplicativa, no como muchas dinámicas separadas, dogmáticas concretadas en jurisprudencia contradictoria al interior de un mismo tribunal judicial como la Corte Constitucional.

se tiene es una “Corte de Bolsillo”. Esta expresión se vuelve fácilmente corroborable, por traer un ejemplo cualquiera, en la decisión acerca del artículo 334 de la Carta, donde se dijo, palabras más, palabras menos, que un incidente de objeción propuesto por un ministro del despacho o por el ministerio público podría estar por encima de decisiones de la propia Corte en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o por encima de cualquier defensa de un DD. FF., cuando esa decisión resulte significativamente peligrosa para las finanzas públicas: es decir que los colombianos debemos olvidarnos del cumplimiento cabal del derecho a la vivienda digna, a la salud integral o a la educación de calidad en masa, por menoscabar el equilibrio e integridad de las finanzas públicas y la capacidad institucional del Estado.

Con todo, la presente opinión no es solo la de un inconforme o un crítico, sino fundamentalmente, la de un académico ocupado del derecho constitucional colombiano, que no comprende el papel que está jugando la actual Corte Constitucional y muchos constitucionalistas del país.

Por razones de espacio y tiempo me limitaré a evidenciar algunos problemas estructurales al interior de la jurisdicción constitucional colombiana, que han implicado la imposibilidad de unificar y mantener una jurisprudencia nacional, incluso por parte de los jueces civiles, que conocen de tutelas, pero que además deberían hacer tiempo haber incorporado la valoración constitucional dentro de las decisiones de los asuntos de su exclusiva competencia, por ejemplo, en un proceso ejecutivo o en una restitución de inmueble arrendado, ya deberían estar articuladas concepciones argumentales fundamentales sobre la defensa a ultranza de los DD.FF., lo que por lo demás se echa en falta a lo largo y ancho del país (Castro, 2012). Considero, también, que sí hay solución (tal vez no probable pero si posible) para el caos jurídico que poco a poco se ha ido generando en el espectro jurídico nacional, suscitado por las decisiones que ha tomado la Corte en todos los ámbitos jurídicos sin respeto de su propio precedente y sin la debida coherencia con la teorías jurídicas desarrolladas en esa materia⁴¹.

.....
41 Lo primero que habría que decir es que en muchas de las facultades de Derecho no se tiene, a ciencia exacta, un conocimiento claro de lo que es el neoconstitucionalismo, las teorías de la Constitucionalización, su aplicación real o su contenido primigenio ni en el derecho continental, ni en el *Common Law*. Lo que sí existe es un conocimiento bastante gregario sobre lo que son las líneas jurisprudenciales.

Considero de manera muy respetuosa que la operatividad de las líneas jurisprudenciales (como forma dogmática de conocimiento jurídico) es bastante precaria, entre otras razones, porque como hace ya tiempo sus defensores

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

Una primera apreciación debería considerar que la construcción dogmática (como bien lo saben los constitucionalistas “serios”), derivada de los precedentes en el Sistema del *Common Law*, es mucho más compleja y profusa que lo que una reducida y en parte equivocada corriente de la dogmática constitucional nos ha dicho; pues aquella se encuentra fundamentada técnicamente en muchos más elementos, y no solo en una simple triada de hechos, pruebas, *obiter dicta* y/o *ratio decidendi*. Por lo cual, pretender reducir el complejo estudio de la dogmática constitucional a una simple construcción de líneas jurisprudenciales, además no coincidentes con una teoría seria de las mismas, contribuye a un abordaje equivocado del problema, a la carencia de doctrinas sustanciales en la materia y, sobre todo, al reemplazo equívoco de un instrumentario metodológico coherente para lo que es nuestra Constitución y nuestra Corte Constitucional, que en últimas no va a impactar ni poner límites a los desaciertos teóricos ya cometidos por la misma Corte, en términos de dogmática constitucional continental, por llamarla de alguna manera.

Aquellos tratadistas que tienen tentaciones más propensas hacia el derecho anglosajón, aun cuando en Colombia estamos (o estuvimos) más cerca del derecho continental europeo, han sido quienes han acoplado metodologías provenientes de esos orígenes al constitucionalismo local, aportando mayores complejidades que ventajas, dada, entre otras muchas razones, la abierta inconsonancia entre las familias jurídicas.

La prognosis que como tarea le compete a la dogmática constitucional (por lo menos en el derecho constitucional continental) es absolutamente irrealizable cuando se aborda desde el tambaleante método de las líneas. Qué precedente debe seguir la jurisdicción ordinaria, cuando, por ejemplo, se tiene una sentencia de tutela A, fallada a favor de un primer accionante, una sentencia de tutela B, muy parecida, podríamos decir idéntica fácticamente a la primera pero fallada en contra del segundo accionante, o la sentencia de unificación SU, que aclaró cuál era el verdadero criterio de la plenitud de los magistrados de la Corte Constitucional. Al respecto los mismos constitucionalistas “lineales” tendrían múltiples criterios para dar y convidar. No olvidemos tampoco que las mismas SU no han sido

y proponentes lo decían, más que una herramienta dogmática precisa, las líneas solo son un limitado instrumento descriptivo para tratar de dar un “orden” (uno cualquiera, entre otras cosas) a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

plenamente acatadas por la misma Corte Constitucional⁴², pues existen sentencias posteriores de tutela que simplemente han dispuesto apartarse de lo considerado en las SU. Todo lo cual, además de no resultar serio desde una construcción dogmática consecuente, viola permanentemente el artículo 13 superior de nuestra Carta Política e, incluso, propicia el desacato de las otras jurisdicciones, aun desde sus cúpulas (léase choque de trenes entre lo contencioso administrativo, la justicia ordinaria representada por las Salas Civil, Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia).

Precisamente, esa dinámica, abierta y desordenada, llevada a cabo por la Corte Constitucional, en la cual se expiden un sinnúmero de sentencias, muchas de estas contradictorias entre sí, que a la vez generan conflicto con el derecho común y que varias veces destrozan atrevidamente los fundamentos jurisprudenciales tradicionales y bien formados de las otras Altas Cortes, han sido objeto constante de críticas por sus mismos pares. Al respecto, sobresale la crítica hecha por la Corte Suprema de Justicia, en su Declaración del 3 de marzo de 2004, contra este sobreconstitucionalismo:

La Corte Suprema de Justicia no desea alentar la confrontación institucional bajo la trivial óptica de una mera lucha entre los poderes. Lo que está en juego no es otra cosa que la independencia y la autonomía judicial y, en general, de las ramas del poder público. Tampoco se trata de la resistencia al cambio propuesto por el constituyente de 1991, lo que inspira el presente pronunciamiento. Por encima de todo, ha considerado propicia la oportunidad de expresar su patriótica preocupación y prender las alarmas sobre un peligro formidable que se traduce en el ejercicio de un poder absoluto en cabeza de la Corte Constitucional, quien proclama, sin reato, su infinito poder, prevalida de ser único guardián de la Constitución y so pretexto de la defensa de los derechos fundamentales a todos los demás poderes públicos. Todo poder que se arroga la facultad de definir sus propios límites es desbordado, próximo a la tiranía, al despotismo, los excesos y las demasías (Calderón, 2011, p. 44).

Algunos profesores y tratadistas de derecho constitucional afirmaron (de manera admirable y seria) que el espectro de procedibilidad de la acción de tutela debía reducirse, que un desarrollo dogmático riguroso y ulterior sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional solo sería posible partiendo de la reducción de

.....
42 Al respecto léase Castro, G. (25 de febrero de 2013). La Corte Constitucional: ¿demasiado activa? *Razón Pública*. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

su procedibilidad (Gómez, 2015). Los más sofisticados constitucionalistas (profesores) de ese entonces [año 2002], estaban de acuerdo en que el número de tutelas que llegasen a la Corte “debería ser mucho menor que el actual” (García & Uprimny, 2002).

Lamentablemente ha ocurrido todo lo contrario y de manera progresiva en los últimos 15 años y las soluciones dadas con posterioridad por estos mismos juristas no resultan útiles, es más, son bastante desfachatadas. Afirmar que el problema es más la *abusitis* y no tanto la *tutelitis*, y que está bien que “todo” el derecho se oxigene por vía de tutela, son afirmaciones que no resultan tan siquiera pertinentes cuando de desarrollo dogmático constitucional de avanzada, se trata.

Hasta aquí se puede considerar que el problema está más o menos descrito, que la crítica tiene alguna solvencia, pero que no he brindado ninguna solución plausible. Para alcanzar ese último objetivo, diré que soy de aquellos de los que están a favor de la constitucionalización del derecho y que coincido con muchos colegas constitucionalistas al estar en contra de la reforma del Decreto 2591 de 1991 (así este nada haya logrado con respecto a la solución *a posteriori* del problema y si haya contribuido a su agravación). Haciendo un ejercicio simple de derecho comparado, pregunto yo, privatista gregario, repitiendo una cuestión que he detallado desde diversas aristas: ¿no podría la misma Corte autorregularse? Si la Corte Constitucional está por encima del decreto como ella misma lo ha postulado (entre la Constitución y la Corte no cabe una hoja de papel) ¿No podría ella misma estarse a lo dispuesto por su propia jurisprudencia mediante un auto sencillo, como ocurre en otras latitudes, en vía de tutela?

En las discusiones previas que sobre esta idea hemos analizado con muy distintos auditorios y escenarios se han propuesto, por lo menos, dos obstáculos serios: El primero tiene que ver con la ausencia de ejecutoria de un auto, o lo que es planteado por mis críticos: un auto no tiene la misma autoridad que una sentencia y, por lo mismo, su grado de coercibilidad es menor. Pero al respecto cabe decir que la ejecutoria y coercibilidad de cada providencia judicial es moldeada por el mismo juez. En un auto de “estese a lo dispuesto” en una sentencia de tutela proferida en un asunto que fácticamente era casi idéntico al que posteriormente por auto se decide, bastaría acotar cual es el grado de fuerza vinculante que tiene el mismo respecto de la entidad o el particular que ha violado el derecho fundamental. Todo lo cual, puede ser delimitado por la Corte en la misma providencia,

como en efecto, en otras latitudes ocurre, por ejemplo en la República Federal de Alemania.

De otro lado, se ha insinuado que no sería lo mismo iniciar un incidente de desacato con una sentencia de tutela a iniciarlo con un auto, todo lo cual es un poco la misma crítica anterior, pero llevada un poco más a la praxis de la realidad de nuestro país, razón por la que la réplica de mi parte sería de nuevo un poco la misma: sería la misma Corte Constitucional la que podría de manera acuciosa y clara determinar cuáles serán los efectos mismos de la providencia remisoría a un caso fallado con anterioridad, por lo que la iniciación del incidente de desacato o de los sucesivos incidentes (suena duro, pero todos sabemos que en Colombia en muchos espectros de procedibilidad de la tutela ocurre frecuentemente, p.ej. en materia de salud o prestaciones laborales) sería exactamente igual que si el caso hubiera terminado con un auto y no con otra repetitiva sentencia.

De nada nos sirve armar constructos jurídicos sobre la constitucionalización del derecho privado, penal o administrativo, a través de “hermosas” e “impecables” líneas jurisprudenciales (he visto líneas con 20 sentencias necesarias para su construcción, absolutamente inmanejables y lo peor: no descriptivas, y en últimas: abstrusas), si el juez especializado (civil, penal o administrativo), nunca las va a tener como vinculantes y cuando, al final, todo se contrae a la recomendación de un constitucionalista para que se impetre una acción de tutela en contra del fallo último de cualquier juez ordinario, tutela que será fallada dependiendo del juez constitucional al que le “caiga”, como coloquialmente se dice en la jerga del litigio.

Ahora bien, recordemos que la Corte tampoco revisa todas las sentencias de tutela, lo cual se traduce en que si el último juez que la falló decidió no tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional porque se rebeló contra ella, o porque no la entiende o porque a pesar de entenderla (!), considera que el pronunciamiento más adecuado de la Corte es uno que posteriormente fue modificado por la misma en una SU, a ningún lado estamos llegando. ¿Es eso seguridad jurídica constitucional? ¿Es esto unidad de la jurisprudencia? ¿Avanzamos hacia algún lado mejor luego de la elección de la segunda y tercera Corte Constitucional? Definitivamente considero que no.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse•

Al efecto, me valgo de un ejemplo trágico: un primer niño con una enfermedad terminal, cuyos padres tienen algún grado de educación, probablemente pueda acceder a un tratamiento no previsto en el POS luego de la interposición de una acción de tutela. Si un segundo niño con la misma enfermedad crece en el campo, sin mayores recursos y sus padres son analfabetas, deberá resignarse a morir, nadie podrá interponer por él, probablemente, la necesarísima acción de tutela. Esta situación evidencia cómo el actual estado de cosas en materia de procedimientos constitucionales y las posiciones de “cada cúpula” transgreden gravemente el artículo 13 Superior — derecho a la igualdad: Como en algún seminario de la jurisdicción ya se ha admitido, en Colombia no hay derechos universales constitucionales, sino tutelantes que pueden acceder sectariamente a ellos. ¿No sería deseable que todos los niños, por ejemplo, con enfermedades terminales, independientemente de que sus padres puedan o no interponer una acción de tutela, tuvieran que ser tratados y atendidos, por una única orden contenida en un auto definitivo de la Corte Constitucional, en materia de derecho fundamental a la salud?

¿No será entonces en ese caso mucho más coherente, clara y concreta la lectura de la constitucionalización del derecho continental, como fenómeno interesante del derecho comparado, cuyo estudio se podría abordar para, en serio, enriquecer nuestra dogmática constitucional? Lo que pienso que se debería procurar es, a partir de esa lectura y ahora que el problema es aún “posiblemente manejable”, consolidar en el tiempo las primeras decisiones que articularon los contenidos de cada uno de los textos constitucionales prescriptivos de derechos fundamentales. Podría argüirse en contra que el momento coyuntural y político actual es complejo y peligroso, y que distintos sectores políticos claman por una constituyente, en la que todo pareciera prefigurar que antes que ampliar los derechos constitucionales se los quiere restringir. Sin embargo, considero que es mucho menos peligroso que la Corte se autorregule ahora, aun cuando sea complejo y cuando, tal vez, las resistencias no sean pocas, a que siga profiriendo el peligroso número de sentencias contradictorias con otras decisiones previas; alimentando la inseguridad jurídica en Colombia. Otros aducirán el efecto interpartes que caracteriza a la tutela y el derecho al acceso a la administración de justicia. Al respecto la decisión por vía de auto que ordena “estarse a lo dispuesto” en una sentencia previa en un caso similar, en nada coartaría ese principio: es más, desde un punto

de vista dogmático, lo fortalecería, repito, en cuanto a que los casos iguales se tratarían como iguales, de acuerdo a postulados constitucionales que se contrajeron a principios del siglo XVIII pero que han tenido desarrollos posteriores muy importantes. Por una parte podría citarse la doctrina creada por Schmidt (2001) *Teoría de la Constitución*, Larenz (1960) *Metodología de la ciencia del derecho* y Alexy (2014, 2013) *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*, consecutivamente y, por otro, toda la teoría de la argumentación jurídica apreciada desde la retórica expuesta por Ch. Perelman (1973).

De acuerdo al derecho continental comparado (Alemania, Italia, España), las primeras normas legales para materializar la reivindicación de los Derechos Fundamentales, serían las del derecho civil: En otras palabras, es al juez civil a quien le compete acoger los criterios consolidados sobre defensa patrimonial de los derechos fundamentales, formulados por el tribunal constitucional respectivo (Castro & Calonje, 2015). Específicamente juegan un rol preponderante aquellas normas sobre las cláusulas de responsabilidad (Castro, 2012)⁴³. Por lo menos, por dos razones resultaría deseable la incorporación de la protección patrimonial de los derechos fundamentales: la primera tendría que ver con la más significativa persuasión que generaría una sanción indemnizatoria patrimonial desde el punto de vista civil, para aquel particular que ha violado un derecho fundamental, sobre todo sistemáticamente. Piénsese en una EPS o una IPS que antes que gestionar los derechos de los usuarios, represa tuteladas. Con esta medida se enfrentaría a unas sanciones patrimoniales considerables, dependiendo de las tasaciones que por violación a los derechos fundamentales hagan los jueces civiles. Por otro lado, ello permitiría una alinderación de los casos: todos los asuntos en los que se presente un perjuicio patrimonial evidente (salud, vida, educación, vivienda digna, cultura) podrían ser protegidos preferentemente por vía patrimonial sancionatoria. Ello significa que el daño por violación de derechos políticos clásicos, por ejemplo la libertad, la igualdad o el buen nombre (si se quiere todos los derechos

43 Sobre el particular, funcionan como hito las tres sentencias fundantes de la constitucionalización del derecho privado en Alemania: En primer lugar la sentencia Lüth del tribunal constitucional federal y, posteriormente, las sentencias del jinete y publicación de cartas proferidas por el Tribunal Supremo Federal, evidencian una interiorización judicial del discurso constitucional materializado en las esferas de las relaciones jurídicas particulares a través del fenómeno neoconstitucional, constitucionalización del derecho privado y más concretamente, la patrimonialización de los derechos fundamentales como sanción al infractor sistemático de derechos fundamentales y como reparación al ciudadano trasgredido en sus derechos.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

que no constituyan derechos económicos, sociales y culturales o derechos colectivos) deberían ser previamente protegidos por la jurisdicción constitucional y, luego, en determinados casos, sí tramitadas las acciones civiles para la indemnización por su violación.

Muy seguramente, y en este punto, surgirán varias opiniones contrarias a la solución propuesta sobre la patrimonialización de los derechos fundamentales, en el sentido de advertir que esta posibilidad ya se encuentra regulada en el Decreto-Ley 2591 de 1991, en su artículo 25, disposición que contempla la posibilidad de indemnizar perjuicios por vía de tutela. Sin embargo, y al respecto, me permito responder que lo que se regula en la norma en comento es una hipótesis que solo se materializa en circunstancias bastante excepcionales (o macondianas si se quiere): i) solo se permite en los casos en que el perjudicado no tenga otro medio judicial que le permita obtener la indemnización, ii) debe ser resultado de una violación manifiestamente arbitraria y, iii) únicamente está prevista para el pago de perjuicios de daño emergente (no el lucro cesante o los daños extrapatrimoniales). Por lo tanto, la solución que aquí propongo, contempla no solo esos casos excepcionales del artículo 25 del Decreto-Ley 2591, sino también todos aquellos en donde efectivamente se vulneren derechos fundamentales, atendiendo además al principio de la reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), toda vez que en este supuesto se haría una indemnización completa, esto es, retribuyendo los costos por daños materiales e inmateriales.

Sin duda para ello hay que seguir el precedente de la Corte Constitucional, pero uno se preguntaría en Colombia ¿cuál precedente de todos los muchos contradictorios y equívocos? esta es una pregunta frecuente en la jurisdicción civil donde, a diferencia de lo imaginado por muchos amigos constitucionalistas, existen no pocos jueces bastante proclives a la justicia constitucional. La Sentencia Lüth o las dos primeras sentencias del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre el tema, sin duda son referentes importantes y olvidados por nuestro constitucionalismo; a través de ellas se podrían articular soluciones más plausibles sobre la “constitucionalización del derecho privado”. El nuevo artículo 333 del CGP articula, en términos procesales o adjetivos, la posibilidad de que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, incluso de oficio, ampare los derechos fundamentales, dándoles a ellos un contenido patrimonial como desde 1952 ocurrió en la cuna del neoconstitucionalismo: la República Federal de Alemania.

La constitucionalización del derecho alemán, tanto en su sustancia como en su forma, ha sido tenida en cuenta por la Corte Constitucional, pero podría ser potenciada (y mejorada en sus métodos, como el principio de proporcionalidad, el test de igualdad o el principio de ponderación o argumentación suficiente, en no pocas ocasiones equívocamente aplicados por la Corte Constitucional) a la hora de exhortar a los jueces ordinarios a contribuir con la constitucionalización de los asuntos propios de su competencia. El problema de la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la jurisdicción constitucional comienza a ser tratado por la doctrina nacional. Sin embargo, poco o nada se conoce de los fallos articuladores del derecho constitucional, con el derecho civil alemanes, españoles o italianos⁴⁴.

.....
 44 Al respecto me permito hacer un corto resumen de las tres primeras sentencias que son verdaderos hitos en todo el mundo del derecho constitucional continental, pero en todo caso una traducción propia de las sentencias se encuentra en el texto *La consolidación discursiva en el derecho* (2012) de mi autoría

Sentencia Lüth

El caso puede resumirse así: Un periodista de Hamburgo de nombre Erich Lüth habría convocado a través de la prensa a boicotear el filme "el amante inmortal", que fue dirigido por Veit Harlan y que se basaba en la novela "Aquis Submersus" de Theodor Storm. Harlan durante el periodo nazi se habría hecho famoso como director del filme antisemita "JudSüß". Su nuevo filme debía ser presentado en "la semana del filme alemán". Lüth, como presidente del club de prensa de Hamburgo criticó duramente esa situación, para la apertura de ese festival que tendría lugar el 29 de septiembre de 1950: Lüth consideraba que el director de "JudSuß" sería el menos apropiado para reivindicar la buena fama de los filmes alemanes.

La productora "Domnick-Film-Produktion", una sociedad limitada que había encargado el filme al controvertido director, exigió de Lüth, una rectificación sobre el tema. En una carta abierta de respuesta, Lüth amplió sus acusaciones y tildó a Harlan como "el director número uno de los filmes nazis", quien por lo demás habría sido con el filme "JudSüß", uno de los más importantes exponentes de la campaña asesina judía. Por lo tanto justificó su actitud, como el que sería "no solo el derecho de un alemán decente, sino incluso su obligación. Él debía mantenerse en pie de lucha contra este indigno representante de los filmes alemanes, a través de la protesta que llamaba al boicot."

La compañía productora y la sociedad limitada Herzog, que distribuía la película de Harlan a nivel federal, consiguieron al respecto una sentencia de primera instancia en contra de Lüth en un **tribunal civil** del Land (*Landgericht*). A través de ello, le fue prohibido a Lüth intimar a los propietarios de teatros alemanes y a los distribuidores de películas, para que ese filme no fuera visitado o proyectado. El tribunal de primera instancia vio en esa invitación de Lüth una exigencia contraria a las buenas costumbres: un boicot con el objetivo de evitar un nuevo posicionamiento de Harlan como creador de filmes representativos de otros temas. Harlan además habría sido declarado libre en última instancia, en un proceso penal adelantado a causa de su participación en el filme JudSüß. Y, por último, no existía una limitación subordinante, con fundamento en esa decisión, por proceso alguno de desnazificación en el ejercicio de su profesión. La opinión personal de Lüth sobre Harlan no tenía en ese contexto ninguna importancia. Él habría sin embargo invitado a la opinión pública, a través de un determinado comportamiento, a hacer imposible la proyección de los filmes de Harlan y con ello la reaparición de Harlan como director de otra clase de películas. Ello fue considerado entonces como un hecho dañoso de acuerdo con lo preceptuado en el §826 del código civil alemán, que debía terminarse. Por lo tanto, era necesario limitar ese comportamiento, a través de una disposición omisiva. El agente causante de los perjuicios Lüth debía pues omitir en el futuro ese comportamiento gravoso e indemnizar los daños ocasionados.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

Lüth interpuso contra esa decisión una acción de tutela ante el Tribunal Constitucional Federal. Él hizo valer el argumento de haber sido afectado por la violación de su derecho a la libre expresión de su opinión, de acuerdo con el artículo 5, párrafo primero, frase primera de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Supremo Constitucional concedió la tutela.

El Primer Senado (la sala primera de decisión) del Tribunal Supremo Federal partió de la pregunta de ¿en qué medida los derechos fundamentales podrían ser también derechos de protección en las relaciones de particular a particular? Mientras los derechos fundamentales en principio están dirigidos a la protección del particular contra los abusos del Estado, el caso puesto a consideración del Tribunal Constitucional Federal versaba sobre un asunto de derecho privado eminentemente; concretamente se trataba de una pretensión omisiva de defensa por vía del §826 del BGB entre personas privadas (productor de películas y distribuidor de películas) contra un particular (el periodista Lüth). Esa fue la pregunta nuclear del procedimiento constitucional.

El Tribunal Constitucional subrayó en sus argumentos que la Ley Fundamental se debía pues contemplar como un sistema de valores, cuyo punto medio se encontraba en la personalidad humana desarrollada al interior de la comunidad social. Como tal, ella debería valer para todas las áreas del derecho que fueran expedidas como directrices por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Por lo tanto, la Constitución influenciaría también el derecho civil. Los puntos de contacto para la valoración contenida en la Constitución, serían las posibilidades de otorgamiento de contenido valorativo, así como los conceptos necesarios y las cláusulas generales del derecho privado con cuya interpretación, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales deberían encontrar validez.

Esto se instituyó desde entonces en el así llamado "Efecto indirecto entre terceros" de los derechos fundamentales. Así, ninguna norma de derecho privado, podría estar en contradicción con el sistema de valores surgido con la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; cada norma debería ser interpretada en el espíritu de la Constitución. Del artículo 1, párrafo 3° se sigue entonces que, junto al poder ejecutivo y legislativo, también la jurisprudencia está atada a los derechos fundamentales.

Esta decisión ha sido contemplada como una de las más importantes de todo el derecho constitucional mundial, no solo porque habría regulado el área de la libertad de opinión, sino porque además habría posicionado los derechos fundamentales como un orden valorativo objetivo para todas las áreas jurídicas. Esta dimensión le otorga a la sentencia una significación de prevalencia casi absoluta, en especial con respecto a su "efecto de perduración".

Esta sentencia supervaloró adecuadamente los derechos fundamentales. Ellos dejaron de ser normas dirigidas exclusivamente al Estado y fueron ampliados a todas las relaciones sociales. Ellos dejaron de ser así entonces, solo derechos de defensa subjetivos del individuo contra el Estado. Los derechos fundamentales se garantizaron incluso ya al lado de las obligaciones omisivas, bajo las circunstancias también obligacionales de hacer en interés del aseguramiento de la libertad (Obligaciones de protección "*Schutzpflicht*"). Pero ahora su influencia vino a terminar ya no solo en la ley expedida por el legislador, sino que se amplió a la interpretación jurídica y a la aplicación del derecho en materia de controversias jurídicas privadas a la interpretación judicial.

La sentencia concedió a la Ley Fundamental entonces una nueva instancia regulativa que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, debería siempre ser tenida en cuenta, especialmente en las así llamadas colisiones de los derechos fundamentales. Esto aumentó considerablemente la posición jurídica de la Constitución.

Sentencia publicación de cartas

El primero de los casos fallado por la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, ha sido llamado "Publicación de Cartas". Algo que desde ya resulta necesario subrayar es que la Sala Civil del Tribunal Federal busca crear conexiones argumentales entre las decisiones que, previamente a la expedición de la Constitución de 1949, había expedido el Tribunal Imperial (Das *Reichsgericht*) con el nuevo entendimiento de los derechos personalísimos, bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1949.

El caso puede resumirse, básicamente así:

Una editorial (la demandada en el caso) publicó en su revista semanal un artículo sobre un "análisis político con motivo de la fundación de una nueva casa bancaria". El artículo contenía opiniones con respecto al nuevo banco

de negocios internacionales, fundado por alguien que había desarrollado actividades políticas durante el régimen nacionalsocialista y en los años posteriores a la guerra.

Como mandatario de esa persona, el demandante, abogado de profesión, envió a la demandada un escrito en el que con referencia al tema solicitaba la rectificación de algunas informaciones sobre su mandante.

La demandada, además de que no dio ninguna clase de respuesta a la solicitud del demandante, realizó una publicación en su siguiente edición en "cartas de los lectores", junto con otras cartas, de la solicitud de rectificación del demandante, omitiendo ciertas cosas y modificando otras.

El demandante consideró que con esa publicación se violaron sus derechos personalísimos. Solicitó entonces condenar a la demandada a rectificar sus afirmaciones y a mencionar que el demandante no había enviado ninguna "carta de lector". Tras la revocación por parte del Tribunal Supremo de Hamburgo de la sentencia de primera instancia que había accedido a lo pretendido, la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal entró a revisar el caso.

Los dos puntos principales de la argumentación de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, para fundar su decisión fueron que, además de darle un tratamiento histórico al problema, citando la labor del Tribunal Imperial en cuanto a la protección de los derechos de la personalidad, cita la posición de un par de civilistas (Gierke y Köhler) que habían evidenciado la necesidad de darle una protección más rigurosa a los derechos de la personalidad que tenían que ver con la publicación de documentos privados, se inmiscuye con absoluta propiedad en el tema constitucional para, en segundo lugar, decir que:

"[D]esde y a partir de la fijación en la Ley Fundamental del derecho de las personas, a la protección de su dignidad (Art. 1 Ley Fundamental) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también como algo privado, de cualquier persona, como derecho válido reconocido; en la medida en que ese derecho no lesione los derechos de otro, ni atente contra el orden constitucional o las buenas costumbres y el orden público (Art. 2 Ley Fundamental), debe ser visto el derecho a la personalidad general, como un derecho fundamental garantizado constitucionalmente (...)

Aquí no resulta, pues, necesaria ninguna clase de discusión minuciosa sobre si y en qué medida la protección de ese derecho general de la personalidad exige una delimitación especial, a través de una ponderación de bienes. En el caso particular es delimitado a través de intereses privados o públicos, que prevalecen frente al interés de la intangibilidad de la esfera propia de la personalidad. Así, en un caso litigioso, desde los intereses dignos de protección del demandado, no podría desprenderse justificación alguna para el proceder objetado del demandante.

Por el contrario, aquí han sido lesionados intereses jurídicos de la personalidad del demandante, a través de la forma de publicación escogida por el demandado del escrito de rectificación, además bajo la eliminación de partes esenciales de su escrito.

Cada fijación idiomática de un determinado contenido mental también es, incluso cuando a la forma de fijación no le puede ser otorgada una posibilidad de protección del derecho de autor, una emanación de la personalidad del autor. De lo anterior se sigue que, fundamentalmente, sólo al autor le asiste la facultad de decidir "si y en qué forma" pueden ser entregados sus documentos a la opinión pública, pues cada publicación de documentos, resultante bajo el anuncio de un nombre de una persona, aún viva, es tomada -con razón- por la comunidad como una manifestación de la concordante voluntad correspondiente al autor".

Caso del Jinete

Por último, el caso del caso del Jinete, fallado también por el Senado Civil, del Tribunal Supremo Federal. A través de esta decisión se sientan las bases del reconocimiento de los derechos fundamentales como pilares primigenios de los bienes jurídicos tutelados en materia de responsabilidad civil. El así llamado caso de "el Jinete" ha cobrado, de manera merecida, una notable fama en todo el tema del derecho de responsabilidad civil extracontractual, desde su expedición y hasta el día de hoy, prácticamente en toda Europa.

El caso puede resumirse de la siguiente manera: una empresa farmacéutica difunde un cartel con la reproducción de una foto del demandante en que aparece como jinete de competencia. La publicidad era a favor de un producto para el mejoramiento del desempeño sexual. El demandante acciona para la indemnización de los perjuicios, que le han sido causados por la difusión del cartel publicitario. El alega que se le debería pagar la indemnización

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse•

Importancia de las sentencias

De las dos sentencias resumidas, proferidas por el Senado o Sala Civil del Tribunal Supremo Federal se pueden desprender varios puntos esenciales ahora, así:

Sea lo primero decir que en la República Federal de Alemania, luego de la expedición de la Constitución de Bonn, en 1949, se profirió una sentencia por el Tribunal Constitucional que mencionó que los derechos fundamentales también son válidos entre particulares y que hay una especie de fenómeno de irradiación de esos derechos a las relaciones jurídico-privadas (Sentencia Lüth) . Posteriormente, esa noción, fue asumida por el Tribunal Supremo Federal, en su Sala o Senado Civil y se desarrolló a través del reconocimiento de los derechos fundamentales como bienes supremos de todo el ordenamiento, los cuales tienen una protección de tipo patrimonial; esto es que, además de los bienes jurídicos tutelados civilmente de manera taxativa por los parágrafos (§§) 823 o 826 están, por encima de ellos, los derechos fundamentales, que deben ser adicionados a esa lista de bienes jurídicos.

La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión (*Meinungsfreiheit* en sentido amplio, o sea entendiéndola como continente también de la libertad de prensa, o derecho de radiodifusión o emisión del cine, entre otros), son los derechos que, al ser entendidos como bienes jurídicos, susceptibles de ser afectados por un daño, un perjuicio o una amenaza, permiten una articulación entre el derecho constitucional y el derecho civil. Estos nuevos bienes jurídicos están lo suficientemente tutelados, incluso patrimonialmente, en caso de afectación, violación o amenaza. Así mismo hay expresiones-extensiones de la personalidad que se consideran como un bien *per se* (cartas, fotos propias,

equivalente a lo que él hubiese cobrado, si él hubiese permitido a la demandada la utilización de su imagen para la respectiva publicidad.

Lo trascendente de la decisión gravita entorno a que por primera vez el Tribunal Supremo Federal, en su Sala de Decisión Civil, arguye que los derechos fundamentales tienen un componente de amparo patrimonial que se debe tasar por la violación misma del derecho fundamental y no como la consecuencia de la violación de otro derecho de carácter patrimonial, como por ejemplo el valor que hubiese tenido una licencia en caso de haber sido concedida.

Adicionalmente la decisión pone de presente que los derechos personalísimos de disposición sobre la propia imagen o sobre los mismos derechos personalísimos es un valor supremo del ordenamiento, lo que se traduce en que patrimonialmente deben ser tasados con mayor esmero y minucia: a eso se contrae su crítica de la decisión de segunda instancia, que por lo demás no modifica, sino en cuanto a los argumentos y las razones para tasar los daños irrogados a un derecho fundamental personalísimo, derivado del libre desarrollo de la personalidad.

la imagen del sujeto, su voz y por supuesto sus opiniones) y que, en caso de ser violados, publicados o afectados dan lugar a la indemnización patrimonial de tipo civil.

Adicionalmente a ello, cabe referir que tras el proferimiento de las dos sentencias citadas por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, el tema se vuelve tranquilo, tanto en materia constitucional como en materia civil y, a la luz de la dogmática, lo que sin más significa que, entendidos los derechos fundamentales como bienes tutelados también por la ley civil-patrimonial, es dable recurrir a la jurisdicción civil para exigir frente a terceros la indemnización correspondiente por la violación, afectación o amenaza de los mismos.

De otro lado, cabe anotar que hay reconocimientos jurídicos que solo puede hacer la jurisdicción civil. Esto es, que el reconocimiento del contenido patrimonial de los derechos fundamentales solo puede ser declarado de manera primigenia u originaria por la jurisdicción civil, valga decir, que ninguna otra jurisdicción podrá hacerlo.

De alguna manera sería consecuente también dejar sentado que si se quiere hablar en serio de la constitucionalización del derecho civil, es menester provocar desde la dogmática que materias como la responsabilidad civil extracontractual reconozcan como bienes supremos del ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales: en ese contexto cabe reiterar que esos derechos fundamentales no se deben proteger por la conexidad que tengan con otros derechos subjetivos de tipo patrimonial como, por ejemplo, el derecho a la propiedad intelectual de las propias fotos o el derecho moral sobre la autoría de una carta, sino porque *per se* representan un derecho con contenido patrimonial, que además es supremo dentro del ordenamiento.

A esta altura huelga pues mencionar que la dogmática jurídico constitucional nacional se ha quedado corta a la hora de promover esa materialización de amparo patrimonial para los derechos constitucionales. A más de descripciones pesimistas de la situación (Calderón Villegas, 2013), la dogmática se contrajo única y erradamente a la construcción de líneas jurisprudenciales que además de no ser verdaderamente útiles, más para tratar de dar un orden a los iniciales pronunciamientos de la Corte Constitucional, en realidad no informan el objeto de lo que debería ocurrir en materia de constitucionalización del derecho privado en el sistema continental y para el país.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

Como ya concordantemente ha sido expuesto, la dogmática tiene dos funciones: i) dar cuenta de manera crítica de lo que en realidad ocurre en los desarrollos legislativos y en la jurisdicción (Hattenauer, 1978; Larenz & Canaris, 1995 y Alexy, 1997) y, a través de sus críticas válidas, ii) provocar cambios al interior de la concepción del derecho. Pero promover métodos erráticos además de inconsecuentes con el sistema continental del que se desprende nuestro ordenamiento jurídico, en el que además la precisa función del precedente ha quedado delimitada hace mucho tiempo, como bien se desprende de toda la obra de Robert Alexy (1997, p. 265), es un verdadero despropósito que flaco favor le hace al desarrollo jurídico del país.

No es para nada despreciable, por ejemplo, la postura del constitucionalismo adecuado, originada a raíz de las formulaciones de Alexy, y que ha ido consolidándose poco a poco en un sector doctrinario del país, en virtud de la cual se pretende encontrar un punto medio entre las excesivas intromisiones de la Corte Constitucional y las teorías que propugnan en el aislamiento del constitucionalismo respecto del resto de jurisdicciones. En medio de la búsqueda de ese ideal, se reconoce la constitucionalización del derecho privado bajo el entendido de que la jurisprudencia de la Corte permite ser moderada por esta misma corporación, a través de la incorporación de raseros concretos y específicos para las distintas situaciones que se lleguen a presentar, esto de conformidad al derecho o derechos fundamentales que estén en juego y a la intensidad en que, eventualmente, estos se vean afectados (Calderón Villegas, 2011, pp. 54 y ss.).

Creo que resulta incuestionable que promover el pronunciamiento de los más altos tribunales (jurisdicción civil) sobre los más altos valores jurídicos (derechos fundamentales) sin ningún ánimo propiciatorio de precedentes, sino de verdadera articulación de normas y sistemas sería una labor digna y atinada de la dogmática. El sistema alemán —por antonomasia sólido— dentro del espectro de derecho de cuño continental podría ser una puerta de comparación para los jueces civiles nacionales, ya en mora de hacer historia constitucional sobre nuestro ordenamiento privado. A su vez el nuevo artículo 333 del CGP abre pues una puerta valiosa en ese marco propiciatorio de verdadero desarrollo de unidad jurisprudencial constitucional.

Las cláusulas generales de responsabilidad —como bien lo ha puesto de presente Acosta (2009) y como bien se ha visto en los dos casos (descritos y fallados

por la Sala Suprema Civil) del país que primero implementó el constitucionalismo material en el sistema continental europeo— son objetos jurídicos esenciales en el tema de la constitucionalización del derecho privado, ya que han sido históricamente esas normas las que permiten la interconexión y la interlocución con el derecho constitucional (a través de la indemnización patrimonial, derivada de los daños causados a la esfera íntima de las personas), a través de la instrumentalización de los mismos derechos fundamentales, entendidos como bienes jurídicos intangibles y, por ende, imperturbables, incluso y en especial, a nivel patrimonial. Así como aconteció con la aplicación de los §§ 823 y 826 del BGB, sería absolutamente lógico y deseable que ello ocurriera con normas como las contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano, en donde en buena hora —hay que decirlo— la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo atrás está en deuda de desarrollar una intervención del más profundo orden vanguardista para amparar los derechos fundamentales de los recurrentes en casación, que ella haya visto afectados, por ejemplo⁴⁵.

A ese respecto se evidencia, de manera instrumental también, que luego de la expedición de la Constitución de 1991, no pocas cosas deberían verse modificadas a nivel de rigurosidad jurisdiccional y de procedimiento civil; y dentro de ello, la función del recurso de casación debería ser analizada entonces a la luz del Estado social y democrático de derecho que desde hace más de veinte años nos gobierna.

¿Conclusiones? si es posible proponer algunas:

El artículo 333 del nuevo CGP articula una norma adjetiva que le abre a la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, la posibilidad de constitucionalizar por primera vez la interpretación de las normas legales de tipo civil o comercial. Ojalá que para ello se nutra la Corporación en el derecho comparado que con seriedad y rigurosidad proviene de la cuna del neoconstitucionalismo. Ojalá que el contenido patrimonial que se dé a los derechos fundamentales

45 Si bien en los últimos años La Corte Suprema de Justicia ha mostrado una notable postura de expansión, en cuanto a los daños indemnizables (ello, seguramente, a raíz de que se vieran rezagados frente a la actitud vanguardista del Consejo de Estado), lo cierto es que las sentencias de casación se están resolviendo aún con bastante independencia del derecho constitucional. Sin embargo, véase, por ejemplo, la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Ariel Salazar Ramírez), en donde se comienza a discutir acerca del daño a la persona; en ella se incluyen, entre otros, valores fundamentales de tipo constitucional como lo es la protección a los derechos personalísimos y su respectiva indemnización en caso de perjuicios causados.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

permita a los jueces civiles de menor jerarquía apropiarse de un discurso constitucional coherente con la más avanzada técnica dogmática continental. El respeto del precedente, las *obiter dicta* y las *ratio decidendi*, las conocía nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde 1910. Nada hay nuevo entre el cielo y la tierra.

Por otro lado, este artículo no tiene la intención de generar diatribas o enmendar apologías, es la descripción deshilvanada de un civilista que, desde otra perspectiva del problema de la jurisdicción constitucional colombiana, trata de poner de presente el peligro de su deterioro, de su hibridez actual y, por ende, las dificultades para articularla con la jurisdicción civil; por último, trata de evidenciar la importancia del artículo 333 del nuevo CGP, desde una perspectiva teleológica. Siempre desde la búsqueda de soluciones plausibles y el mejoramiento de la seguridad jurídica que le compete garantizar al Estado neoconstitucional. Es también un llamado a los constitucionalistas (el grueso de juristas que se enorgullece de serlo) a desprenderse de métodos dogmáticos abstrusos, a lo sumo inoperantes, que tal vez no pueden mejorarse más o, por el contrario, a abrir sus cerrados senderos para que los derechos de los colombianos (de todos los colombianos, no solamente de aquellos que están en capacidad de interponer una tutela) sean mucho más sólidos en términos de justiciabilidad certera e igualitaria.

La constitucionalización del derecho no se ha dado en ningún país occidental a través de líneas jurisprudenciales como ingenuamente nos lo pretende hacer ver una parte de la doctrina, muy por el contrario, se ha dado por la lectura juiciosa de los derechos fundamentales por parte de cada uno de los jueces que integran la jurisdicción, sobre todo la constitucional y la ordinaria civil. Ello ha comportado que la jurisdicción civil sea la primera llamada, en su cúpula, a delinear los contenidos patrimoniales de los derechos postulados constitucionalmente, como ocurrió con la adopción por parte del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal alemán, de criterios ofrecidos primigeniamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Quizás el nuevo artículo 333 del nuevo CGP permita hacer una lectura válida de los derechos fundamentales a nivel patrimonial, permitiendo articular una verdadera univocidad jurisprudencial. Habrán de estar vigilantes la dogmática y la crítica académica, para que ojalá ello ocurra en la justa y necesaria medida en nuestro país.

LOS INTERESES MORATORIOS CIVILES EN EL DERECHO OBLIGACIONAL COLOMBIANO: PACTO, PRESUNCIÓN, CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

Un ensayo histórico y comparado de *lege ferenda* sobre la concepción de la onerosidad en el derecho privado bajo la vigencia de la Constitución de 1991

Resumen

El derecho privado, y en especial el de las obligaciones, está estrechamente vinculado con otra serie de consideraciones económicas, históricas y de derecho comparado, sobre todo en los convulsionados y contradictorios tiempos de globalización que vivimos y que parecen recobrar su significación. Las obligaciones dinerarias y, en especial, su tasación sancionatoria por vía de intereses deberían ser releídas, en las democracias neoconstitucionales latinoamericanas emergentes, a través de esos instrumentos, so pena de que los criterios económicos terminen minando la solidez del Estado Social mismo y por contera la supervivencia de los ciudadanos.

Abstract

Private law, and especially obligations and agreements law, is closely linked with another set of economic, historical and comparative law arguments, especially

in the convulsed and contradictory times of globalization that we live and which seem to regain their significance. Monetary obligations and, in particular, their imposition of sanctions by way of interests should be re-examined in the emerging of the Latinamerica new constitutional democracies through these instruments, on the grounds that economic criteria would end up undermining the solidity of the social state itself and thus ensuring survival of the citizen.

Keywords: Neoliberalism, Social State, obligations law, money, interest, assessment, arrears, covenant, constitutionality.

Palabras clave: Neoliberalismo, Estado Social, derecho de obligaciones, dinero, intereses, tasación, mora, pacto, constitucionalidad.

Introducción y planteamiento del problema

El péndulo que acota las ideas políticas y económicas entre las de extrema derecha y las de extrema izquierda, neoliberalismo e intervención social, parece haber llegado a uno de sus extremos en el año 2016: ¡Comienza el duro y peligroso regreso! Paradójicamente es el representante más llamativo de la derecha: Donald Trump, presidente electo de los Estados Unidos de Norteamérica, quien pretende liderar la limitación al libre comercio, a la globalización y a la economía mundial, para volver a los proteccionismos, al *antidumping* y a la valoración del trabajo y la industria norteamericanas: sus propuestas y sus objetivos sin embargo son tan pueriles como contradictorios. No existe un mínimo de consistencia política entre cada una de sus afirmaciones y sus propuestas (Hirschfeld & Preston, 2016).

En ese marco, aparecen sin embargo voces críticas, un tanto más coherentes, que abogan por la pervivencia de dos elementos esenciales en el mundo globalizado neoliberal: el Estado de derecho y, por encima de todo ello, el individuo. Thomas Piketty, economista francés es una de esas, también confusas voces, que lamentable y sorprendentemente mucho eco ha cobrado en el corifeo internacional de la reivindicación social. Luego de confesar que no ha leído completamente el capital de K. Marx, publicó un libro que denominó *El capital en el siglo XXI* (2014) y en el mismo es perceptible verdaderamente su falta de profundidad de conocimientos en historia y valoración económica. Sin embargo, capitalizando su popularidad se ha dado a la escritura de interesantes textos sobre la redistribución de la riqueza en el mundo contemporáneo.

Él, junto con otros académicos de las ciencias económicas y sociales, como Tony Judt (2010) o el mismísimo Joseph Stiglitz (2012) aparecen, poco a poco, como adalides que pretenden crear una dicotomía interesante sobre la estabilidad necesaria que debe existir entre constitucionalismo y neoliberalismo. En principio pareciera que lo uno no tiene nada que ver con lo otro, en la medida en que una es una categoría jurídica y la otra económica, pero paulatinamente en textos focalizados como *Ciudadanos y consumidores* de Nestor García Canclini (1995) o en el *Futuro de la Democracia* de Bobbio (2001) o la *Refundación del Estado en América Latina* de Boaventura de Sousa Santos (2010), pareciera aflorar, poco a poco, la intencionalidad específica para varios países, de propiciar esa discusión: el neoliberalismo sí pareciera tener un límite que va a materializarse en la postulación y respeto de derechos fundamentales de los individuos atados por el Estado nacional. Así, un principio que pareciera derivarse de esas lecturas es que, por más movilidad libre del trabajo y, sobre todo, de los capitales, que exista alrededor del planeta, lo cierto es que los Estados nación van a ser un baluarte defensivo para los ciudadanos que, así contextualizados, van a tener que poder acudir a sus legislativos o a sus jurisdicciones para hacer proteger su propia subsistencia y la de sus familias.

Más allá incluso de las interesantes reflexiones de García Canclini (1995), pareciera que el derecho social alemán fundado desde Otto Von Bismarck y su difusión hacia las socialdemocracias nórdicas: Suecia, Noruega, Holanda, Bélgica, Islandia y Escandinavia, ha sido el referente material clásico de esa teoría de equilibrio necesario entre la economía liberal manchesteriana inglesa y la pervivencia de derechos de los sujetos de la Europa continental, todo lo cual ya era una discusión válida en los primeros catorce años del siglo XX.

Pero más llamativo aún es el hecho de ese planteamiento que tiene más de una centuria y que para entonces no fue muy exitoso, tras las peores crisis económicas de los últimos tiempos y específicamente desde 2008 hasta hoy, son esas mismas naciones, las que han logrado obtener una estabilidad económica, que además brinda un margen amplio de calidad de vida y materialización de derechos sociales a sus ciudadanos.

En efecto, equívocamente se vincula esa estabilidad a fenómenos mal entendidos, como el mal llamado milagro económico alemán de la posguerra financiado por capitales norteamericanos, o a la postulación de los derechos fundamentales

como vinculantes y obligatorios, por primera vez en el sistema continental, a través de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y se minimiza la importancia de la legislación social que ha existido en Alemania desde finales del siglo XIX. Por supuesto, todos y cada uno de esos fenómenos han sido elementos de influencia importante en la perpetuación del respeto de los derechos ciudadanos y la redistribución económica, pero como lo hemos dicho en otros espacios y documentos, debería revalorarse nuevamente el papel de la legislación social en la duradera estabilidad de la economía alemana, que es, en palabras de los entendidos, la única que no ha sufrido mayores reveses y, de hecho, la única del mundo que sufre de un superávit problemático desde 2008 hasta nuestros días (Cfr. con Arango Rivadeneira (2001)).

Dos reflexiones adicionales parecen necesarias ahora. La primera tiene que ver con que esas socialdemocracias parecerían tener la virtud y la vocación de volverse un referente para las nacientes e incipientes democracias neo-constitucionales latinoamericanas que a duras penas tratan de solventar sus dificultades financieras con un equilibrio fiscal bastante delicado, pero que —a pesar de postularlo— desconocen (y deben desconocer) los derechos sociales altamente pregonados por sus ordenamientos, por mera imposibilidad económica. Esa referenciación, sin embargo no ha sido categorizada de buena manera en Latinoamérica, en parte por una tozudez investigativa y en parte por una falsa percepción de las significativas diferencias que existen entre las dos regiones: La Europa nórdica y una Latinoamérica posmodernista tropical. Sin embargo, no se apuntalan correctamente las características críticas que tanto a nivel histórico como económico han acompañado a los dos grupos de reformas constitucionales.

El otro punto trascendente tiene que ver con que la legislación social no es un todo, no solo tiene que ver con seguros de vida, de niñez, de maternidad de escolaridad, universitarios, de desempleo y muerte, sino que más que una legislación se habla de un “sistema jurídico social” que no solo comporta la expedición de normas legislativas respectivas, sino la reinterpretación constitucional y social de toda la legislación clásica: un elemento decisivo en ese sistema es la debida reinterpretación sobre la remuneración dineraria en los códigos civiles, que en Alemania fueron incluso posteriores a la creación del sistema legal social⁴⁶.

46 Recuérdese que el sistema social es de 1880 y el BGB es de 1900.

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

Pero adicionalmente es necesario postular que la realización del Estado social en nuestras latitudes se ha visto fuertemente obstruida por la lectura adjudicativa anacrónica y retardataria que parece opacar la reluciente renovación constitucional. Elementos adicionales como el principio de utilidad de Wilfredo Pareto, que en sistemas judiciales desarrollados es una constante analítica en los espectros negociales sometidos a valoraciones de equidad (y que ha supuesto que dos expertos reciban el premio nobel de economía este año), deberían ser puestos de presentes, pero como es claro, el avance de las ciencias sociales y, en especial, de la apreciación judicial suele ser paulatino y progresivo. Pero ojalá, poco a poco, se incorporen esta clase de instrumentos para medir la justicia y la equidad de la autonomía privada. En ese contexto este ejercicio tratará entonces de dinamizar debidamente el sistema obligacional civil y sobre todo el sistema de cobro de intereses durante la mora.

Importancia y difuminación de las relaciones obligatorias dinerarias

Las obligaciones dinerarias son sin lugar a dudas las más importantes de toda la dogmática del derecho privado. Si no se quisiera admitir esa situación, a lo sumo debería reconocerse que por lo menos son las más frecuentes, no solo por cuanto el dinero es por antonomasia la forma ideal de pactar la remuneración certera de bienes y servicios en muchísimos ámbitos tanto mercantiles y empresariales (todos los contratos de consumo) como civiles (la obligación alimentaria entre cónyuges o entre ascendientes y descendientes), administrativos (destinación de unos montos pertenecientes al erario para la realización de los fines del Estado), o incluso, del derecho punitivo (la indemnización por los daños ocasionada por el particular sujeto a los procedimientos sancionatorios, disciplinarios o penales, podrá incluso a través del principio de oportunidad —figura importada del derecho anglosajón— instar a las autoridades estatales a renunciar a su ánimo de persecución sancionatoria, siempre y cuando, transaccionalmente, todos los perjuicios causados a la víctima del delito o culpa hayan quedado o se entiendan resarcidos por las dos partes involucradas en el hecho)⁴⁷.

.....
47 Sobre el particular el lector puede confrontar las lecturas que sobre las obligaciones dinerarias realizan autores como Wolf y Neuner (*Allgemeiner teil des burgerlichen rechts*, 2012, p. 20), Medicus y Lorenz (*Schuldrecht I*, 2012) y en similar sentido Hinestrosa (2002, pp. 149 y ss).

Así, no solo a través de la regla de reconocimiento atinente a las fuentes de las obligaciones es dable admitir que la obligación más frecuente tiene que ver con el dinero, sino que la responsabilidad por el incumplimiento del dar, hacer o no hacer, entendidos como débito, deberá siempre ser tasada en dinero, para el momento de la responsabilidad. En efecto, a través del negocio jurídico obligatorio que así a bien tiene pactarla, del daño como fuente de responsabilidad indemnizatoria, que desde la *lex aquilia* abstrae la *vindicta* idéntica (ojo por ojo, diente por diente, etc.) como forma de resarcimiento y solo permite pagarse, previa sentencia, (sobre y) el patrimonio del ahora deudor, que en su momento fungió como agente causante del daño o sobre el de sus herederos; el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, van a ser todos primigeniamente categorías, en las que la obligación pecuniaria nace a la vida jurídica como forma comprensiva, compensatoria e idealizada de la prestación que el deudor debe extinguir frente al acreedor. Esa obligación pecuniaria debe ser cumplida a cambio de un bien o un quehacer que ha desplegado o deberá desplegar la otra parte en los contratos bilaterales o conmutativos o bajo la comprensión de la relación obligatoria decimonónica.

El dinero en una democracia constitucional social

Sin embargo, pareciera, como en otros escenarios lo hemos puesto de presente (Castro, 2013), que en las democracias latinoamericanas pareciera abstraerse el mundo del derecho privado a la variación de las relaciones fundamentales constitucionales, lo que, sin lugar a dudas representa un desacierto gravoso para la garantía más comprensiva de los derechos de los individuos y sobre todo una desventaja significativa para el desarrollo dogmático serio del derecho, pero además implica una talanquera de no nimias proporciones para la consolidación económica de estas mismas naciones.

Al respecto, este ensayo trata de analizar de manera sencilla la comprensión de la obligación dineraria, la generación de intereses en las relaciones obligatorias, diferenciando su naturaleza civil y mercantil, y valiéndose de argumentaciones constitucionales, de derecho comparado e históricas. Con ello se trata de evidenciar cómo en el estado normativo actual pareciera evidente que en materia civil no es posible exigir intereses de ningún tipo cuando ellos no han sido acordados

• Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

por convenio expresamente, y de manera contraria a lo que ha afirmado la jurisprudencia; apartándose de las afirmaciones de la dogmática dominante. Además muestra cómo la tarea del juez va a ser (debería ser) mucho más irrestricta a la hora de constitucionalizar la prestación obligatoria de carácter dinerario, y como la limitación judicial de intereses que legalmente se le ha impuesto, debería ser más frecuentemente aplicada en todos los espectros decisionales de su tarea⁴⁸.

Restringida regulación legal de la obligación dineraria, explicación y abordaje por la jurisprudencia

Los códigos de la era legislativa respectiva⁴⁹ del derecho continental se orientan más a la regulación de la cosa debida entendiéndola como una de dos cosas: o como un cuerpo cierto o como un género. Por el contrario, las regulaciones sobre las obligaciones de dinero, dentro de esos trabajos legislativos son muy puntuales, por no decir que escasas, o en algunos casos, inexistentes. Así, por solo referir dos casos, en el *Bürgerliches Gesetzbuch* encontramos escasas normas al respecto §§ 244 — 248, 270, 272, 288 — 291, 301 y en el Código Civil Colombiano, salvo la regulación del mutuo arts. 2221 y ss., solo existen un par de normas, el art. 1617 y un par sobre el pago, (entre otras los artículos 1653 y 1654), que se refieren a la obligación dineraria como tal (Cfr. Medicus & Lorenz, 2012, p. 89; Hinestrosa, 2002, p. 149 y Ospina Fernández, 2008, p. 279).

.....
 48 A diferencia de lo que sucede en nuestros despachos judiciales civiles, en los cuales a través de un auto de formato se ordena por secretaría limitar el cobro de intereses, lo que debe desarrollarse al interior de la práctica judicial es la restricción del cobro excesivo de intereses, a través de la aplicación rigurosa de los principios de inmediatez y veracidad del juicio concretada en un estudio de justificación constitucional, legal y de razonabilidad de los intereses que se pretenden exigir en virtud de los procesos ejecutivos, para que en caso de no cumplir tales requisitos, se proceda a sancionar al acreedor con la pérdida de los intereses cobrados en exceso tal cual lo prescribe el artículo 884 del Código de Comercio.

49 El proyecto codificador tuvo como baluarte la consolidación de un Estado-nación absoluto capaz de regular todas las relaciones humanas de sus súbditos mediante el monopolio del uso de la fuerza, la administración de justicia y el poder soberano de definir el derecho. Es así como a través de la expedición de códigos, leyes, decretos, normatividades en general, fue posible unificar regulaciones desarticuladas al interior del territorio de un determinado Estado. Las características anteriormente referidas se pueden ubicar históricamente alrededor de 1648 en tiempos de la denominada “paz de westfalia”, época en la cual ya se habían consolidado en Europa Estados más o menos estructurados y sólidos, capaces de ordenar, regular y orientar las conductas de sus administrados de acuerdo a normas uniformes y públicas. Este proceso de estatalización y necesaria codificación de la vida social marca la ruptura con el estado de cosas de la Edad Media, época esta en la cual predominaba un pluralismo jurídico desordenado y sin la existencia de un Estado absoluto que se abrogue el monopolio de la fuerza, el monopolio de la creación normativa y la administración de justicia (Marquardt, 2009).

Frente a esa situación, y como en la parte introductoria ya se ha referido, las obligaciones con contenido pecuniario son las más frecuentes y por lo mismo y de alguna manera las más importantes en el tráfico jurídico: el precio de compra, el canon de arrendamiento, el salario, la remuneración de los contratos de obra, de asesoría, etc.. Pero incluso, si la prestación y contraprestación se contraen a cosas diversas que no sean dinero, su incumplimiento durante el débito, implicará que en el momento de tasar la responsabilidad, la misma prestación omitida o imperfecta se cuantifique a través del así llamado subrogado pecuniario: esto es, en dinero, como ya arriba ha quedado dicho.

Vale anotar aquí, que en general se ha entendido, que pareciera ser una herencia del *Corpus Iuris Civilis Justiniano* la concepción de que el dinero debería regularse solo para el caso de ese reemplazo posterior de la cosa debida: esto es como un asunto de solvencia relativa del deudor, que podría siempre extinguir su vínculo con dinero, en el caso del incumplimiento absoluto o relativo, imperfecto o moratorio (Cfr. Medicus & Lorenz, 2012).

Sin embargo, también vale acotar que la expedición temprana (Código Civil chileno/colombiano) o tardía (BGB) de los códigos, nunca tuvo la pretensión de ser ni mucho menos un prolegómeno, tal vez inadecuado, de la industrialización y la economía de mercado, como en parte la dogmática de las obligaciones, en especial del norte de Europa, quieren presentarlo. Posteriores fenómenos como la devaluación, la inflación, la pérdida de capacidad adquisitiva del dinero y las constantes crisis del sistema financiero posmoderno, fueron las que pusieron mientes en no pocas oportunidades temporales y espaciales sobre la necesidad de regular de manera mucho más minuciosa y detallada al dinero no solo como fenómeno económico, sino también como prestación de la obligación entendida en términos jurídicos.

En efecto, la codificación no buscaba subyugar el fenómeno jurídico al económico, esa forma de comprensión resulta un tanto descabellada, sin embargo, pareciera ser la dominante en las aproximaciones actuales que ha desarrollado la jurisprudencia.

En efecto, en las posiciones de la jurisprudencia sobre los intereses se vislumbra ese ánimo economicista un tanto ajeno a la juridicidad como se hará evidente en el siguiente resumen que recoge las últimas decisiones:

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

Sentencia del 05 de julio de 2011. Ref: Exp. 19001-3103- 003-2000- 00183-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Hechos: Los demandantes hicieron oferta de venta al Incora de unos fundos, para el “programa de reforma agraria” desarrollado por la entidad, siendo beneficiarios los campesinos de Morales (Cuaca).

Acordaron como precio \$1.400'000.000, los que se pagarían en un 70% por el Incora y el 30% con un crédito que confería en desarrollo del programa la Caja Agraria a los futuros adquirentes, el cual fue aprobado y debía desembolsarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha del otorgamiento del título escriturario y de entregado el lote.

Se celebró promesa de compraventa entre los propietarios de los inmuebles, los campesinos vinculados al programa y el Incora. La aprobación del crédito por la Caja Agraria generó seguridad para la consolidación del negocio, además porque se constituyó hipoteca a favor de la misma, y por ello los tridentes procedieron a otorgar los títulos y a entregar los predios a los compradores.

El Incora canceló a los accionantes el 70% del precio, pero no se hizo el desembolso del préstamo por la Caja, y al entrar en liquidación informó que por fuerza mayor no pudo concretar la operación.

Por el incumplimiento acotado los vendedores fueron perjudicados, por cuanto el convenio no se habría protocolizado sin la aprobación del crédito por la demandada y confirmado el mutuo con su firma en el título escriturario.

En primera instancia se declaró que la Caja Agraria incurrió en “responsabilidad precontractual”, por lo que se la condenó a cancelar intereses de plazo y moratorios con base en la tasa certificada por la SuperFinanciera, sobre la suma de \$420'000.000.

El Tribunal modificó la condena en lo relativo al pago de los réditos y determinó que tanto los remuneratorios como indemnizatorios debían liquidarse al 6% anual y los moratorios deben ser liquidados hasta que la entidad demandada efectúe el pago total.

Problema Jurídico: 1. ¿El Tribunal impuso una condena adicional por concepto de capital y por ende una reforma en perjuicio?

2. ¿La indemnización derivada de la responsabilidad precontractual solamente puede concretarse en el interés negativo, mas no en lo reconocido en el fallo, lo cual corresponde a “una declaratoria de responsabilidad contractual”?

3. ¿El sentenciador no aplicó las normas sustanciales que establecen que no hay lugar a indemnización de perjuicios por mora en caso de fuerza mayor o caso fortuito, pues dado el estado de liquidación en el cual se encontraba la Caja Agraria a partir de junio de 1999 existiría un evento de fuerza mayor?

Ratio Decidendi: 1. No, en razón a que solo se varió el porcentaje de los intereses y el término a partir del cual se causaban los indemnizatorios. Para tasar el resarcimiento del perjuicio solo se incluyó lo relativo a los intereses legales de carácter civil que hubiere podido producir el saldo del precio que se le adeuda a los demandantes con relación al contrato de compraventa, es decir, que no se ordenó la cancelación del saldo del precio de la compraventa, sino únicamente los réditos sobre lo adeudado por los adquirentes de los predios.

2. El ad quem concluyó que la Caja no cumplió con ejecutar el contrato a que se había comprometido con los compradores del inmueble, afectando la buena fe en la etapa precontractual, lo que lleva a reafirmar que el pago cuestionado de los \$420'000.000 son por el resarcimiento del perjuicio sufrido que en el presente asunto coincide con el mismo valor, y al fijar los parámetros para su cuantificación, entró a precisar que se origina en una de las formas de la responsabilidad civil extracontractual y debe por tanto regularse conforme a lo dispuesto en el artículo 1617 del C.C. siendo el interés a aplicar tanto para el plazo como para la mora, el legal del 6% anual.

3. El análisis del asunto se abordó bajo el ámbito de la responsabilidad precontractual y en esa medida resulta impertinente la aplicación del inciso 2° del canon 1616 del Código Civil, pues la misma contempla un evento de justificación de la mora respecto de “obligaciones de origen contractual”, basado en la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. Pretender el reconocimiento de la aludida eximente de “responsabilidad contractual”, implicaría apartarse de lo concebido por el Tribunal a partir de la estimación de los elementos de juicio, ingresando así a un escenario distinto al escogido para la acusación, lo cual resulta inadmisibles a la luz de la técnica de casación.

Resolución: No casa.

Sentencia del catorce (14) de diciembre de 2011. Ref: Exp C-1100131030142001-01489-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Hechos:

La parte demandante (Constructora Safinsa Limitada) y demandada (Bancafé S.A., antes Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, Concasa) celebraron un contrato de mutuo con interés por una suma de \$1'500.000.000, la cual fue desembolsada entre abril de 1993 y julio de 1995. Dicho crédito fue garantizado con una hipoteca.

La pretensión de la demanda iba encaminada a que se declarara que la parte demandada había cobrado un monto excesivo de dinero no amparados en el contrato, que se imputó a rubros que no correspondían, que no contabilizó bien los pagos efectuados y que cobró intereses sobre intereses. Igualmente, pretendía que se condenara a la convocada a devolver el exceso pagado, estimado en \$1.247'000.000, “junto con sus intereses, liquidados desde la fecha del cobro indebido”, incluyendo los perjuicios materiales y morales causados.

Primera instancia:

El juez de primera instancia condenó a la entidad financiera a pagar un monto de \$597'523.382.06, más intereses, los cuales ascendían a la cantidad de \$492'364.153.90, al considerar que el banco cobró sumas excesivas de dinero.

Segunda instancia:

Consideró que el negocio detentaba una naturaleza comercial, por lo cual no le era aplicable el precedente de inexequibilidad del UPAC. Contrarió la afirmación de la parte demandada sobre la posición dominante de la entidad bancaria, descartando de esta manera las figuras del abuso de la posición dominante y de revisión de los contratos. Estimó que los deudores sabían qué obligaciones tenían respecto a su contraparte, ya que las pactaron válidamente. El Tribunal desechó algunas afirmaciones por falta de pruebas, como la relacionada al cobro de intereses sobre los intereses. Sin embargo, luego de atacar las pretensiones de la demanda, condenó al banco a pagar la suma de \$351'875.431.16 en razón a un cobro de lo no debido y por equivalencia a UVR más intereses.

Problema jurídico: ¿Las imputaciones realizadas a rubros distintos a intereses y a capital, en todo caso, previstos en la ley positiva y contractual, eran válidos o violaban normas de orden público?

Obiter dicta:

-“Los intereses remuneratorios y moratorios que en materia comercial se reconocen sobre un capital histórico o nominal, cuando no se ha especificado por convenio el interés, no sólo incorporan elementos de ganancia y de indemnización, según el caso, sino que igualmente aparejan un componente que, precisamente, está destinado a corregir la depreciación del dinero” .

- “Los contratos de mutuo celebrados con entidades financieras, es cierto, no están abandonados totalmente a la autonomía de la voluntad, toda vez que encuentran ciertos límites, en lo que interesa al caso, entre otros, a las aplicaciones de los pagos efectuados por los deudores, pues al considerar que éstos constituyen la parte más débil del contrato, no puede dejarse al arbitrio de los acreedores calificado, como los establecimientos de crédito, entre otros, señalar las tasas de interés, ni imputar los abonos que reciben como a bien lo tengan”.

- “Por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige”.

- “La actividad financiera, como motor integrante de la economía, tiene una función social que supone responsabilidades, y como tal, de interés público, lo cual significa que debe estar sujeta a controles e intervenciones del Estado, según lo previsto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política”.

- “Se reputarán **intereses** las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes” (art. 68 de la Ley 45 de 1990). “Al decir la norma que los pagos que se reciban “sin contraprestación distinta al crédito otorgado” o en “exceso de las sumas que señale el reglamento”, se imputarán a los réditos causados, esto significa que existen rubros autorizados que se justifican y causan de manera independiente, de una parte, aquellos que las autoridades competentes no tienen en cuenta para el cálculo de la tasa de interés efectiva, y de otra, los servicios vinculados directamente al crédito”.

Decisión: CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en sede de instancia **revoca** parcialmente la sentencia de

primera instancia, **declara** probadas algunas de las excepciones propuestas por la parte demandada, así como que la entidad bancaria hizo cobros no debidos y **condena** a esta a devolver dichos montos actualizados a la parte demandante.

Sentencia del 4 de julio de 2013. Ref: Exp. 1700131030032008-00216-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Hechos:

El 17 de enero de 1997, el Banco Central Hipotecario **concedió** a Ana Beatriz García Botero un préstamo para adquisición de vivienda por un capital de cincuenta y cinco millones de pesos (\$55'000.000), que se cubriría en ciento ochenta (180) cuotas mensuales, instrumentado en el pagaré a la orden N° 02702875-4.

Dicha la obligación se pactó en pesos, con “incrementos mensuales del capital inicial o de los saldos acumulados, que se produzcan por la capitalización de la porción de intereses causados que las cuotas periódicas no alcancen a cubrir”, y unos intereses convencionales durante el plazo, bajo la modalidad mes vencido, tomando el DTF nominal anual trimestre anticipado más 8.50%.

Señala la accionante que el Banco Central Hipotecario cedió parcialmente su cartera, en la que estaba incluido dicho crédito, al Banco Granahorrar, con corte al 31 de diciembre de 1999 y que posteriormente el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. absorbió al Banco Granahorrar por lo que para la época de inició del litigio era el titular legítimo del pagaré N° 02702875-4.

Indica la demandante que la inconformidad radica en la forma como se capitalizaron los intereses de la operación financiera entre el 17 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 1999, así como los valores cobrados por seguro de vida, incendio y terremoto, lo que incidió en que la reliquidación del crédito, por disposición de la ley, quedara hecha sobre un saldo incorrecto, a su criterio, con trascendencia en la forma como se siguió calculando mes por mes.

Primera instancia:

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, una vez agotado el trámite procesal, absolvió a la entidad financiera en primera instancia. Impugnó la parte vencida.

Segunda instancia:

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó la decisión de primera instancia asegurando que “los intereses en la época en que se ajustó el contrato de mutuo” estaban regidos por el artículo 137 del Decreto 663 de 1993, que definía la tasa efectiva “para los efectos legales del sistema de valor constante”, y el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, relacionado con “los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC”, estipulaciones que fueron declaradas inexequibles por los pronunciamientos de la Corte Constitucional C-700 y C-383, ambos de 1999, respectivamente, cuyos efectos no son retroactivos, por lo que “las entidades que en su momento aplicaron esa normativa vigente, actuaron conforme a derecho, no generando por lo tanto y en su contra responsabilidad de índole alguna”.

Problema jurídico:

¿Se equivoca el Tribunal en segunda instancia al aplicar partes enteramente sustanciales de sus argumentos en la aplicación de normas relacionadas con las regulaciones legales de la formación de las UPAC para los efectos de las ejecuciones financieras de los contratos de mutuo o pagarés suscritos en sistema de valor constante sin advertir que el pleito se circunscribía en un crédito denominado en pesos *con capitalización de intereses, que era la especie de financiación estipulada en el pagaré No. 02702875-4 y aducida en los hechos y pretensiones de la demanda?*

Ciertamente, tratándose de un título valor en favor de un establecimiento de crédito, las normas reguladoras del asunto se encontraban en la Ley 45 de 1990, el Decreto 663 de 1993, la Ley 546 de 1999, el Código de Comercio y las reglas de interpretación del Código Civil, además de la jurisprudencia y los principios de actuación de buena fe, en virtud de las cuales “la ejecución financiera del pagaré No. 02702875-4, ajustada a derecho, quedó distribuida en tres etapas”, la primera por su estipulación en pesos del 17 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, la segunda en esta última fecha para su reliquidación en UVR y la tercera, con posterioridad a la misma y hasta el 17 de enero de 2012, respetando lo pactado, con la prohibición de incrementar la tasa remuneratoria.

Ratio:

En primer lugar expone la Corte que las calidades del préstamo de consumo conforme la definición del artículo 2221 del Código Civil, no son materia de

discusión y tienen plena aplicación en el campo mercantil y financiero, tal como lo señaló el sentenciador. En vista de esto, no hay reparo en el carácter unilateral del mutuo, circunstancia que imposibilita aplicarle al mismo normas consagradas únicamente para pactos bilaterales, como lo son el artículo 1546 del Código Civil, sobre la condición resolutoria por incumplimiento, o el 1609 del mismo estatuto, relacionado con la excepción de contrato no cumplido, aspectos a los que se refiere pronunciamiento de la Corte.

En relación con el contrato de mutuo y su unilateralidad, esta calidad en nada riñe con la posibilidad de que los deudores de créditos de vivienda reclamen por la imputación inadecuada de los pagos realizados o por los errores en la facturación periódica convenida, con mayor razón cuando estas transacciones se encuentran atadas a factores como el DTF, las tasas de interés o el IPC; la aplicación de fórmulas de matemática financiera; así como las conversiones monetarias en UPAC o UVR, en su momento.

En segundo lugar, la Corte encuentra discrepancias conceptuales dentro del fallo del Tribunal porque se produjo en este caso una alteración del objetivo de la demanda, al encasillar el asunto como si se tratara de una reclamación por la reliquidación del crédito en los términos de la Ley 546 de 1999, cuando el propósito de la demandante era develar inconsistencias en la liquidación y pago periódico de la obligación hipotecaria, desde el momento mismo en que fue desembolsada, de conformidad con la normatividad vigente para las diferentes etapas en que se ha desenvuelto, en busca de su consecuente resarcimiento.

Expone en todo caso, que el Tribunal incurrió en el yerro evidente de restar valor probatorio al informe de profesional aportado con la demanda, sin sopesarlo, transcribiendo con tal fin un precedente horizontal que ninguna relación guardaba con el caso y sin que se puedan avizorar en que consistían los desaciertos concretos de la experticia.

Decisión:

Con el fin de analizar los elementos del contrato específico y analizarlo a la luz de las regulaciones que tratan la materia la Corte Suprema casa la sentencia del Tribunal y se permite solicitar pruebas oficiosas a fin de analizar los elementos aplicables al título valor discutido y assimilar la controversia desde el orden fijado a partir del Código Civil y no de la normatividad de la UPAC.

Re-exposición histórico-ideológica ¿onerosidad presunta o ideologías mundiales?

Por el contrario, lo que pretendía la codificación era cerrar de manera definitiva una eterna discusión y un permanente problema de fuentes que era un diario rompecabezas durante el así llamado *ancien régime*. El nacionalismo, primero francés y luego romántico⁵⁰, conllevó a que esa unidad de fuentes jurídicas tuviera una prevalencia sistemática dentro de las discusiones políticas de los nacientes Estados del continente; y, poco a poco, se vislumbró la posibilidad de regular todos los asuntos de la vida humana, de manera similar a lo que en la antigüedad en Roma había ocurrido, bajo la égida de hacer coincidir el renacimiento humanista, con el retorno a los pensamientos, filosofías y comprensiones grecorromanos, también bajo una nueva comprensión un tanto peyorativa de la Edad Media.

Esa, por supuesto es la explicación más precisa y contundente de por qué los códigos civiles de Europa y Latinoamérica contienen escasas regulaciones para las obligaciones dinerarias. Históricamente las obligaciones de dinero no tenían mayor importancia dentro de la juridicidad, lo propio ocurría para el momento en que los códigos fueron expedidos. Cosa muy diversa es que luego las obligaciones de dinero hayan alcanzado la connotación que hasta hoy nos acompaña⁵¹.

En la República Federal —cuyos paradigmas han sido implementados por no pocas democracias integrantes hoy en día de la Unión Europea— una obligación de dinero obliga al deudor frente al acreedor a *crear un poder de disposición de este, sobre el valor expresado (Nennbetrag) como valor patrimonial en el pacto obligatorio*. Por lo tanto, la obligación de dinero es una obligación de creación de disposición de una cifra dineraria y por lo mismo no es una obligación de género y menos aún de cuerpo cierto o de género determinado, como hasta la saciedad se ha discutido en prácticamente todas las otras latitudes del sistema continental europeo y por supuesto en Latinoamérica (Medicus & Lorenz, 2012, p. 90)⁵².

50 *Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) y el *Codex Maximilianeus Bavaricus* (1756) son, entre muchos otros, ejemplos previos de codificaciones, que sin embargo, no contaron con un ambiente adecuado para su promulgación y entrada en vigencia, como sí ocurrió con el código civil francés de Napoleón en 1804.

51 La afirmación es evidente por ejemplo en la misma Constitución Política de 1991, pues para la época de su promulgación la importancia del dinero y las obligaciones pecuniarias era sin dudas sobresaliente, tanto así que varias de sus disposiciones normativas a él o a ellas se refieren, por ejemplo: Preámbulo, arts. 2, 48, 53, 64, 66, 214, 215, 26, 333, 334, 335 y 336.

52 En el caso colombiano, es de obligatoria consulta la muy interesante interpretación de Pérez Vives en su obra *Teoría General de las Obligaciones* (1954), así como la claridad que sobre el particular impregna Fernando

En los casos normales tanto convencionales como legales o judiciales, en la mayoría de las democracias constitucionales del planeta, el valor de las obligaciones dinerarias ha de cumplirse en la moneda legal interna de los países, en el caso de Colombia: el peso colombiano; pero por ejemplo en Europa, a través del euro que entró en vigor el primero de enero de 2002 y que reemplazó todas las monedas nacionales de los dieciséis países fundadores del Acuerdo Euro, tras la Convención de Maastrich. Posteriormente otros países se han adherido al Acuerdo. Hoy en día son 27 países.

Reconocimientos legales e históricos de las obligaciones dinerarias

Una primera observación tiene que ver con el hecho de que la legislación civil siempre estuvo concebida para el pago de las obligaciones dinerarias en efectivo, no otra cosa puede desprenderse de la literalidad de textos como los contenidos en el inciso segundo del artículo 2224 del C.C. o el artículo 2234, *ibidem*, de donde se colige que el pago en efectivo implicaba la posibilidad de pagar incluso en denominaciones muy bajas —monedas incluso— siempre y cuando ello no implicara un perjuicio para el acreedor; y, así mismo, el hecho de que una carta de pago o recibo por el capital comportará la presunción del pago de los intereses. Pero aún incluso tras la consultación comparada de la dogmática, queda claro que legislaciones mucho más sistemáticas que la civil nuestra, como la contenida en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, de la República Federal alemana y expedida incluso ya para el tardío año de 1900, se pensó en la misma forma de extinción de la obligación dineraria, esto es, en efectivo (*Barzahlung*) como bien lo mencionan nuevamente Medicus y Lorenz (2012, p. 90). Es este un primer indicio para afirmar que el código civil nunca fue pensado para la realización de grandes negocios, por lo menos de manera principal, sino para la regulación de lo que es llamado por los mismos autores, en seguimiento de otros autorizados dogmáticos sobre el tema, como Werner Flume o Karl Larenz “los pequeños negocios de la vida diaria”, que constituirían la regla general de los negocios subsumibles a la legislación civil [*Diese Barzahlung bildet auch heute noch bei den kleineren Geschäften des täglichen Lebens die regel*] que siempre van a ser cancelados con dinero en

Hinestrosa en su *Tratado de las obligaciones* (2002, pp. 145-149) e incluso Guillermo Ospina Fernández (2008, pp. 279-280), para efectos de relieves la importancia de las obligaciones pecuniarias como una clasificación autónoma de las obligaciones diferente de las obligaciones de género.

efectivo. Esa comprensión de cosas es respaldada por supuesto por el hecho de que las nuevas regulaciones sobre quién es consumidor, quién es empresa y cuándo se encuentra la dogmática frente a un negocio típico de consumo en Alemania fueron introducidas no en el código de comercio, sino en el código civil (§§ 13, 14 y 305 A y siguientes hasta el 311 en BGB).

En términos históricos es claro que el código civil era la *última ratio*, una especie de legislación marco referente a la que debería remitirse el operador del derecho o el declarante para subsumir o enmarcar su prevalente declaración negocial autónoma, pero ello no implicaba una consonancia en muchísimos aspectos que tratan de ser obviados por una parte de la jurisdicción y de la doctrina nacionales hoy en día. En efecto la legislación civil, en casi todos los países adscritos al sistema continental europeo, es un centro de gravedad alrededor del cual gravitan relaciones jurídico-contractuales mercantiles, laborales o administrativas, solo por mencionar algunas; pero donde por supuesto existen claras diferencias interpretativas y conceptuales. En efecto, ya es propicio aquí recordar que en las relaciones civiles no existe un ánimo de lucro, como sí existe en materia mercantil y es esa una de las principales razones, sino la más importante, para, entre otras cosas, procurar evitar, la promoción permanente de unificación de las dos legislaciones. Al respecto cabe anotar que el único país del sistema continental europeo que unificó los códigos civil y comercial ha sido Italia, pero sus problemáticas interpretativas internas son el pan diario de la jurisprudencia italiana.

Vale recordar que los códigos civiles (a diferencia de los códigos de comercio que se remiten más a un derecho gremial medieval) fueron el receptáculo legislativo del Romanticismo que acogió las regulaciones contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*; pero era allí precisamente donde se reiteraba que el *Ius Civile* regulaba las relaciones negociales entre patricios y/o plebeyos que eran, para el mayor periodo de existencia de Roma, los únicos que constituían la ciudadanía romana, incluso sobre gran parte del periodo clásico; y también es menester traer a colación el hecho de que ni a estos ni a aquellos, les estaba permitido trabajar, durante esos mismos siglos, por cuanto el trabajo era una actividad propia de esclavos. Así mismo, el *Ius Civile* fue concebido como un derecho subsidiario frente al derecho imperial que debía garantizarle a cada ciudadano romano unos derechos

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

básicos como agua⁵³, algo más de una libra de harina de trigo diaria⁵⁴ y vestido o cobijo durante todos los meses del año.

Por supuesto esas prerrogativas ciudadanas tuvieron marcadas diferencias durante las divisiones de monarquía, república e imperio, que atravesaron casi los casi quince siglos de historia jurídica romana, pero en general es constatable que el derecho civil, ya para la república, como forma de organización política, era un apéndice de los derechos imperiales que regulaban la actividad y las prerrogativas ciudadanas frente a los gobernantes romanos⁵⁵.

Así mismo, contextualizado correctamente como ha quedado el derecho civil romano, vale acotar que toda su filosofía siempre estuvo fundamentada sobre un principio de interpretación, conocido como el *favor debitoris* o interpretación, aplicación y ejecución a favor del deudor. En efecto la concepción del *Ius Civile* nunca tuvo un ánimo de onerosidad a favor del acreedor, sino que por el contrario estuvo fundamentado en la solución de los problemas financieros o para ajustarnos más en la terminología, en las necesidades básicas y apremiantes que debía satisfacer el deudor. En efecto principios como el de la conservación del patrimonio del deudor o normas como las contenidas en el artículo 1624 del C.C. (contenido del *favor debitoris* como principio interpretativo del contrato) o en el artículo 2229 del C.C. (en el que, salvo pacto de intereses, se autoriza a pagar al deudor de manera anticipada la obligación dineraria) permiten colegir y evidenciar que sí existía, incluso en el derecho civil clásico, un sujeto privilegiado en la relación obligatoria: el deudor.

.....
53 Tal fue la trascendencia histórica del derecho social emanado en Roma, inclusive en términos de desarrollo técnico, que la identidad actual con la cual se puede agrupar un concepto de “lo europeo” debe aludir necesariamente a las proezas construidas durante la vigencia de la civilización romana occidental; tanto así que en los actuales billetes de euro se encuentran representados los acueductos romanos —fascinantes legados de Roma para la humanidad— que incluso eran construidos antes que las ciudades y que funcionaban durante los 12 meses del año a pesar de los duros inviernos en el norte, y actualmente pueden continuar en funcionamiento.

54 Sobre las prerrogativas, ventajas o derechos sociales en Roma se debe consultar la obra de Eugène Petit *Tratado elemental de derecho romano* (2007) cuyo capítulo segundo aborda las vicisitudes de las personas libres y su clasificación de ciudadanos y no ciudadanos.

55 Sobre el particular, las reformas de Cayo y Tiberio Graco trajeron prosperidad a la civilización romana en el sentido de repartir equitativamente las tierras de cultivo entre campesinos pobres y necesitados, concesión de la ciudadanía romana a poblaciones anteriormente excluidas de las ventajas que ella suponía, inversión en carreteras para facilidad del comercio y de los desfiles militares. Toda esa gestión, entre otras reformas, constituyeron el principio de la prosperidad romana en los inicios del Principado, entendido como la primera edad del imperio y, sobre todo, la proliferación de normas y monedas. Cfr. Mommsen (2003) *Historia de Roma. Libro primero* y Monateri (2006) *Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*.

Todo lo anterior, y desde ya, nos reconduce a repensar la ligera inclusión del derecho civil dentro de los parámetros mercantilistas, para afirmar el perenne y omnipresente ánimo de onerosidad, cuando ello no es acertado, por lo menos desde el punto de vista histórico y político que gestó la legislación civil.

La buena fe en el derecho romano y en la Edad Media: aproximación

Todo lo anterior nos reconduce a reflexionar en la consolidación parsimoniosa de la *bonus fides* o buena fe como principio rector del derecho civil. Una contextualización debida implica reconocer que el ciudadano griego y romano no era un dechado de virtudes éticas, sino que como bien lo reconocen historiadores y antropólogos (Indro Montanelli y Levi Strauss) la inclinación de los pueblos latinos hacia la buena vida, el aprovechamiento del otro, el procurar sacar la mayor ventaja de los negocios a toda costa y en contra del cocontratante parecen ser constantes históricas a lo largo de toda la historia del Adriático y el Mediterráneo. Por supuesto la asimilación regulatoria que acompañó a Roma para acoger sistemas jurídicos mucho más técnicos que los propios y provenientes de otros pueblos que incluso habían sido por ellos conquistados o alinderados en el adriático o el norte de Europa también parece ser una corriente de pensamiento aislada que comienza a volverse dominante (Monateri, 2006), pero todo ello nos lleva a recordar cómo funcionaban los pueblos latinos en sí. La buena fe no era una intención de buen obrar que surgía plena con absolutos desconocidos, ni era una aproximación de principio a la normatividad que regulaba los negocios; sino que, por el contrario, era una situación bastante costumbrista, un arraigo que afloraba solo en muy determinadas relaciones familiares, de amistad y por supuesto, solo posteriormente negociales en las dos clases sociales reconocidas en Roma, durante un larguísimo periodo: los patricios y plebeyos.

El préstamo de dinero, el depósito, la servidumbre, el mutuo referido a unas libras de harina, el comodato de los libros que debían tornar a la biblioteca primigenia no eran negocios que típicamente se desarrollaran en la Roma antigua, ni se desarrollan en nuestras actuales sociedades latinas entre perfectos desconocidos, sino que por el contrario se celebran y ejecutan entre personas que por muy diversas razones parecieran estar ligadas por relaciones sociales de muy largo tiempo: familiares, padres, hijos, amigos de toda la vida, vecinos que compartían

una heredad, herederos o causahabientes que debían facilitarse servidumbres o vías de paso, luz o agua, ajustadas a sus escasas o precarias necesidades. Así, la buena fe no era un constructo artificioso que debiera exigirse a los particulares frente a absolutos desconocidos, sino que por el contrario, era un comportamiento leal que se derivaba, por supuesto, del profundo conocimiento mutuo de los individuos en otras áreas de su vida en comunidad. La naturaleza del *Ius civile* parecía consolidarse, entonces desde dos aristas complementarias: era un derecho subsidiario al imperial, que permitía regular las relaciones crediticias entre individuos de la misma clase y donde la consideración de mayor peso tenía que ver con la satisfacción de los necesidades del deudor; y por otro lado, como una consolidación de la confianza, nunca forzada entre dos desconocidos, sino que por el contrario era la consecuencia de su mutuo, paulatino y profundo conocimiento del otro. Entendidas así las cosas, vale acotar que esa situación bien podía haberse dado por superada durante la vigencia del Estado liberal clásico, donde incluso el mismo Jeremiah Bentham llegó a defender a ultranza la usura, como ideal regulación de la autonomía privada de la voluntad. (Cfr. Bentham, 2009).

Ese Estado liberal fue superado por un Estado constitucional en el que prevalecen los derechos fundamentales, extendiendo incluso su validez a las relaciones entre particulares a través de la observancia y aplicación jurisdiccional de estos a los contratos celebrados entre particulares —como bien lo ha extendido la teoría alemana de la *Drittwirkungstheorie* o *Austrahlungswirkungstheorie* o Teoría del efecto entre terceros y particulares de los derechos fundamentales o la Teoría del efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre la decisión que judicialmente vincule a los contratantes, cuando el negocio jurídico llegue a conocimiento del juez civil, por ejemplo—. Lo propio ocurre en Colombia, donde el constituyente admitió que incluso la acción de tutela, como sistema de amparo de los derechos fundamentales, procedía contra personas no solo del derecho público, sino privado; esto es, particulares, quienes en el sentir de la Asamblea Nacional Constituyente también tendrían la capacidad de violar los derechos fundamentales, por solo citar dos ejemplos atinentes y consecuentes del posmodernismo constitucional de nuestra era.

Así entendidas las cosas, resulta claro que una lectura histórica y constitucional de los intereses comportaría admitir que ya no estamos bajo la égida del

Estado liberal económico manchesteriano, donde podría defenderse a toda costa el pacto de intereses abusivos como expresión de la autonomía privada.

La llegada del Estado neoconstitucional caracterizado por la postulación de derechos de rango constitucional en los textos de los nuevos pactos constitucionales (lo que hasta ese momento solo le estaba permitido a la ley), así como la posibilidad de proteger judicialmente y prevalentemente, a través de acciones de rango constitucional, comportaría que las relaciones obligatorias entre particulares, pero en especial entre particulares y el Estado como prestador de beneficios crediticios, deberían verse también modificadas en cuanto a su interpretación y aplicación. En ese marco, las relaciones obligatorias cuya prestación consiste en el pago de dinero y, en especial, la generación de intereses sobre esa misma prestación inicial, deberían releerse a la luz de la irradiación de los derechos fundamentales.

En Colombia, sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido que si bien la autonomía privada y la iniciativa son derechos que el constituyente quiso postular como de rango constitucional (art. 333 de la Constitución Política), no lo es menos que ellos no alcanzan a tener la categoría de derechos fundamentales que puedan ser amparados bajo los lineamientos de la acción de tutela.

Por supuesto, no obstante desde la *lege ferenda* es menester acotar que la lectura constitucional del negocio jurídico se ha quedado corta a la hora de materializar ese Estado social y democrático de derecho que debería consolidarse como objetivo poco a poco. Al respecto cabe anotar que si bien en una primera instancia parece extraño, desde todas las formas de interpretación, admitir que en Colombia en el texto constitucional existan dos cláusulas generales de libertad (art. 16 y art. 333), no lo es menos, que la única forma articulada y sistémica de leer esas normas es la de verlas como necesarias y complementarias.

En esa medida, luego de hacer una interpretación integrativa y sistemática de toda la Constitución y en especial de los derechos constitucionales y fundamentales, la única solución plausible es que el negocio jurídico debe ser leído desde una nueva forma epistemológica constitucional, por virtud de la cual, siempre va a prevalecer, no solo el declarante autónomo, sino el consumidor (art. 78 de la Constitución Política), pero en general aquel que en un Estado social se ve constreñido a asumir deudas para realizar de manera efectiva cierta clase de derechos. En un plano referencial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

las obligaciones para adquirir una vivienda digna, para costear una enfermedad de las denominadas de alto costo o cualquiera que se adquiriera, para pagar la educación propia o de un miembro de la familia a quien se deban alimentos.

Los intereses, su regulación e interpretación en Colombia

Como bien lo resumen varias obras típicas de las obligaciones en el espectro académico nacional —*Ospina Fernández* (2008), *Fernando Hinestrosa* (2002) o las compilaciones de la Universidad de los Andes de la profesora Marcela Castro *Derecho de las obligaciones* (2009)— en Colombia es necesario dividir las regulaciones sobre intereses en materia civil y comercial.

Mientras que en estas se presume la onerosidad (como bien se desprende de un derecho gremial que busca la profesionalización empresarial de la riqueza y el lucro), su tasación, de manera subsidiaria y supletoria al negocio jurídico dispositivo respectivo, corresponderá, durante la remuneración del plazo, a una tasa máxima idéntica a lo que pagan los bancos por el periodo correspondiente, esto es, al Interés Bancario Corriente (IBC). Durante el periodo en el que el deudor incurra, quede y permanezca incurso en mora se deberá pagar como indemnización esa misma tasa aumentada hasta en una mitad, todo de acuerdo al artículo 884 del Código de Comercio. Esa misma medida se equipara a los límites de usura postulados por el Código Penal, en una modificación que siempre saludamos, pues las legislaciones anteriores llegaron a permitir montos exorbitantes que llegaron a rondar incluso hasta dos veces el mismo IBC. La norma sobre capitalización de intereses es en sí misma todo un entuerto, que tanto la jurisprudencia como los conceptos de la Superintendencia Financiera han venido a complicar aún más⁵⁶. No obstante lo confuso de las normas mismas, como bien lo critica lúcidamente Hinestrosa (2002), todo hasta allí pareciera tener alguna lógica ponderativa que, mal que bien, acompasa con criterios comparados, relativamente unificados. Por supuesto, en esa comparación aflora claro que la redacción podría mejorarse significativamente, si se obedeciera a mínimos criterios de técnica legislativa básica, pero esa discusión es distinta a la que aquí ponemos sobre la mesa.

.....
56 Sobre el particular se pueden destacar las sentencias del tres (03) de julio de 2012 Rad. 980 — 01, del 31 de julio de 2014 Rad. 457 — 01, y la sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2015 Rad 825-01 de la Corte Suprema de Justicia que confunden refinanciación con anatocismo, impetración de la demanda después de un año de causados los intereses insolutos, y la corrección monetaria como elemento de la tasa de interés.

¿Es consecuente y constitucional la lectura, interpretación y aplicación del artículo 1617 del Código Civil? Aproximación y propuesta

Respecto de las primeras obligaciones, todo pareciera indicar que dentro de los lineamientos de la autonomía privada, que ahora debe leerse desde la Constitución, en materia civil si no se han pactado intereses. Estos no se deberán.

Por lo demás, de manera consecuente, a esa lectura desde la autonomía privada preceptuada en los artículos 16 y 333 del texto constitucional, lo pactado por las partes del convenio, en el negocio, será la tasa que, durante plazo remuneratorio o sanción moratoria como pena, deberá ser pagada. El único límite a respetar será el de usura. Si se pactaron los intereses, sin fijar su tasa, deberá estarse nuevamente a lo preceptuado por el artículo 1617 del C.C.

En caso de que el deudor incurra en mora, ha entendido la jurisprudencia que los intereses moratorios deberán ser pagados a la tasa legal del 6% anual, a menos que se haya pactado expresamente una tasa superior (Cfr. art. 1617 del C.C. y artículos 2221 y ss del C.C.); pero sobre esta interpretación, equívoca en nuestro sentir por las razones que adelante expondremos, se ocupa el texto a continuación.

En efecto, el punto central de este ejercicio tiene que ver con una corrección interpretativa de la lectura del artículo 1617 del C.C. Así, cuando en el artículo se menciona que se adeuda una obligación de dinero, la indemnización moratoria de perjuicios deberá someterse a las subsiguientes reglas. En la parte pertinente de la regla primera se dispone que se siguen debiendo los intereses convencionales si el que se pactó es superior al legal que corresponde al 6% anual o comenzarán a deberse los legales en el caso contrario. Este es el numeral puntual que acoge en este ensayo nuestra atención.

Análisis desde los métodos de interpretación aplicados a la norma correspondiente

Como es conocido por todos, los cuatro sistemas de interpretación normativa son el exegético, el sistemático, el histórico y el teleológico. En este artículo hemos introducido de manera amplia la importancia de la así llamada interpretación conforme a la Constitución. Puestas así las cosas, y para entrar en materia, las

palabras de la regla primera que nos llaman poderosamente la atención son las de “en el caso contrario”.

Esta mención podría hacer relación a dos cosas:

1. Que se deberán pagar los intereses legales: cuando los pactados convencionalmente sean inferiores a lo estipulado legalmente, pero siempre deberá existir un pacto de intereses convencionales.
2. Que se deberán pagar los intereses legales: Siempre. Independientemente de que exista o no un pacto de intereses convencional.

La primera interpretación que es la que en este escrito queremos privilegiar, partiría de que el no pacto de intereses implicaría la imposibilidad de que en juicio fueran cobrados intereses de algún tipo, esto es ni remuneratorios de plazo, ni indemnizatorios por mora, pues ellos no fueron deseados ni por el acreedor ni por el deudor.

Esta posición se refuerza con todas las razones que a lo largo del texto han sido referidas y que ahora condensamos:

- a. No acompasa con los principios de la autonomía de la voluntad que privilegia los pactos expresos y no tácitos.
- b. No guarda respeto, consecencialmente, con el reconocimiento positivo de la autonomía de la voluntad, amparada por la Constitución Política (1991) en sus artículos 16 y 333.
- c. No tiene en cuenta las razones históricas para la creación de la figura de la buena fe: en el sentido de que pareciera traído de los cabellos que un hijo le cobrara intereses de plazo o mora (especialmente estos últimos) a su padre, por una deuda civil que lo que buscaba por encima de cualquier otro interés de lucro del acreedor hijo, era la superación de una crisis o suplir unas necesidades importantes del deudor padre (Alessandri, 1981).
- d. Evacuadas las razones que se acoplan a cada una de las formas y sistemas de interpretación anteriores: histórica, sistemática y teleológica, que parecieran desconocer la interpretación exegética de la norma, lo cual también parece cuestionable(!), habría que anotar que la lectura que se ha privilegiado a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia nacional, hoy en día y desde la expedición de la Constitución de 1991, es una interpretación que no es conforme con esa misma Constitución, en la que los criterios que salvaguardan la preservación de la parte débil del contrato,

deudor (art. 1624) consumidor (art. 78 Constitución Política y Ley 1480 sobre protección al consumidor), son la verdadera realización plena de la autonomía plena de la voluntad, donde el funcionario administrativo o judicial puede inmiscuirse.

La nueva égida constitucional, a través de la cual se ha de leer el clásico Código Civil, y su aproximación detallada más completa, a manera de conclusión, implicaría que no se puedan cobrar intereses de mora en materia civil, bajo ninguna circunstancia, a menos que ellos hayan sido expresamente pactados por las partes en la convención, y cuando se deba verificar en las audiencias verificatorias ordenadas por el nuevo Código General del Proceso, por parte del juez, que tampoco fueron queridos, dadas las relaciones de íntima confianza de acreedor y deudor buscaban la solución dineraria de este último y no un ánimo lucrativo a favor del primero.

A manera de conclusión

El Estado social no se va a construir a base de sentencias de tutela y de unificación por parte de la Corte Constitucional, como tampoco que el posconflicto ubique posibilidades y oportunidades para todos los colombianos. Menos aún se va a construir con la expedición de una legislación social que diametralmente modifique el gasto público, como en alguna oportunidad, bastante icónica, algún representante del Congreso lo refirió. Pero con lecturas mucho más precisas, detenidas y adecuadas a la Constitución y a las escuelas del derecho, puede construirse poco a poco la juridicidad, y su interpretación, que transforma sociedades.

Las normas deben ser leídas de manera adecuada a su tiempo. El avance del neoliberalismo a ultranza debe ser mitigado por las lecturas constitucionales de todo el ordenamiento. Pareciera que la lectura constitucional del derecho privado es una contradicción por sí misma, o por lo menos así quieren presentarlo muchos investigadores, pero no hay tal: El derecho privado en otras latitudes, como la alemana, fue el pilar desde el cual se planearon y se fortalecieron las indemnizaciones patrimoniales, por la inobservancia de los derechos fundamentales (Castro, 2012). Mucho beneficio traería a la jurisdicción en Colombia poder acoger varias de esas interpretaciones muy relevantes en el espectro del derecho comparado.

CONTEXTO Y CONCEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO FRENTE AL NEOLIBERALISMO: UNA PERSPECTIVA DIVERGENTE A LA DOGMÁTICA DOMINANTE DE LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XX⁵⁷

Resumen

Las afirmaciones de que el derecho privado desde siempre ha estado ligado a un sistema económico y que la juridicidad romana no fue por sí misma una invención digna de mencionarse en la historia de Occidente pueden no ser tan rigurosas desde un punto de vista científico, además de conducir a miopes y borrosas percepciones a los estudiantes de Derecho. Este documento trata de poner mientes en previas aproximaciones al derecho romano, que en términos históricos parecen más propicias y adecuadas, si lo que se quiere es admitir que el derecho civil presupone una cultura, unas convicciones éticas y un mecanismo de pacífica convivencia. Se ofrecen consideraciones sobre porqué no es adecuado subordinar el derecho como sistema a un sistema económico.

.....
⁵⁷ Un resumen de esta conferencia fue dictada y leída en el Encuentro de profesores de derecho privado italianos y colombianos llevado a cabo en febrero de 2016 en el Claustro de la Universidad Católica de Colombia.

Abstract

The manifestations that private law has always been linked to an economic system and that Roman juridicalism was not in itself an invention worth mentioning in the history of the West may not be so rigorous from a scientific point of view. They can also lead to short-sighted and blurry perceptions of law students. The document tries to get focus on previous approaches to Roman law, which in historical terms seem more propitious and adequate, if what is wanted is to admit that civil law presupposes a culture, ethical convictions and is a mechanism of peaceful coexistence. Considerations are given as to why it is not appropriate to suborn the law as system to an economic system.

Palabras clave: Derecho romano, economía, historia, ciencia, aproximaciones cultura ética.

Keywords: Roman law, economics, history, science, ethical culture approaches

Introducción y planteamiento de la cuestión

Tras la conquista por parte del neoliberalismo de la totalidad de los mercados del mundo, excluida la República Popular de China (país de donde paradójicamente proceden más del 75% de los productos manufacturados del Occidente neoliberal) las escuelas de derecho privado contemporáneo se plegaron, poco a poco, a una serie de genuflexiones y afirmaciones en los últimos cuatro lustros que, además de no ser certeras, subordinan el ámbito de lo jurídico a lo económico y tratan de impostar ese estado de cosas, de manera artificial, a lo largo de la historia ocurrida e, incluso, con retroactividad.

Así, se manifiesta en no pocos escritos que, primero, en el derecho privado siempre se presume la onerosidad, que las relaciones negociales e indemnizatorias subyacen a un fenómeno económico, en donde es menester reconocer que el “bien” por antonomasia es el dinero mismo y su permanente actualización y causación de réditos o intereses, los cuales deben generar, por supuesto, más dinero a favor del acreedor de cualquier relación obligatoria, sin excepción. En segundo lugar que, históricamente, el aseguramiento, al compararlo con contratos como

el de Mohatra o el de préstamo a la gruesa, se vio como forma de prevención del pago de los siniestros. Entre otro grupo de afirmaciones desajustadas y más cercanas al derecho comercial que al civil.

La aproximación que en las academias de derecho europeas y latinoamericanas se hace al derecho romano es bastante descriptiva y básica, en cuanto a los institutos, por no hablar de la parte histórica que es prácticamente inexistente. Todo lo cual hace perder en amplio grado la verdadera dimensión e importancia textual y contextual del derecho romano y, sobre todo, impide al estudiante de los primeros semestres del pregrado o la licenciatura juzgar adecuadamente la veracidad de todas esas afirmaciones.

Este ensayo busca dar elementos de juicio a los estudiantes y juristas contemporáneos para que no admitan afirmaciones incoherentes y peligrosas sobre la naturaleza y dimensión del sistema del derecho romano: No es cierto que el derecho civil fuese fundado en un sistema mercantilista y menos aún neoliberal, por supuesto; mucho menos había un trasfondo económico en su misma concepción! Semejantes afirmaciones o meras sugerencias no solo constituyen un anacronismo, sino un absoluto despropósito académico. Tampoco resulta certera la afirmación, más aproximativa que científica, de que el derecho romano no creó mucho, sino que simple y llanamente adaptó a sus necesidades, poco a poco, los sistemas jurídicos que crearon otros pueblos invadidos por Roma, y que por vía de esas mismas conquistas romanas (en lo que habría sido la primera forma de adaptación cosmopolita de un pueblo euroasiático) se fueron introduciendo complejidades jurídicas bastante sofisticadas al inane y poco útil proyecto de juridicidad romana. Semejantes descripciones no solo resultan imprecisas, se itera, sino que desdibujan aún más una ya miope aproximación académica a la presencia romanista en el derecho occidental.

Autores como el profesor Piere Giussepe Monateri, aducen por ejemplo, en su ya famoso escrito *Gayo, el negro* (2006), que el derecho romano tampoco fue el gran productor de la juridicidad occidental sino que, por el contrario, lo que produjo fue una adaptación latina de una serie de instituciones cuasi mercantiles y financieras que tanto el pueblo sirio como el egipcio y la cultura judeocristiana bien habían trabajado desde la economía, desde el álgebra y el cálculo

mercantilista, así como un incipiente dinero y unas operaciones bancarias y mercantiles; y que las teorías del Estado y del contrato no fueron desarrolladas por Roma, sino que se asimilaron también de invenciones anteriores y foráneas; en síntesis, que Roma nunca produjo grandes invenciones ni institutos jurídicos.

Consideración epistemológica previa

Un primer reconocimiento metodológico tiene que ver con la clara imposibilidad de transformar significativamente las retóricas descriptivas y analíticas no solo del derecho romano, sino de toda la historia romana en su conjunto; y aquí quiero ser muy claro: si hubiese un descubrimiento arqueológico impresionante, supongamos un documento milenario de los principios de Roma que contuviera datos desconocidos totalmente hasta ahora por nosotros, por supuesto, no solo sería posible transformar las descripciones, sino que sería claramente deseable en todas las áreas científicas puras y sociales.

Lamentablemente ello no ha ocurrido, por lo menos en los últimos ochenta años respecto de Roma y, sin embargo, muchos colegas investigadores actúan de esa manera por preterición o suposición de evidencias y, para ello, simplemente modifican las retóricas sin mayor sustento o cuidado. Trabajos recientes como el *SPQR* de la profesora Mary Beard (2015) de la Universidad de Cambridge pueden llegar a ser admirados por su rigor a la hora de exponer minuciosamente las pruebas certeras documentales y arqueológicas en las que se basan sus afirmaciones y desechar afirmar otros sitios comunes de la ciencia histórica o historiográfica que simplemente no están evidenciados. Sin embargo, esos mismos trabajos pecan por dejar de lado constataciones fenomenológicas sociales, como migraciones, permanencias, reiteraciones evidenciables, etc. que, incluso por omisión, claramente nos muestran la diferencia entre Roma y otros pueblos de la antigüedad. Dicho de otro modo, no parece plausible admitir que Roma fue solo uno entre tantos otros pueblos de la Antigüedad, como parece sugerirlo la profesora inglesa y que, por ejemplo, los cartagineses en las guerras púnicas eran un pueblo navegante y militarmente más desarrollado y organizado que Roma, pero que lastimosamente perdieron las guerras; o que simplemente resulta incomprensible por

qué Aníbal, que claramente pudo haber destruido Roma, simplemente no toma la decisión de hacerlo, luego de atravesar los Alpes con sus elefantes.

Los dos interrogantes que, entre muchos otros, deja abiertos en su obra la profesora pueden, por supuesto, abordarse contemporáneamente, de una manera escéptica, como inexplicables o simplemente no verificables, como ella misma lo hace. Lo cierto, sin embargo, es que si bien no se puede desconocer el hecho de que la historia la cuentan los vencedores (como bien lo ponía de presente, entre muchos otros, el lúcido Walter Benjamin a mediados del siglo XX) no es menos cierto que, como lo ha sostenido la historia más ortodoxa y menos propositiva (repito, en términos puramente retóricos y no de pruebas de las afirmaciones u omisiones), la permanencia de una sociedad durante casi catorce siglos, por encima de sus vecinos, enemigos, e incluso lejanísimos pueblos, pareciera ser *per se* una demostración significativa de su diferencia respecto de esos otros pueblos.

Siendo Roma más débil que Cartago en cuestiones de navegación o de estrategia militar, pudo, nos guste o no, por muy disímiles razones, ganar las guerras púnicas; cosa distinta es que las razones para que ello fuera de ese modo estén o no explicitadas por la historia. Sin embargo, así como no podemos engrandecer la victoria de Roma, parece históricamente igualmente equívoco minimizarla. Por otro lado, claramente fueron muchas más las consideraciones que tuvo Aníbal, tras la absoluta victoria de Cannas, en el Piamonte italiano, para simplemente no haberse decidido a atacar la ciudad de Roma. Juzgar a Aníbal como el “más indeciso de la historia” (juicio que sin embargo es más frecuente en los cánones de historia clásica que el de la fortaleza cartaginesa) también es un juicio apresurado. No porque ciertamente no haya sido Aníbal muy indeciso, sino por cuanto lo que claramente se puede intuir es que los riesgos que debería tomar el gran general, para invadir o atacar Roma, eran mucho más complejos de lo que contemporáneamente se puede comprender. Así, el trabajo de la profesora Beard, se torna un tanto provocador, pero también difuso.

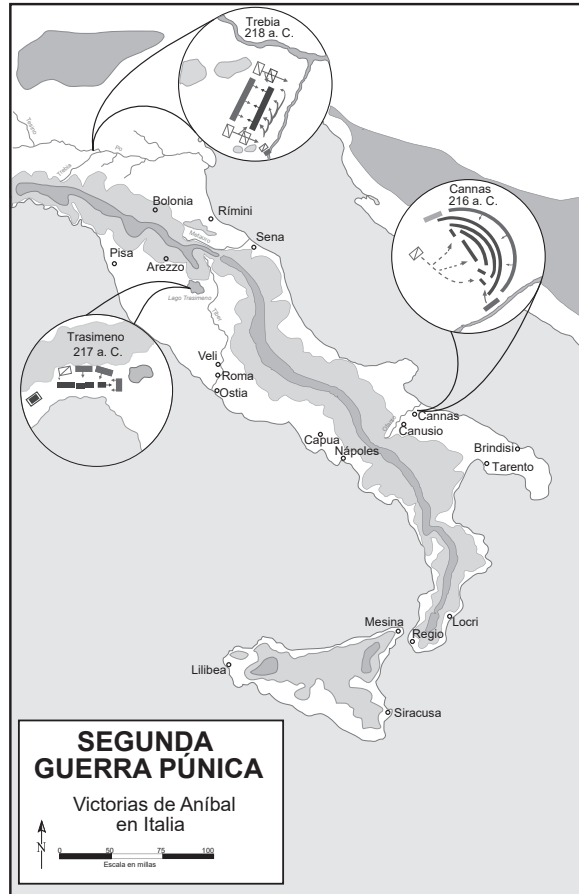


Figura 1. Victorias de Aníbal en Italia. Se utiliza para ilustrar el desarrollo de las guerras púnicas. Tomado de Wikipedia.

Aún más, la profesora Beard incurre en el mismo error que critica a los historiadores clásicos al tratar, por ejemplo, de otorgarle a Polibio pretensiones de ser un “antropólogo político comparativo” que desde su formación griega trató de describir los sistemas de funcionamiento administrativo, jurídico y por supuesto político de Roma (Beard, 2015, p. 197). Parece así mismo sugerir que la exigencia de tributación militar era la única posible en los inicios de la República, para los pueblos conquistados y que se aliaban con Roma, pero olvida que la construcción de —digamos, solamente— los acueductos de muchas de esas regiones conquistadas y convertidas en territorio romano, datan claramente de esa época. Esa evidencia arquitectónica indiscutible ya debería ser suficiente para poder inferir

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

que las formas de control y servicios para los nuevos miembros de la República eran diversas y más complejas que la simple aportación de hombres para las filas de avanzada. En fin, habría mil afirmaciones susceptibles de ser aquí criticadas por supuestas u omisivas, pero la finalidad del ejercicio es otra. Al final, luego de estudiar juiciosamente el *SPQR* de la profesora Beard, queda la sensación de que la gran mayoría de sucesos ocurrieron —según ella— por la buena fortuna, la bendición de los dioses, el azar y las afortunadas coincidencias que favorecieron el destino de Roma, y no gracias a los actos deliberados de sus ciudadanos, gobernantes y militares que gestaron todas esas ventajas. Ahora bien si inclinarse por lo uno o lo otro puede ser claramente riesgoso sin pruebas fehacientes, abogar por una mera cadena de coincidencias en la consolidación del imperio más grandioso que ha conocido este planeta y cuya influencia se sigue perpetuando mil quinientos años después de su caída, solo puede llamar a la perplejidad. Sirve, sin embargo, la crítica a Beard para constatar lo que este escrito de manera alguna quiere hacer: cambiar retóricas descriptivas históricas, sin un sustento probatorio certero.

La naturaleza del ejercicio nos conmina a realizar pues una mínima aproximación histórica a la Monarquía, la República y al Imperio romanos y sobre todo a la concepción de su juridicidad. Por lo mismo, se harán ciertas acentuaciones necesarias de hechos o circunstancias que tal vez son por todos conocidos, pero cuya relevancia ha sido olvidada o simplemente, desde todos los ámbitos externos a la rigurosidad exigida a la historia más vanguardista, han pasado de manera desapercibida. Incluso, en una aproximación que parece necesaria, debería decirse que de alguna manera tratan de desdibujarse desde las nuevas concepciones económicas de todas las ciencias sociales.

Los innegables elementos geográficos y de carácter de la fundación: Sacerdotes, soldados y campesinos en la rivera del Tíber

Como L. H. Barrow lo narra de una sintética pero magistral manera en su obra *Los Romanos* (1950), lo que diferencia al ciudadano romano de todos los otros ciudadanos de los pueblos de la Antigüedad es el carácter bifronte de su concepción del mundo y del Estado. Pero incluso confrontándolo con el gran historiador Fustel de Coulanges en su obra *La ciudad antigua* (1966), de manera muy respetuosa, me atrevería a plantear que el carácter romano no era doble sino triple.

Según los dos autores, los ciudadanos romanos ya para el final de la Monarquía romana tenían características muy interesantes que no aparecen en el resto de ciudadanos antiguos: el ciudadano romano, independientemente de su estratificación social, patricio o plebeyo, siempre tenía tres tareas (más que tareas, incluso, convicciones espirituales muy claras) que se remitían a su religión, a su Estado y a la propia supervivencia de él y de su prole, en general de su familia.

El ciudadano romano amaba y había interiorizado su amor por tres cosas, que por supuesto en el tardío Occidente han seguido marcando la cultura de una manera significativa: El ciudadano romano amaba i) a sus hijos, a su familia, a su esposa, ii) a su tierra y iii) a sus dioses manes, que en alguna medida llegaron a ser más importantes que los dioses legendarios, provenientes inicialmente, en su generalidad, de los dioses griegos y, en una menor medida, etruscos.

Como puede verificarse, el inicial ciudadano romano siempre era un *Pater familias*, con todo lo que ello implicaba, o sea un sacerdote en el moderno sentido del término; un gobernante mínimo, al interior de su hogar; sin lugar a dudas, un soldado: un infante en las clases bajas y un montado de la caballería si se pertenecía a los patricios ricos y, por supuesto, un campesino.



Figura 2. Virgilio escucha a Clio y Melpómene. Utilizada para ilustrar al *pater familias*.

Tomado de http://domusromana.es/?page_id=293

En efecto, el romano era por antonomasia un conocedor de las semillas, de los tiempos y las épocas de las siembras y las cosechas, de los niveles de agua y

los acueductos, de las formas tecnificadas de riego, de la eliminación del exceso de luz y sol. Por supuesto también continuaba dependiendo de la mítica aproximación a los oráculos que le permitían generar un fruto abundante, resistente, saludable y delicioso. Sin embargo, hay que anotar que aunque la tecnificación de la agricultura a lo largo y ancho de Europa se va a producir con el expansionismo romano, existen modernos estudios que afirman que incluso, en el siglo XX, no se han recuperado todos los conocimientos agrícolas y ganaderos que fue capaz de observar y sistematizar el campesino romano, entendiéndose por tal, el que inicialmente se asentó en la península itálica para la época de la finalización de la monarquía, pero que, como conquistador, pudo exportar, de manera cada vez más tecnificada a casi a toda la Europa central⁵⁸.

El romano también era un experto ganadero que supo ganar de manera altamente tecnificada alimento de los animales domésticos. Disentirá el lector en cuanto a que, de acuerdo a los cánones más generalizados, la agricultura y la ganadería ya habían sido inventadas milenios antes en el oriente asiático y por supuesto tiene razón; pero lo que estoy subrayando aquí es que el éxito casi permanente, en las dos tareas, semestre a semestre, año a año, solo vino a consolidarse de manera tan amplia en la ya entrada época de la monarquía romana, no por una bendición de los dioses, sino por un trabajo programático, sistemático y por supuesto científico.



Figura 3. Representación de la agricultura en Roma. Tomado de Wikipedia.

No estoy negando que los romanos adjudicaran la bondad o vileza de una cosecha a sus dioses y oraciones, pero por supuesto independientemente de ello, sus técnicas y desarrollos tenían una alta influencia en el éxito de las dos tareas.

58 En resumen y entre otros, consultar: <http://www.phil.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/lehrstuehle/stoll/Agrarschriftsteller.pdf>

Por supuesto allí tendrían que ser considerados otros factores de significativa importancia, como la riqueza del suelo de la península itálica, que siempre produjo trigo, vino y aceitunas, pero también una especificidad climática interesante que permitía reducir o ampliar los ciclos de cultivo y que al parecer se habría visto favorecido por la presencia de los dos mares Adriático y Mediterráneo, según los más aceptados estudios. La presencia de valles extensos protegidos por los Apeninos, en los que resultaba considerablemente más fácil cultivar ciertos productos que vinieron a constituir la dieta principal y las costumbres alimentarias de los romanos, que en gran parte nos acompañan hasta hoy, como lo evidencian las tres comidas diarias y la, a lo mejor, ya no tan sana permanente presencia del trigo en nuestra dieta actual.

Estas entre otras muchísimas condiciones devinieron en un primigenio establecimiento organizado a lo largo de la península de etruscos, latinos y, en una menor medida, sajones. Poco a poco el conocimiento de los contornos marítimos de la península, convirtieron a esos asentamientos en un sitio de paso obligado, todo lo cual, de una u otra manera, se narra en las leyendas mitológicas romanas, de manera figurada: la Eneida, la leyenda de la fértil loba que alimentó a Rómulo y Remo y las bendiciones prometidas por los dioses que se darían en las siete colinas que enmarcaban el paso más prolijo del Tíber.



Figura 4. La Lupa alimentando a Rómulo y Remo, fundadores de Roma.

Escultura ubicada en los Museos Capitolinos. Recuperado de Museos Capitolinos: http://es.museicapitolini.org/nuovo_allestimento/percorsi_per_sale/appartamento_dei_conservatori/sala_della_lupa/lupa_capitolina.

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

Por supuesto llama poderosamente la atención que las más modernas relecturas de la historia temprana de Roma traten de desechar sistemáticamente los cánones clásicos, pero exploren agotadoramente la más mínima posibilidad de veracidad de esas legendarias aproximaciones del inicio de la fundación.

Por vía del reconocimiento del líder familiar como el *Pater Familias*, que tenía como labores la de cuidar no solo de la misma familia, sino de fungir como sacerdote, para el culto de los dioses manes o domésticos (que primigeniamente estaban representados por los antepasados de las dos familias, materna y paterna, pero con acentuación en esta última (lo que, evidentemente, sí parece estar muy vinculado con la cultura griega, pero que a su vez crea una significativa ruptura con la mayoría de culturas del oriente medio, eminentemente matriarcales, no solo en la adaptación nominativa política, lo que determinaba parcialmente el nombre del enfans) en términos de respeto y mistificación de los antepasados, pues, salvo la cultura judeocristiana, al parecer toda la otra gran mayoría de pueblos del cercano oriente tendían a ser politeístas e inmediateístas (en cuestiones de genealogías).

Se establecían una serie de actos de respeto, no tanto hacia el *Pater* como hacia la familia, que ponderaba una unidad necesaria para la supervivencia física y espiritual, a través de una religión que comportaba una ética y una moral de trabajo, que a la vera mutó primordialmente en una necesidad del cumplimiento de las reglas, más por una interiorización espiritual que una coacción sancionatoria: todos los miembros de la familia colaboraban, desde el más pequeño hasta el más anciano, en casi todas las labores domésticas y de preservación de la vivienda, la consecución y elaboración del alimento y la perpetuación de los asentamientos, lo que se evidenciaba en la conservación del fuego y en la permanencia junto a las fuentes hídricas. Aún hoy se mantiene en la religión católica y en la generalidad de las religiones cristianas occidentales una costumbre muy pagana y romana: el día de pascua en la semana santa, el día de la resurrección de Dios, lo primero que se bendice es por supuesto el agua y el fuego.

Como está reconocido, no solo la arquitectura surge como consecuencia de esa situación, sino que la misma concepción del mundo greco-latino va a consolidar verdaderamente la diferencia entre Roma y Grecia y otras culturas antiguas. La conservación del fuego, prefigura la concepción occidental de Occidente, que nada tiene que ver con la de Oriente: las chimeneas en las salas, alrededor de las

cuales se construye el resto de espacios, que en la medida en que se hallan más lejos, menos sagrados parecen, va a minar toda la concepción de vida colectiva en Occidente: el fuego es sagrado, el alimento cocido en él también lo es, la hora de compartirlo, por supuesto, poco a poco, cobra también ese carácter.

La arquitectura de viviendas cuadrangulares aún visible en muchos de los cascos principales en nuestros pueblos y ciudades, heredada de la arquitectura española, fue adoptada a su vez de la concepción arquitectónica de Roma. Un patio principal, cuyo mayor o menor tamaño medía respectivamente la mayor o menor capacidad económica del *Pater familias*, se adornaba inicialmente en su centro con un caldero cuyo fuego no se podía apagar, posteriormente con una fuente y alrededor de él se consolidaba en la esquina más alejada de la entrada una cocina amplia y espaciosa a cuyo vientre lateral se delataba un huerto o granja que proveía de los alimentos a cocinar. Y desde esa esquina se construían, poco a poco, ítero, las otras dependencias y habitaciones. Cerca de la entrada principal de la casa, se hallaba la sala, siempre con chimenea y desde esas dos esquinas contrapuestas en un paralelogramo, que entre más cuadrado se estimaba más perfecto, se difuminaban los aposentos menos importantes, como las habitaciones de los abuelos o los hijos (Cfr. Wilhelmy. *Die Spanische kolonialstadt in Südamerika*).

No pocos arquitectos, etnógrafos, antropólogos y sociólogos, entre todos ellos Levi Strauss -por ejemplo- sugieren, con mucho fundamento, que las chimeneas de nuestro tiempo, son un elemento atávico y placentero, repito, que recuerda en nuestro inconsciente esas épocas y que incluso el mismo surgimiento de la arquitectura como valor cultural, está asociado a esa necesidad imperiosa de resguardarse materialmente que tiene cada individuo frente a las dificultades del ambiente; pero por encima de ello, de resguardar el fuego: como forma de sacrificio y adoración a los dioses.

Hasta aquí, considerará el lector, pareciera que nada novedoso se había implementado culturalmente, pues lo propio ocurría en las culturas del cercano Oriente en materia de atribuciones sacerdotales al macho procreador y fecundador de una doncella escogida, como Coulanges lo relata (1966). A mi manera de ver, la diferencia está dada por las atribuciones sacerdotales otorgadas también a la mujer. En efecto, al parecer no solo fue el *Pater Familias* quien comenzó a gozar de una serie de reconocimientos y atribuciones sacerdotales y de amparo frente a la prole y a la esposa en Roma, sino que esta última también accedió a una serie

de encargos y reconocimientos significativos dentro del orden jerárquico familiar, dotal y sacerdotal.

Ahora bien, descrito el principal sacerdote y la estructura de su íntimo templo, que fueron elementos esenciales para la consolidación de las costumbres y por supuesto del derecho (fundamentalmente el civil y familiar) como norma incuestionable, cabe anotar que la madre, como es conocido por todos, estaba encargada principalmente del cuidado de los hijos, de su crianza y corrección en ausencia del padre soldado, quien en no pocas oportunidades se ausentaba incluso por décadas (lo cual parece ser muy importante, pues incluso le era permitido no solo la crianza, alimentación y cuidado, sino incluso el castigo físico del hijo desobediente, lo que tributó normas importantes sobre la patria potestad, la custodia, el cuidado y la crianza del hijo en nuestros códigos civiles, sobre lo que tal vez no parece necesario recabar en este escrito).

La mujer madre era la “sacerdotisa” de la residencia familiar: Dentro de sus labores de esas muy delimitadas competencias, debía garantizar que el fuego de la *hoguera* (palabra que comparte su etimología y su concepción grecolatinas con *hogar*) nunca se extinguiera. La permanencia de ese fuego no solo era una forma de adoración y culto a los dioses manes, con quienes la madre hacendosa se congraciaba a través de su permanencia, vigor y limpieza de hollín, humo y cenizas, sino que significaba en el mundo sensible una manifestación, no solo de bienestar sino de permanencia y estabilidad, que al parecer implicaba una significativa forma de adaptabilidad de los hijos: un reconocimiento de cobijo y apego a una morada, a unas circunstancias, a unas costumbres. Durante la noche fría y el invierno, el fuego representaba la posibilidad de acogida de todos los miembros de la familia, la posibilidad de mantener a raya a las fieras salvajes y por supuesto la no menos importante de poder cocer los alimentos que compartían los miembros alrededor de la observancia de unas costumbres, que van a ser la materialización cierta del paso de un hombre nómada a una comunidad estratificada de grupos sedentarios, cada vez más tecnificados por lo menos en Occidente; y, por lo mismo, cada vez más inteligentes, dinámicos y con la cada vez mayor certera capacidad de vencer y permanecer como vencedores frente a las inclemencias del medio, pero también vencedores frente a otros pueblos menos acoplados a un ambiente determinado, al conocimiento específico de una zona, de un poblado o un descampado que, poco a poco, se volvía familiar e importante, pues de su

detallado conocimiento, de sus ciclos, de los animales y fieras que periódicamente lo visitaban se va a derivar la posibilidad de predicción de supervivencia de los sujetos miembros de la comunidad (Attali, 2010).

A su turno, así como las obligaciones que para con los dioses han quedado descritas y que implicaron una serie de ordenaciones y comprensiones lógicas en el mundo material —no solo físicas y espaciales como la vivienda— y cual era, nada más y nada menos, que un presupuesto para la re-conceptualización de la familia gens en una familia parental: entendida ahora como individuos cognoscentes de su filiación y que podían adaptarse a una etimología, pero también a una ética, a una propedéutica social, todas comprendidas como categorías del *Ius Civile*, unos y otros en su concepción occidental, tal cual hoy en día los conocemos (véase a modo de confrontación Hattenhauer H. (1978)), existían otras categorías que tenían un correlato significativamente más valioso en las obligaciones del varón para con el Estado, como arriba ya se mencionó que Coulanges o Barrow lo relatan.

Siempre las legiones compuestas por ciudadanos plenos, debían estar disponibles para cuidar las estrechas fronteras de la naciente y plutocrática monarquía. No sustentaba, sin embargo, esa disponibilidad, una mentalidad vasalla y servil, sino soberana y guerrera, edificada sobre una noción de propiedad: proteger cada villa, cada rincón y cada río, cada montaña en la vanguardia y la retaguardia, era la única forma de garantizar que cada uno de los individuos y sus familias pudieran volver a obtener el sustento necesario para subsistir. Como el grandioso Cornelius Castoriadis (2011) lo postuló gratamente en los años setenta del siglo XX, cada soldado romano no obedecía a un centurión o a un general, sino a un profundo sentido de amor y respeto por su propia tierra, su pareja (no olvidemos que el homosexualismo era una costumbre permitida en esa Roma fundacional) y en general su familia.

Esa misma tierra se materializaba en la razón propia del amor romano: la fertilidad de la península itálica propició que el asentamiento etrusco y latino, y sobre todo su mestizaje, produjera una categoría de hombres, que no era distinta a ninguna otra, pero que podía identificar claramente las ventajas de la riqueza del suelo para obtener fácilmente su comida y, por supuesto, las ventajas del paisaje para cazar sus presas y mantener seguras a sus hermosas mujeres y a sus menores hijos; de igual manera, las utilidades para la ganadería también se hicieron notar pocos decenios luego de la fundación. Sin lugar a equívocos podría afirmarse que la

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

dieta romana va a consolidar la forma de alimentación y dieta del hombre europeo moderno. Recientes investigaciones parecieran sugerir que la forma de alimentación mantenida durante la Monarquía y la República fueron decisivas no solo para la trajinada disciplina conquistadora de la península itálica, sino también para la fortaleza y ritmos humanos. Pareciera ser que la máxima musculatura humana tanto de hombres como mujeres fue obtenida por los romanos, bajo muy específicas condiciones alimentarias. En las subsiguientes generaciones humanas se ha perdido masa muscular en cantidades considerables (Grob, Karenberg, Kaiser, & Antweiler, 2011). Por supuesto sin pretender intromisión alguna al respecto, parece apenas lógico que las duras jornadas a pie para conquistar Europa con una dieta pesada y fuerte en trigo y carnes, para los soldados en la época de la república romana, no podría ser la misma para el sedentarismo moderno del hombre occidental.

Esa triada del carácter romano que aquí proponemos: un pueblo altamente religioso hasta lo sacerdotal, profundamente disciplinado y cauteloso hasta lo militar y profundamente dedicado y humilde hasta lo rural y campesino: agrícola y ganadero, fue lo que desembocó en la constitución y consolidación del imperio más grandioso y progresista que la historia humana haya conocido.

Como bien lo relata R.H. Barrow en su libro *Los romanos* (1950):

El concepto primitivo de *genius* era susceptible de expansión. Así como el genio de una familia expresaba la unidad y la continuidad a través de generaciones sucesivas, más tarde se atribuyó el “genio” a un grupo de hombres unidos, ya no por lazos de sangre, sino por una comunidad, propósitos e intereses durante etapas sucesivas (p. 20)⁵⁹.

59 En efecto, vale la pena transcribir una parte más extensa de la interesantísima obra de Barrow, en donde por supuesto se acentúa el hecho de que Roma, no fue distinta a los otros pueblos de la antigüedad por virtud de lo que es evidenciable a través de documentos o pruebas arqueológicas, que podamos señalar con un dedo y aducir en un texto científico, puramente considerado; tampoco se está afirmando aquí que el derecho romano *per se* naciera de la nada, sino de la pura inventiva de patricios y plebeyos y que la santa inspiración de los dioses de griegos y romanos fue la que generó la totalidad de la juridicidad; sino que, por el contrario, para comenzar por el segundo punto descrito, parece apenas obvio que la construcción y perfeccionamiento del derecho romano ya estaban influenciados, no solo por el derecho griego, que en realidad ha sido el que inventó la heterocomposición judicial y la lógica aristotélica, que fue la que permitió a través de las inferencias plausibles, construir premisas y arribar a conclusiones —y no otra cosa era lo que hacían los pretores durante el imperio tardío—. Pero además parece evidenciable también que el famoso fallo salomónico, recordado por aquel bebé que estuvo a punto de ser partido a la mitad, para ser adjudicado a dos mamás reclamantes, no solo era un relato bíblico, sino una historia claramente identificable en la cultura popular del egeo al adriático para esas épocas.

No solo el derecho romano, sino la actitud romana misma, que permitió la consolidación del imperio más extenso, complejo y unitario en términos de derechos y cultura, e incluso unidad idiomática que haya existido, estuvo plétórica de una serie de virtudes militares, de carácter y de autocuidado como comunidad que, aunque poco dejaron

de evidenciable en términos documentales, se transmitió a lo largo de la cultura occidental a todos los pueblos receptores de la cultura latina. La misma única plausible forma de estudiar los confines de las conquistas romanas, nos permiten percibir, cómo, de una u otra manera, toda la exploración y asentamiento de los romanos a lo largo y ancho de Europa recogió esas mismas concepciones. La significación de algunas palabras en las lenguas romances que designan esas virtudes o defectos que acompañan a un ciudadano o a un hombre prudente o incluso de mala fe, a veces resultan intraducibles a otras lenguas sajonas o cirílicas, como muchos lo han mencionado tangencialmente (Cfr. con Eco, H. *¿Ratas o ratones?* Steiner, G. *Después de Babel.*), y tal vez ese es el punto más importante de esta reflexión.

Como diría Barrow:

“El grupo adquiere una noción de ser propio, el todo llega a significar más que sus partes y ese plus misterioso que se suma es el *genius*. En los primeros tiempos del imperio tenemos noticia del genio de una legión; un oficial de hoy día convendrá gustoso en que la tradición del regimiento expresa débilmente lo que él siente; el genio es algo más personal. Así también encontramos el genio de una ciudad, de un club de una sociedad mercantil. Se habla de genio de las distintas ramas de la administración pública —por ejemplo, de la casa de la moneda y de las aduanas— y es natural que pensemos en nuestros altos ideales y tradiciones del servicio público. Los romanos tenían una asombrosa facultad de darse cuenta de la personalidad de una corporación. Diríamos que eran extraordinariamente sensibles al espíritu que la animaba y esto es lo que decían literalmente cuando hablaban de un “genio”. Y no es sorprendente que en el Derecho romano el derecho de corporaciones alcanzará un altísimo grado de desarrollo.

“Se extendió la comprensión de que la fuerza que ha guiado en el presente guiará en el futuro y así el *genius* de Roma tiene mucho, a la vez, de una providencia que la protege, y de una misión que aquella está cumpliendo.

“Ya sabemos que en el hogar del campesino la esposa ocupa un lugar de autoridad y responsabilidad. Entre los romanos la mujer estaba, teóricamente, bajo la tutela del marido, y según la ley no disfrutaba de derechos. Pero no se la mantenía en reclusión como en el hogar griego. Compartía la vida de su marido y, como esposa y madre, creó un modelo de virtudes envidiado en edades posteriores. La autoridad paterna era estricta, por no decir que severa, y los padres recibían el respeto de sus hijos, que participaban en las diversas ocupaciones en el campo, en la aldea y en la casa. Los padres se encargaban de la educación de los hijos siendo esta de tipo práctico; incluso las viejas leyendas apuntaban hacia una moraleja, y la ley de las doce tablas se aprendía de memoria.

“En tiempos posteriores, se añoró la primitiva sencillez de los primeros tiempos, que sin duda fue idealizada. Pero no se trata de un mito; lo atestigua la literatura de los siglos III y II a.c., pues en esa época escribieron gentes que habían conocido a hombres educados en esta forma. Las viejas costumbres sobrevivían como realidades y, todavía más como ideales. Al enumerar las virtudes que a través de su historia los romanos consideraron como típicamente romanas, debemos relacionarlas con las cualidades autóctonas, con las ocupaciones y modo de vida, con la lucha de los primeros tiempos por sobrevivir y con la religión de los primeros siglos de la República. Se verá que componen una sola pieza.

“En todo catálogo de virtudes figura en primer lugar alguna constancia de que el hombre debe reconocer su subordinación a un algo externo que ejerce una “fuerza vinculatoria” sobre él, a la que se llamó *religio*, término que tiene una amplia aplicación. De un “hombre religioso” se decía que era un hombre de la más alta *pietas* y *pietas* es parte de esa subordinación de la que se habla. Se es *pius* respecto a los dioses si se reconocen sus derechos; se es *pius* respecto a los padres, los mayores, los hijos y los amigos, respecto a la patria y a los bienhechores y respecto a todo lo que puede provocar el respeto y quizás el afecto, si se reconocen sus derechos sobre uno y se cumple con el deber en conformidad con ellos. Los derechos existen porque las relaciones son sagradas. Las exigencias de *pietas* y de *officium* (deber y servicios) constituyen por sí solas un voluminoso código, no escrito, de sentimientos y conducta que está más allá de la ley, y era lo bastante poderoso para modificar en la práctica las rigurosas disposiciones del derecho privado a las que se acudía solo como un último recurso.

“*Gravitas* significa “un sentido de la importancia de los asuntos entre manos” un sentimiento de responsabilidad y de empeño. Es un término aplicable a todas las clases sociales: al estadista o al general cuando demuestra comprender sus responsabilidades, a un ciudadano cuando da su voto consciente de la importancia de éste, a un amigo que da un consejo basándose en la experiencia y considerando el bien de uno; *propercio* lo emplea cuando

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

asegura a su amante la seriedad (gravitas) de sus intenciones”. Es lo opuesto a *levitas*, cualidad despreciada por los romanos que significa frivolidad cuando se debe ser serio, ligereza, inestabilidad. *Gravitas* suele ir unido a *constantia* firmeza de propósito, o a *firmitas*, tenacidad; puede estar moderada por la *comitas*, que significa la atenuación de la excesiva seriedad por la desenvoltura, el buen humor y el humor. Disciplina es la formación que da la firmeza al carácter; industria es el trabajo arduo; *virtus*, la virilidad y la energía; *clementia*, la disposición a ceder en los derechos propios; *frugalitas*, los gustos sencillos.

“Estas son algunas de las cualidades que más admiraban los romanos. Todas ellas son cualidades morales; cualidades que probablemente resultarán insípidas y poco interesantes. No hay nada entre ellas que sugiera que la capacidad intelectual, la imaginación, el sentido de la belleza, el ingenio, el atractivo personal, fuesen considerados por ellos como un alto ideal. Las cualidades que ayudaron al romano en sus primeras luchas con la naturaleza y con sus vecinos, continuaron siendo para él las virtudes supremas. A ellas les debía que su ciudad-estado se hubiera elevado a un nivel superior al de la vieja civilización que la rodeaba —una civilización que juzgaba endeble y sin nervio cuando no estaba fortalecida por las mismas virtudes que él había cultivado con tanto esfuerzo-. Quizas puedan sintetizarse estas virtudes en una sola: *severitas* que significa severidad con uno mismo.

“El modo de vida y las cualidades de carácter aquí descritos resumen las *mores maiorum*, las costumbres de los antepasados, que son una de las fuerzas más poderosas en la historia romana. En el sentido más amplio, la frase puede abarcar la Constitución Política y el armazón jurídico del Estado, aunque generalmente se añadan palabras tales como instituta, instituciones y leges, leyes.

“En el sentido más limitado la frase significa el concepto de la vida, las cualidades morales, junto con las normas y los precedentes no escritos inspiradores del deber y la conducta, componiendo todo ello una sólida tradición de principios y costumbres. A esta tradición se apelaba cuando algún revolucionario atentaba violentamente contra la práctica política, contra las costumbres religiosas, o contra las normas de moral o del gusto. La insistencia de esta apelación, repetida por el orador y el poeta, el soldado y el estadista, demostró que la tradición no perdió su fuerza ni en los tiempos más turbulentos ni en las últimas épocas. Los reformadores podían pasar por alto la tradición, pero no podían burlarse de ella y ningún romano soñaba con destruir lo que era antiguo simplemente porque fuese antiguo.

“Desde fines de la Segunda Guerra Púnica, junto con la reverencia por los nobles romanos que personificaban esta noble tradición, empezó a oírse una nueva nota: la nota de las lamentaciones por la desaparición de algo valioso que estaba demasiado remoto para poderlo restaurar en aquella corrompida época. Surge esta nueva nota con Ennio a quien se ha considerado como el Chaucer de la poesía romana: “Roma está edificada sobre sus costumbres antiguas y sobre sus hombres” Cicerón, cuyos llamamientos a las *mores maiorum* son incesantes y sinceros, recibe de Bruto el elogio de que por sus virtudes podía ser comparado con cualquiera de los antiguos. No puede hacerse mayor alabanza a una mujer que describirla como apegada a las viejas costumbres, *antiqui moris*, Horacio cuyo cariñoso tributo a su padre es sincero, dice de su propia educación:

“Hombres sabios”, solía añadir, “las razones explicarán por qué debes seguir esto y apartarte de aquello.

Por mi parte, si puedo educarte en los caminos

Hollados por las gentes de valer de los primeros tiempos

Y, mientras necesites dirección, mantengo tu nombre

Y tu vida, inmaculados, habré alcanzado mi objeto.

Cuando años posteriores hayan madurado el cerebro y los miembros,

Dejarás flotadores y nadarás como un tritón.

“La tradición, al menos como un ideal, perduró hasta los últimos días del Imperio.

“Mirando hacia el pasado no podemos decir que una religión como la antigua religión romana fuera a propósito para estimular el desarrollo religioso del hombre. La religión romana no tenía incentivo intelectual y, por tanto, era incapaz de producir una teología. Pero lo cierto es que con las asociaciones y costumbres que se agrupaban en

La misma estructura del derecho romano es reconocible por primera vez en textos legislativos muy anteriores a la misma Grecia, a Egipto o a la cultura Siria. Una constante que es reconocible en todas las obras ortodoxas o heterodoxas que se aproximan al monumental trabajo de ordenación jurídica romana, acogen, sin mayores miramientos, las coincidencias del derecho romano con, por ejemplo la compilación del Código de Hammurabi⁶⁰.

torno a ella, su contribución a la formación del carácter romano fue muy grande. Además, gracias a ella, se creó un molde en el que generaciones posteriores procuraron verter la nueva e inconforme mezcla de ideas que les había llegado de las viejas culturas mediterráneas más antiguas. Los grandes hombres casi eran canonizados por sus calidades morales o por sus obras. A las creencias y costumbres de aquellos días debemos atribuir ese sentido de subordinación u obediencia a un poder exterior, ya fuese un dios, una norma o un ideal, que en una forma u otra caracterizó al romano hasta el fin. Al mismo origen debe atribuirse el sentido de continuidad del romano que, al asimilar lo nuevo, conservaba el tipo y se negaba a romper con el pasado, porque sabía que se podía hacer frente al futuro con mayor seguridad si se mantenía el valor del pasado. Las primitivas prácticas rituales acompañadas de invocaciones solemnes que cristalizaron en un "derecho sagrado", contribuyeron a desarrollar ese genio jurídico que es el gran legado de Roma, y en las leyes del Estado se reflejó la santidad de aquel derecho sagrado. La ley presuponia obediencia y no se la defraudaba. La posición del cabeza de familia, el respeto otorgado a la madre, la educación de los hijos, fueron confirmados y fortalecidos. La validez de las ideas morales quedó firmemente establecida, y los vínculos del afecto natural y de la ayuda a los amigos y a los servidores se afirmaron por medio de un código de conducta que estaba al margen de la coacción legal, pero que no por eso dejaba de tener gran fuerza. La naturaleza formal de las prácticas religiosas evitó en la religión romana las burdas manifestaciones del éxtasis oriental, si bien impidió el calor de los sentimientos personales. Y la actitud de tolerancia hacia la religión, que caracterizó a las épocas de la República y el Imperio, se originó, paradójicamente, en un pueblo que concedía la máxima importancia a la religión estatal.

"El resultado de la tradición religiosa, moral y política de Roma fue una estabilidad de carácter que con el tiempo aseguró la estabilidad del mundo romano; y no debe pasar inadvertido el hecho de que un pueblo de tendencias literalmente retrospectivas, fuera adelante y pusiera el progreso al alcance de los demás". (Barrow, 1950, p. 7).

60 La misma concepción del préstamo de consumo y de uso, ya estaba regulada en muchos ordenamientos jurídicos más antiguos que incluso el griego, como el Código de Hammurabi u otros textos correspondientes a las normas egipcias o mesopotámicas. Y parece un tanto verificable tanto en Latinoamérica como en Alemania, que cualquier estudiante de derecho, mínimamente familiarizado con la historia clásica del derecho, podría aducir sin temor a equivocaciones la directa relación entre Hammurabi, los griegos, la Ley Judaica y el posterior derecho romano civil.

Pierre Cruveilhier y Josef Kohler fueron dos investigadores que desde distintas perspectivas se han ocupado del tema. Por supuesto queda claro que la construcción del ordenamiento jurídico romano recibió una inmensa cantidad de influencias provenientes de todo el espacio-tiempo comprendido entre la aparición misma de la cultura en la media luna fértil hasta la consolidación de la helenística, en especial en su vertiente filosófica, en Grecia.

El inicio del Código de Hammurabi se dedica a la relación existente entre religión y monarquía, todo lo cual parece ser demasiado parecido a lo que ocurrió en Roma, lo cual permite sin mayores y dedicados estudios, concluir, a cualquier mortal con una formación mínima, que por supuesto esa inicial relación no fue para nada un invento de la civilización latina y etrusca y todo ello reposa en el conocimiento popular: a lo sumo, reitero, todos los estudiantes de derecho guardan alguna relación clara al respecto, ya por una descripción hecha en clase o en los libros entre las pretensiones de articular la monarquía con los dioses; y, adicionalmente, el dato de que esa situación no se presenta inicialmente en Roma, menos aún en Grecia, sino que, casi un milenio antes, en la Mesopotamia se trató de regular el tema de manera vinculante.

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

A continuación, de acuerdo a los cánones más reconocidos, se encuentran reglas sobre el comercio y el cambio de monedas y riqueza, en particular la agricultura, el transporte y el derecho contractual, después de lo cual, los acuerdos, al parecer habían sido inicialmente practicados en el área de familia, donde la promesa empeñada tenía una especial validez. Así mismo existen introductoriamente reglas sobre el derecho penal previo, esto es como se determinaban las sanciones por la conducta que desplegaba un perjuicio para otro, reglas generales sobre el alquiler y las condiciones de servicio —algo similar a un incipiente derecho laboral- y la servidumbre (una regulación para algo similar a los criados no esclavos).

David G. Lyon reabrió la discusión sobre cómo interpretar de la manera más fidedigna los jeroglíficos y la normatividad jurídica, con una propuesta de clasificación alternativa. Se supone que el Código de Hammurabi en las tres secciones principales (Introducción parágrafo(s), de ahora en adelante [§(§)]) (§§ 1-5), artículos generales (§§ 6-126) y personas (§§ 127-282) estaba inconcluso. La parte referida a las cosas en las subsecciones de propiedad privada (§§ 6-25), los bienes raíces, la sección de las personas en la familia de los incisos (§§ 127-195) comercio y los negocios (de § 26); al final nunca pudo ser correctamente entendida y por ende integrada al resto del texto y, violaciones o daños (§§ 196-214) y por último los servicios (o lo que ahora llamaríamos el trabajo) (§§ 215-282). Esta división, sin embargo, ya ha sido rechazada en varias oportunidades, bajo argumentos demasiado contundentes.

Robert Henry Pfeiffer, se inclinó en comparar el códex de Hammurabi con la Biblia y la lex romana. Así llamó el §§ 1-5 como "ius actionum" derecho de acciones que los § 6-126 como "ius rerum" (derecho de los objetos y cosas) y §§ 127-282 como "ius personarum", y en este último todavía pretendió adjudicar una sección de "ius familiae" (§§ 127-193), por último, habló de una parte de "obligaciones" (§§ 194-282) con algunas divisiones.

Herbert Petschow propuso una última visión —que en general fue la que aprobó la mayoría—. Observó que el orden de las reglas de la ley fue hecho por temas. Así, los clasificó entre ellos. Dentro de los grupos sujetos individuales, la disposición de las proposiciones jurídicas en base a criterios cronológicos, el peso o la importancia de los productos tratados, la frecuencia de los casos, la condición social de las personas afectadas o lo ocurrido justo después de algún infortunio o problema; por ejemplo, se utiliza ocasional y pertinentemente un hipotético esquema de venta libre entre dos personas. Petschow no solo tuvo un gran éxito en su intento de ordenación, sino que también mostró que los registros de los derechos individuales se han organizado principalmente por consideraciones de motivación legal; lo cual resulta bastante avanzado para la época. Esto incluye metodologías interesantes acerca de la estricta separación de las relaciones jurídicas contractuales y no contractuales, por ejemplo. Básicamente, el Código de Hammurabi se puede dividir en dos secciones principales.

Para Petschow, el Derecho Público comprendía los primeros 41 principios jurídicos relativos a la esfera pública, caracterizados por la monarquía, la religión y la nación. Se pueden dividir en varias secciones, lo que cobra mayor significado.

La primera de estas secciones está constituida por los parágrafos §§1-5, que se refieren a las personas que juegan un papel decisivo en lo que es perseguido por los demandantes judiciales, los testigos y los jueces. Por esta razón, Petschow dio a esta primera sección el título de "aplicación de la ley y la justicia en el país y acciones" y en el discurrir del documento vio una construcción que correspondía a la recientemente expresada preocupación del prólogo. Estas cinco reglas del derecho sancionan duramente la acusación falsa y el falso testimonio con penas proporcionadas a la ley del Talión, si se causan perjuicios; en caso de que se evidencie la corrupción del juez, se procederá a la destitución del mismo y el objeto del procedimiento era un castigo activo integral y proporcional.

La segunda sección cubre los §§ 6-25 y tratan en general el derecho público en su vertiente sancionatoria. Específicamente lo que traduciría "delitos importantes" y que se consideraban especialmente peligrosos. Esto se debe principalmente a los delitos contra la propiedad, que están dirigidos contra la propiedad pública (templo o palacio) o en contra de la clase social privilegiada o de la muškenu, lo cual ya evidencia una re-estratificación social, mucho más compleja que la simplista fórmula de patricios y plebeyos en Roma.

Además, hay otros delitos individuales que se consideraban ya sea como peligrosos para la comunidad o fueron clasificados en este punto debido a una especie de atracción. Todas las normas de esta sección tienen en común que prevén la pena de muerte para los delincuentes.

Los §§ 26-41 a continuación, forman la tercera sección, que trata de "deberes oficiales". Los deberes (acadia llku) a menudo se traducen incorrectamente como feudos, debido a que los reclutas hicieron su servicio militar, en el caso normal, en una adjudicación cedida de tierras. Después del establecimiento de sanciones por incumplimiento del deber de servicio, se toman disposiciones sobre el paradero de llku, bien en el caso de un prisionero de guerra o fuga de los reclutas. Por último, se plantea una especie de acto jurídico de disposición de los reclutas, que le permitirá disponer sobre el pequeño feudo o llku.

Las normas legales restantes se refieren principalmente a la esfera individual del ciudadano particular. Este es el grupo más extenso y complejo de normas y se ocupa de cuestiones patrimoniales, la familia y la herencia. También se ocupa de cuestiones relativas al trabajo y la integridad física. Si bien es claro que están manifiestamente separadas en su compilación y ordenación de la sección anterior, sobre todo por su contenido, es, también evidente que se encuentran articulados a través del tema de la agricultura.

La primera parte de la sección (§§ 42-67), tiene que ver con los "derechos de propiedad privada" específicamente y de manera secuencial con campos, jardines y casas. Inicialmente la relación jurídica contractual es tratada, para determinar principalmente los arreglos de arrendamiento y gravamen. Estos son seguidos por reglas de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios.

Se establecen así mismo normas sobre el "cumplimiento de las obligaciones" o lo que conocemos como el tratamiento de la deuda. Se insertan en varias ocasiones, determinaciones sancionatorias por el incumplimiento en los §§ 68-127. Por lo tanto, representa una nueva sección. El detalle está principalmente referido al tamkarum (comprador). Además, hay también regulaciones sobre el sabītum (arrendador o su delegado, algo así como el casero) antes de esta sección se concluye con los temas y el apego Schuldversklavung, u obligaciones para con el esclavo.

El §§ 128 a 193 forma una sección claramente identificable, que se ocupa de "matrimonio, la familia y derecho de sucesiones". Aquí los deberes conyugales de pensión alimenticia y custodia de los derechos de la mujer, tutela del marido y, finalmente, las consecuencias patrimoniales del matrimonio para ambos cónyuges se tratan otros asuntos secundarios. Esto es seguido por una serie de delitos de naturaleza sexual, antes de que, finalmente, se regulen las posibilidades de disolución de un matrimonio, lo que por supuesto afecta los derechos de propiedad de los cónyuges.

Esta parte a continuación, sigue las reglas legales de la herencia, que, sucesivamente menciona la dote por muerte de la mujer y cómo los activos son tratados después de la muerte del padre. Este último es más detallado en cuanto a la herencia de los hijos ilegítimos, la viuda supérstite e hijos de un matrimonio mixto. La herencia de las hijas, como un caso especial, está separado por disposiciones de procedimiento de los mismos. Este grupo se completa con normas de derecho de adopción y comunitarias familiares.

Otra sección, que trata básicamente de "violaciones de integridad y daños a la propiedad física", está regulada en §§ 194-240. Una vez más, las relaciones jurídicas contractuales y no contractuales están estrictamente separadas. Se tratan los primeros agravios y las relaciones jurídicas razonadas. Aquí apenas se ven mencionados y básicamente estructurados, los principios de la ley del talión y la venganza como justa defensa.

A continuación, se regulan las lesiones personales y daños a la propiedad, que son tratadas inicialmente cuando fueron cometidos en el ejercicio, ejecución y desarrollo de relaciones contractuales. Al final de la sección se encuentran proposiciones jurídicas que se ocupan de cuestiones de responsabilidad en el alquiler de barcos y por lo tanto representan una conciliación con la última sección.

Se continúa con los párrafos §§ 241-282 que tratan la "Ganadería y servicio de alquiler". Los conjuntos de normas están ordenados cronológicamente según el momento en el campo de la construcción, de la orden respectiva y de los campos de la cosecha. Dentro de estos grupos se diferenció de nuevo de acuerdo con la responsabilidad contractual y extracontractual. Al final de esta sección están mencionadas las formas de regular las tarifas de alquiler, que en general se fijan antes de la intervención judicial y terminan con provisiones para la ley de esclavos.

El epílogo termina con una frase: "Estas máximas legales de la justicia que Hammurabi, el rey permitió, y han puesto en (a través de él) el país el orden correcto y la buena conducta".

Así, no parece tan novedosa ni propositiva esa serie de “nuevas teorías” que acusan al derecho romano de querer adjudicarse la invención, desarrollo y tecnificación de todo el derecho antiguo, como lo hace, entre otros muchos, el texto del profesor Monateri (2006). Por el contrario, la conciencia de imitación progresiva y sucesiva que asumió el derecho romano de los textos de Hammurabi, la ley judeo-cristiana, la ley mosaica y hebrea antiguas, así como de los textos mercantilistas sirios y egipcios era un lugar común desde los pandectistas alemanes del siglo XIX hasta las más modernas obras de derecho romano escritas en las postrimerías del siglo XX, como el texto, entre muchos otros, de Juan Iglesias llamado *Derecho Romano: historia e instituciones* (1997).

El grandioso derecho de las ciudades romanas

Por supuesto una comparación detallada de la propuesta de Monateri y los textos clásicos del derecho romano está excluida de este ejercicio, cuya finalidad es diversa. Sin embargo, siempre en mis seminarios de derecho romano o de sistemas comparados de derecho civil o procesal, me parece muy ilustrativo preguntar a mis estudiantes si se sienten más griegos o latinos en la configuración de su entorno y su cultura. Las respuestas son variadas, pero prevalentemente la mayoría se ha inclinado por aducir de manera tentativa que Grecia es mucho más importante que Roma, no solo por los filósofos griegos, sino por la grandilocuencia de la literatura, la organización de la ciudad-estado y por supuesto las ideas identificatorias del romanticismo y la ilustración con lo griego antiguo, que simultáneamente denostaba lo que dio en llamarse de manera peyorativa como “Edad Media”.

Por supuesto mucho de razón les asiste a los juiciosos discípulos, pero más allá de ello, es evidente que la profunda capacidad de descripción, comprensión e identificación del alma humana que lograron los griegos a través de su mitología, de sus teogonías y por supuesto de sus comedias y tragedias, dentro de lo cual Sófocles guarda una posición relevante, implican que debemos admitir la mucha mayor grandeza de Grecia por sobre Roma, en términos culturales.

Sin embargo, lo que siempre refuto a los aplicados contertulios, es que el latín estuvo mucho más cerca de nuestra cultura que el griego, que nuestras abuelas comprendían el latín y que toda la forma de nuestras casas coloniales, la misma fogata referida anteriormente y todas las lenguas romances, así como la

concepción del Estado, de las religiones cristianas, de ética, cultura, moral, pudor y decencia —como bien lo postula Barrow o Montanelli (2016)— son muchísimo más romanas que griegas. La pregunta que guía entonces el seminario parece obvia: Si en general admitimos la mayor preponderancia cultural griega por sobre la romana, ¿por qué en términos identificatorios rigurosos, es mucho más “famosa” la cultura romana antigua que la griega? O mejor aún: ¿qué fue lo que hicieron en realidad los romanos de manera diversa a los griegos, para ganarse un puesto preponderante en la historia de Occidente?

La respuesta se deja ofrecer tranquila de la mano de básicamente tres autores contemporáneos fascinantes, dos de ellos juristas e historiadores, el otro filósofo y matemático: Peter Stein (2001), Harold Berman (2001) y Bertrand Russell (1997), en sus respectivas obras, *El derecho romano en la historia de Europa*, *La formación de la tradición jurídica de Occidente (y otros escritos)* e *Historia de la filosofía de Occidente*.

En general y para condensar sus exposiciones podría decirse que Roma se diferenció de Grecia en tres precisos aspectos. Los romanos fueron a diferencia de los griegos, un pueblo:

a. Conquistador: militarmente muy superior a Grecia en múltiples sentidos. Claro es para todos que mientras que Grecia fue un pueblo solipsista, concentrado en sí mismo, militarmente inmaduro (salvo escasas excepciones como Alejandro Magno y Macedonia) y negado para ampliar sus fronteras limitadas al Egeo y las Termópilas, Roma fue el pueblo conquistador por excelencia, no solo de la Antigüedad, sino de toda la historia humana. Es un lugar común referir en clases de historia comparada básica que, para las épocas del Emperador Calígula, Roma comprendía un territorio más amplio que el que hoy compone la Unión Europea, pues no solo iba desde el actual Portugal hasta más allá de Ucrania y los Balcanes, sino que incluso los esquivos archipiélagos e islas de la Gran Bretaña, en una parte considerable, acataban para entonces los mandatos de la gran Roma, abarcando hasta una porción muy amplia de todo el norte del continente africano.

Llama mucho más la atención el hecho de que semejantes dimensiones no se conquistaron principalmente por una caballería⁶¹, sino que por el contrario la

61 Recuérdese que solo los patricios ricos durante el final de la monarquía estaban en la capacidad de autogestionarse un caballo, sus riendas y su uniforme, que era rigurosamente cuidado, con lo que la caballería se volvió, a pesar del aumento de la riqueza en todo el pueblo durante la parte inicial del Imperio o Principado, una costumbre

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo.

más importante fuerza conquistadora del pueblo romano, estuvo compuesta por la infantería. Objetos de especial culto al final del Imperio fueron, con sobradas razones, la sandalia romana y por sobre todo el *Gladius* romano o espada corta, bajo cuya comprensión destructiva se organizó la centuria romana: diez filas por diez columnas (con variaciones durante el extenso periodo del Imperio, de doce por doce o incluso de diez por quince en fondo), de hombres avanzando, hombro a hombro, con escudo en la izquierda y *Gladius* en la derecha de toda la formación, en lo que fue el más temido trueno militar, unísono a la marcha, por todos los otros pueblos de la Antigüedad y que ganaba terreno tras los arqueros y catapultas. No en vano, esa infantería, fue llamada “la mandíbula invencible” para referir los bien acoplados y sincronizados bloques de “dientes de humanos” armados, que en fondo de diez superaban a cualquier otro ejército, por razones de organización, disciplina y agilidad.



Figura 5. Soldado romano imperial, 2013. Recuperado de:

<https://guerrayhistoria.files.wordpress.com/2014/08/soldado-romano-imperial.jpg>.

b. Cosmopolita: en efecto, Roma fue un imperio, con la capacidad — como bien lo expone Monateri (2006)— de adaptar las buenas costumbres de los pueblos conquistados, pero sobre todo con la capacidad de capitalizar a sus

bastante elitista y poco eficiente en el frente de batalla. Su falta de efectividad tenía que ver con que en los periodos anteriores muy pocos patricios tenían esa capacidad económica y por lo mismo, los entrenamientos y escuelas habían tenido poca intensidad y desarrollo.

“buenos-nuevos” ciudadanos, en el sentido de que sabía que ventajas ofrecer como imperio a todo aquel extranjero que quisiera convertirse en ciudadano romano; aptitud, que ha sido copiada por muchísimos otros imperios posteriores a Roma.

Lo que vale la pena destacar, en el contexto bélico recién descrito, era que, cuando los anteriores contrincantes, ahora colonias o territorios conquistados, decidían someterse a la autoridad romana, iban a encontrar, transcurridas una o dos generaciones, una situación estatal bastante amable.

Recuérdese que cuando se ampliaban las fronteras romanas, antes que proyectar las ciudades mismas, en sí consideradas, lo primero que diseñaban los inigualables ingenieros y arquitectos romanos, que han sido clasificados como los mejores en trigonometría de toda la historia, era el acueducto de la respectiva ciudad. Tan sobrecogedoras resultaron ser esas obras maestras que cuando en 1992 se creó en la ciudad de Maastricht, el Acuerdo, que lleva el mismo nombre, para la unificación monetaria europea, tras profusas y complejas discusiones, se votó casi de manera unánime que lo que debería representarse en los billetes de la nueva moneda eran los mismos acueductos romanos que existían a lo largo y ancho de Europa. Como es conocido por todos, salvo necesarias obras de mantenimiento, si se quisiera, aún hoy en día los acueductos romanos podrían seguir funcionando como bien lo han conceptualizado, entre muchos otros, arquitectos e ingenieros civiles por ejemplo en la ciudad española de Segovia.

Pero lo que más nos importa acentuar aquí es que, luego de la conquista de los respectivos territorios, los romanos otorgaban a los dóciles conquistados la posibilidad de hacerse ciudadanos romanos, para lo cual existían claros deberes y correlativos derechos, para la época de la más grande expansión del Imperio.

Entre muchos otros deberes, además de cumplir con la tributación a Roma, el que quisiera hacerse ciudadano debería comprender de forma verbal y escrita el latín como lengua culta, pero luego de un juramento de lealtad a Roma, no era muy difícil que el mismo sujeto accediera a los principales derechos llamados imperiales. El emperador tenía como tareas, en el momento de más alto auge del imperialismo romano, no solo adjudicar tierras o villas a los ciudadanos —que podrían ser cultivadas—, esclavos y concubinas a los leales y fieles nuevos ciudadanos, sino que además debía al interior de las ciudades brindar agua líquida todos los meses del año, que debería ser abastecida a una fuente central proveniente

•Contexto y concepción del derecho romano frente al neoliberalismo•

de un acueducto previamente construido. No se olvide que de noviembre a enero toda Europa y, en especial el norte, sufre desde entonces y hasta hoy cruentos inviernos, donde la movilización y transporte de agua podría ser un verdadero dolor de cabeza.

Calderas de descongelamiento incluso llegaron a ser utilizadas en algún corto periodo. Adicionalmente a lo anterior, cada ciudadano patricio, plebeyo o converso tenía derecho a abrigo dentro de la ciudad, pero también a algo menos de una libra de harina de trigo diaria que debería ser abastecida cerca de los coliseos en los que se llevaban a cabo los torneos deportivos, y que aún hoy recordamos bajo la frase famosa que inmortalizó Marco Tulio Cicerón, para caracterizar a los regímenes criticables y de poca monta: “pan y circo para el pueblo”, para poder mal gobernar.

Es lamentable que no pocos colegas e incluso economistas, en sus textos olviden algo tan básico, como que en Roma el trabajo era cosa de esclavos, pues los ciudadanos deberían poderse dedicar a asuntos menos indignos y prosaicos. Y en medio de ese olvido (prefiero creer que sea un imperdonable olvido y no una manifestación de la más dura ignorancia), se atrevan a decir que la onerosidad existía desde Roma, pues lo cierto es que como sin mayores esfuerzos se puede colegir: en Roma el *Ius Civile* siempre se concibió como un sucedáneo del *Ius Imperial*, en el que los derechos precisos de los ciudadanos romanos estaban claramente delimitados respecto del Imperio mismo, no de otros ciudadanos y, por lo mismo, nunca pudo haber existido en estricto sentido un ánimo de onerosidad, pues tanto el comercio como la noción de empresa en el sentido moderno, no existían. Todo el derecho civil se fundamentaba sobre una noción de servicio, de ayuda ejecutada por parte del acreedor hacia el deudor desde una perspectiva de la buena fe y la confianza legítima (Cfr. con Petit (1982), Iglesias (1986) y Mommsen (2003)).

Como las profusas descripciones de Marco Tulio Cicerón, Flavio Josefo, Séneca, Virgilio y Dionisio de Halicarnaso lo evidencian, el ciudadano romano no debería trabajar. La explotación agrícola de sus villas se realizaba a través de esclavos y mayordomos y la tenencia y cuidado de las viviendas era tarea de concubinas y criados, todo lo cual evidencia la falta de rigor científico de algunas afirmaciones que mencionan que desde Roma la onerosidad era un presupuesto negocial.

Cosa diversa fue lo que ocurrió bajo la égida del *Ius Gentium* en que los ciudadanos romanos entraron en contacto negocial con otros pueblos y donde la onerosidad jugó un papel relativamente significativo, pero en estricto sentido el *Ius Civile* romano, nunca conoció la onerosidad, ni el trabajo como supuestos de su comprensión. Las relaciones crediticias y reales siempre se desarrollaban, prácticamente, entre familiares o amigos muy íntimos y por lo mismo las erogaciones remuneratorias o sancionatorias como los intereses de la Modernidad, parecían ser una rareza, en amplia medida incomprensible, para los ciudadanos romanos.

Ello no implica que no existieran los agiotistas y usureros en la comunidad romana, de la que se nos informa en no pocos textos históricos, pero esas situaciones, primero: eran una característica atribuida a extranjeros que habían ganado la ciudadanía romana; y, segundo: excepciones a la regla de aplicación del derecho civil, en el que las relaciones se mantenían en un círculo muy cerrado de una confianza casi absoluta entre los extremos obligacionales.

No se puede olvidar tampoco que los romanos fueron pésimos ecónomos y administradores, lo que además de no ser una virtud, dio al traste en no pocas oportunidades con las finanzas del Imperio; pero es una realidad histórica que no se puede tergiversar ni falsear para lograr atribuir epistemes anacrónicas e incoherentes al derecho civil romano. Si en serio alguna ideología y presupuesto económico debería podersele adjudicar al derecho civil, debería buscarse en una especie de Estado garante y asistencial del ciudadano, una especie de socialismo antiguo, en el que todo el miembro de la comunidad debería poder satisfacer sus necesidades más básicas al interior de las urbes —recuérdese que incluso el Imperio llegó a pagar prostíbulos tanto de hombres como de mujeres, en que todos los ciudadanos podrían satisfacer su libido en épocas de gran florecimiento y riqueza— (Cfr. Mommsen (2003), pero de una manera mucho más lúdica Montanelli (2016)), y donde además una plutocracia hereditaria otorgaba las mejores tierras para cultivo a familias acendradas en el poder que disponían, a su vez, sobre la estabilidad de los nuevos territorios y ciudadanos. ¡Lejos totalmente Roma de clase alguna de liberalismo!

Finalmente debería admitirse que las ciudades romanas fueron al final claustrós fantásticos, maravillosos, verdaderos castros en el sentido militar, o sea emplazamientos urbanos que militarmente eran prácticamente fortalezas gigantes, imposibles de atacar y muy difíciles de sitiar: menos aún de invadir; pero

además suministradas con las mejoras viandas de trigo, carne, frutas y sobre todo agua los doce meses del año. Como lo cuenta también la historia, recurrentemente era más fácil incendiar la totalidad de una ciudad romana, que ingresar a ella por la fuerza. Los derechos concedidos a sus habitantes y vecinos eran el principal atractivo para todos los nacidos foráneos que, poco a poco, se fueron haciendo ciudadanos romanos, simpatizantes extremos de ese régimen de gobierno imperial y plutocrático: bastante cruel en términos militares, pero bastante generoso y comprometido con el otorgamiento de derechos a sus fieles y nuevos ciudadanos, mejor entendidos como conversos, pues la religión también llegó en su momento a jugar un papel decisivo en la identificación de quién se entendía o no como ciudadano romano.

c. Fue el así llamado *Lex amatoris*: Fue el pueblo que creó el derecho de Occidente. Más que un pueblo filósofo y reflexivo, un tanto diletante y expoliador de las ideas como los griegos, el romano, fue un pueblo pragmático, absolutamente preciso y, por ende, eso lo llevó a concentrarse más en las regulaciones humanas que en la fundamentación de la inteligencia. Esto los llevó a ser un pueblo altamente jurídico, incluso los instituyó como los fundadores de la juridicidad occidental.

Como también bien lo narran los ya referidos autores básicos de este texto, fueron los romanos quienes, si bien copiaron una parte significativa del derecho de otras culturas antiguas, lo sistematizó, lo compendió y lo puso a disposición y servicio de la mayor cantidad de población que jamás haya vivido bajo un mismo régimen jurídico. Más o menos cincuenta y cuatro millones de personas, en la época de su máxima extensión imperial; todo lo cual, por supuesto no pudo ser llevado a cabo por ninguna otra cultura de la Antigüedad. Ese solo hecho ya debe ser suficiente para que Roma, entendida como Imperio, merezca toda nuestra admiración y respeto histórico y jurídico.

Por último, quisiera reiterar una percepción que Umberto Eco en alguno de sus profundos escritos ponía de presente de manera lapidaria: no podemos olvidar que la visión más antigua que tenemos sobre la misma Antigüedad es una visión medievalista, pues salvo las ruinas arqueológicas de las ciudades, toda constatación documental, salvo escasísimas excepciones, se remite a una complejísima red de transcripciones que no van más allá del año 690, donde a lo mejor podemos ubicar más adecuadamente la transcripción del *Corpus Iuris* Justiniano. Por

lo mismo, la relectura y reinterpretación lapidaria de Roma y sobre todo de sus institutos jurídicos es un despropósito en el siglo XX. Reducir por atrevidas las visiones clásicas de los historiadores del siglo XIX y XX, debería ser pues una tarea que correspondería abordar con muchísima más *gravitas*, más enjundia y más seriedad que simplemente criticar la actual imposibilidad de verificación de algunas afirmaciones de Dionisio de Halicarnaso, de Polibio o de Marco Tulio Cicerón.

La certeza documentaria no puede obedecer a una reducción metódica de descarte entre descripción previa, suceso narrado, verificabilidad: semejante método es un lastre un tanto artificioso. No puede olvidarse que independientemente del gusto metódico de los historiadores, el derecho romano, o mejor aún: su relectura medieval es lo que sigue inspirando incluso los más modernos códigos civiles de todo el mundo occidental, no porque ello sea motivo de orgullo para los actuales legisladores, sino por cuanto es y ha sido, la forma más sensata, la más llena de sentido común, para revestir la justicia entre aquellos particulares que confían ciegamente entre ellos: que a través de esa confianza inventaron, desarrollaron y afianzaron los complejísimos conceptos de buena fe y confianza legítima, que parece que algunos historiadores están dispuestos a cambiar por el concepto de brillar a través de sembrar dudas razonables sobre hechos que ya, hoy en día, ni para bien, ni para mal, se pueden comprobar.

LA GLOBALIZACIÓN Y SUS PELIGROS: ¿MÁS CERCA DE USA O DE EUROPA? EL REGLAMENTO DE DERECHO EUROPEO DE VENTA COMÚN⁶²

Resumen

El análisis comparativo de los instrumentos legales que tratan de regular los mercados supranacionales no debe restringirse a los borradores de textos prestigiosos. La crítica comparada de textos inejecutables puede posibilitarle a la regulación de nuevos mercados evitar incurrir en determinados errores. La consolidación de un régimen alterno de negociación internacional requiere de cierta flexibilidad en cuanto a la configuración contractual. La intuición al respecto es que el instrumentario diseñado en gran medida por el derecho comunitario se ha quedado corto. El nuevo reglamento de derecho europeo de venta común representa un objeto de estudio muy interesante en esa constelación de problemas y en el marco de la técnica legislativa.

Abstract

The comparative analysis of legal instruments, which tries to regulate the transnational markets should not be restricted to prestigious supranational draft texts.

.....
62 Para la lectura del texto en español, que comprende la normatividad propuesta, que se comenta en este artículo, puede el lector remitirse a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF>

The comparative critic can to make enable to the regulation of new markets, prevent to fall into many mistakes. The consolidation of an international alternative law for negotiations requires some flexibility in the contractual arrangements. The intuition about it is that, the by the comunitary low designed tools, is not sufficient. The new regulation of the European law of sale represents a very interesting object of study in this constellation of problems in legislative drafting.

Palabras clave: DCFR, venta, costos de transacción, BGB, Common law, derecho continental

Key words: DCFR, vent, transaction costs, BGB, Common law, Continental law.

Introducción

Uno de los temas más actuales, tras la elección de Donald Trump como nuevo presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, es el de la regulación supranacional de mercados. La intención de consolidar esos mismos mercados ha sido en general abordada desde perspectivas económicas. Las razones históricas que evidencian esa verdad han tenido diversos tratamientos, pero en últimas lo que resulta trascendente para este escrito, es que los nuevos pactos —como el ya no tan reciente tratado de libre comercio suscrito entre los Estados Unidos de Norteamérica y Colombia— ya tienen un punto de útil comparación, a más de necesario y obligatorio: La Unión Europea.

Sin embargo, desde la perspectiva puramente jurídica, pareciera que existe una tendencia a establecer comparaciones con ideas u ordenamientos que han logrado consolidarse en ese mercado común (p. ej. directrices europeas sobre consumo o sus desarrollos particulares por parte de algunos de los países miembros o propuestas que se hicieron “prestigiosas” como la de la *Comisión Lando* o el *Borrador Marco Común de Referencia para un Código Civil Europeo*, más conocido por sus siglas en inglés DCFR de *Draft Common Frame of Reference*). Si bien, en parte, esa actitud comparatista resulta lógica, impide en otro momento reflexivo evidenciar otra serie de problemáticas derivadas de borradores o textos olvidados o recién diseñados por el legislador europeo. Muchos de ellos

•La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?•

adolecen de ineficiencia o imposibilidad de articulación con el mercado común (Confróntense entre otros Franzen (1999) o Stadler (2010))⁶³.

Esa tarea de evidenciación resulta increíblemente valiosa, en parte porque va a permitir a los nuevos mercados supranacionales del mundo entero evitar caer en los mismos errores que ya se han vivido angustiosamente en la Unión Europea (Revisar a Haltern (2007)).

Podría decirse, desde alguna perspectiva, que la Unión Europea, o más precisamente su juridicidad, en permanente renovación propositiva, ha pagado con un precio muy alto el hecho de no haber diseñado su mercado común (sus normas al respecto, si se quiere), guardando un equilibrio entre la perspectiva de diseño económico con la perspectiva de diseño jurídico, como bien nos lo muestra la actual crisis griega, que terminó desestabilizando a los veintisiete países miembros de la Unión (para solo mencionar un ejemplo que se contrae al ordenamiento fiscal y tributario).

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, pareciera que el instrumentario diseñado por la Unión Europea a nivel legislativo comienza a quedarse corto, pues la complejidad social es mucho más desafiante a lo que inicial y progresivamente se previó.

La situación recién descrita halla un asidero más concreto en la realidad jurídico privada, con el nuevo reglamento sobre derecho europeo de venta común de 2011, que si bien apenas comienza a ser un objeto de estudio por parte de la dogmática europea, también es cierto que contiene una serie de inconsistencias derivadas en parte de las “exageradas buenas intenciones” del legislador europeo y en parte de problemas de delimitaciones competenciales que se desprenden, a su vez, de la compleja arquitectura histórica sobre la que aún logra sostenerse la Unión. Vale anotar, sin embargo, que la consolidación de instrumentos jurídicos novedosos unitarios es *per se* ya una problemática, más en un espectro económico tan complejo como el de los trescientos cincuenta millones de personas, con culturas absolutamente diversas, que constituyen el mercado común europeo.

.....
63 Estas posiciones críticas contra el mal llamado “soft Law” han venido cobrando un papel decisivo en las nuevas discusiones sobre los escritos unificadores de normas en la Europa Continental. Al respecto unas de las críticas que más eco y relevancia han ganado son todas aquellas contra el DCFR o Borrador Marco Común de Referencia para un Código Civil Europeo. Al respecto los trabajos de la Prof. Astrid Stadler sobre todo en el tema de bienes y la protección a través de la abstracción negocial, han sido decisivos.

Una tarea de la dogmática comparatista nacional se contrae pues a dejar memoria de esas falencias a efecto de evitarlas en los ordenamientos que, de momento, pareciera van a resultar necesarios a un mediano o largo plazo; si es que debemos partir de la consolidación de un mercado común de las dimensiones propuestas por los últimos gobiernos de nuestro país, con los Estados Unidos de Norteamérica, con Corea y eventualmente con la misma Unión Europea.

Un primer punto sobre el que vale la pena reflexionar es la necesidad, sugerida por algunos, de crear una simbiosis entre la episteme del derecho anglosajón (abductivo por excelencia y con un sistema jurisprudencial de fuentes), derivado de la vertiente del *Common Law* y que impera en los Estados Unidos de Norteamérica y el método de ocurrencia del derecho romano germánico (subsuntivo por antonomasia y con un sistema legislado de fuentes), del que proviene nuestro ordenamiento y nuestro *logos* jurídico, (Cfr. entre otros, López (2004)).

El Ordenamiento sobre el derecho europeo de venta común

En este marco discursivo el borrador del ordenamiento sobre el derecho europeo de venta común constituye, por sobre otros instrumentos y desde ya, un objeto de estudio bastante interesante, pues se ha hecho en corto tiempo acreedor a múltiples críticas.

Lo primero que vale anotar es que la propuesta de la Comisión Europea de un ordenamiento sobre el derecho europeo de venta común contiene en realidad una mezcla de materias nucleares del derecho general de los contratos por un lado, tales como la celebración y el perfeccionamiento del contrato, la interpretación, los vicios del consentimiento, ciertos controles sobre las condiciones generales de contratación, deberes de información precontractuales, que ya son puntos acostumbrados en los ordenamientos unitarios tratados por el legislador europeo y, por otra parte, un tratamiento minucioso del derecho del contrato de compraventa, en particular. Especialmente son desarrollados la perturbación de la prestación y el derecho a la indemnización de perjuicios derivado del incumplimiento (Wagner, 2012).

Es claro que la comisión no pretendió con el texto unificar los múltiples derechos de los Estados miembros, sino brindar a las empresas y a los consumidores la posibilidad de elegir un derecho europeo de contratos, en el sentido de

•La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?•

un instrumento opcional adicional. El derecho europeo de venta común no debe fungir entonces como el régimen número veintiocho de los derechos de compraventa nacionales, sino evidenciarse como paralelo a ellos; y consecuentemente, poder ser pactado por la totalidad de los veintisiete Estados miembros. El hecho de que esa situación no haya sido así expresada por parte de la misma comisión, sino que en vez de eso se haya hablado de un “segundo ordenamiento jurídico nacional de la compraventa” está exclusivamente motivada por la competencia jurídica otorgada por el Tratado de Lisboa. La idea era “rodear” (no contravenir) la decisión del Tribunal Europeo, de acuerdo al así llamado “título jurídico europeo unitario”, que entre otras cosas, debería velar porque los institutos nacionales permanecieran incólumes y resultó imposible basarse en la competencia del mercado común del actual art. 114 de la Convención Europea contenida en el mencionado Tratado⁶⁴.

Si esa forma de denominación y manejo constituía la verdadera intención de la Comisión, en el sentido de una expedición legal que a lo largo y ancho de Europa reconociera esa jurisdicción y esa prerrogativa, es una pregunta aún abierta. En concreto a las partes les debe ser posible o permanecer con el derecho nacional y con ello seguir sus preferencias locales, en la medida en que, a ellos, éste les represente la liberación de los costos aplicados u optar por el reglamento.

De esta manera se subsume el “derecho unitario de compraventa europeo opcional” bajo la así llamada “perspectiva de la competencia” frente a los otros ordenamientos nacionales. El mercado común, además enriquecido por el derecho europeo de contratos y de los múltiples ordenamientos jurídicos, conduce a una tendencia de fortalecimiento de los mejores sistemas que corresponderán entonces primigeniamente a las preferencias expresadas por las partes del respectivo contrato (Nótese que entre otras cosas, aún por concluir entre las eventuales partes).

Las reacciones frente a la propuesta han sido bastante diversas. Mientras la comisión y los redactores del borrador la celebran como el “primer paso en la dirección correcta”, concretamente hacia un derecho de contratos unitario y de allí tener un punto de partida para un futuro código civil único en Europa, los demás sectores de opinión se encuentran preocupados por los derechos de contratos

64 (Tribunal Europeo 2.5.2006), Rs. C-436/03 (Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea).

nacionales y por los códigos civiles. En esa perspectiva se plantea la pregunta para Alemania y Francia, por ejemplo, de si sobre el altar de la unificación jurídica europea deben ser sacrificados el *Code* y el BGB. La armonización de los derechos privados nacionales habría obviado “las diferencias” entre los derechos de contratos de los Estados miembros, no otra cosa. Sin duda estas diferencias son en parte los efectos de las casualidades históricas y las características propias del desarrollo cultural de cada pueblo, pero por supuesto, esta no es una verdad completa. Ellos son también expresión de preferencias divergentes. Y sobre ellos, existen valores constructivos, por ejemplo, de la protección del consumidor que ha sido concedida en algunos estados miembros de la Unión Europea con mayor ahínco que en otros, como ocurre en los países escandinavos, en donde se da un puesto valorativo más alto al consumidor que en el resto de países de la Unión (Cfr. con Von Hippel (1986)).

En la medida en que tales particularidades son expresión de preferencias locales para determinados objetivos políticos y una configuración respectiva en esos derechos de contratos, deberían ser observadas esas divergencias a la hora de advertir a qué derecho desean las partes contractuales *ex ante* someter su pacto.

Lo cierto es que no resulta útil al final que los ciudadanos de los Estados miembros terminen siendo compelidos a una unidad jurisdiccional y valorativa, en vez de que sean mejor ellos mismos, tratados de acuerdo a su propia comprensión de sus textos legales nacionales, permitiéndoles además ejercitar una de las principales variantes de la autonomía privada reconocida por el legislador europeo.

La discusión, que de manera coyuntural se generó sobre el objetivo que a mediano plazo tenía una unificación de derecho privado europeo, ha dado un poco al traste con el objetivo inmediato perseguido por la Comisión. No es pues un deseo permanente (ni un objetivo principal) de la Comisión del derecho europeo de venta común (y que por lo demás aparece bien fundamentada), la disminución de los costos de transacción para empresas que se encuentran ejerciendo su objeto en más de un Estado miembro (Wagner, 2012)⁶⁵.

Un elemento importante en el conjunto de los costos de transacción es por supuesto el derecho de configuración contractual; más concretamente, la

65 Los costos de transacción son aquellos en los que las partes deben incurrir para adelantar las negociaciones, para acordar, celebrar y finalmente llevar a cabo el intercambio de prestaciones determinadas por el negocio.

•La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?•

configuración contractual de la responsabilidad en caso de una perturbación de la prestación. Esta tarea no puede ser realizada sin conocimiento del marco jurídico aplicable. Hasta antes de la expedición del (mal llamado) ordenamiento número veintiocho, una empresa activa en todo el mercado común debía determinar (definitivamente no revisar, como mal lo entiende parte de la doctrina), no dos veces la concordancia de su clausulado contractual sino veintisiete veces con los derechos de contratos de cada uno de los veintisiete países miembros. Los grandes consorcios delegaban la realización de este dispendioso trabajo a sus filiales, que se establecían en cada uno de los países; sin embargo, las pequeñas y medianas empresas (pymes) debían contratar diversas oficinas de abogados en los respectivos países miembros a los que querían ingresar, para contrarrestar las complejas divergencias de los ordenamientos jurídicos, especialmente en materia de responsabilidad concreta o contractual (se itera). Las dos opciones sin embargo costaban bastante dinero. Si bien es cierto ya se podía con fundamento en el Reglamento de Roma I, acordar un único derecho de contratos nacional para transacciones transfronterizas, por supuesto esa elección de derecho no podía impedir la aplicación de normas nacionales que escapaban a la pretendida garantía europea de protección masiva, a favor del consumidor, de acuerdo al ordenamiento de cada país (al respecto vale la pena poner de presente el concepto de la Intensidad de regulación de la directriz, propuesto por Brödermann e Iversen "*Regelungsintensität der Richtlinie*" p. 294)⁶⁶. Además de ello, ocurría que en los negocios puramente internos las prescripciones de orden público de un determinado ordenamiento atentaban contra la elección parcial que se hubiere hecho de otro ordenamiento⁶⁷. De esa manera se impidió desde diversos frentes la configuración de un derecho de contratos unitario en el mercado común. De ello se derivó progresivamente que a un vendedor le fuera imposible optar por una única conducta jurídica negocial, a la hora de determinar el estatuto aplicable a sus contratos, porque la empresa debió modificar de Estado a Estado sus clausulados a normas jurídicamente diversas, para evitar entuertos indeseados. La fragmentación de la praxis contractual y de los comportamientos negociales de una única empresa vinculados a ese fenómeno, causaron para la misma empresa

66 Art. 3 inciso primero, 6 inciso segundo del Ordenamiento 593/2008.

67 Art. 3. Ordenamiento 593/2008.

costos adicionales que al final terminaban recayendo sobre los precios ofrecidos a sus clientes. Los elevados costos de transacción afectan los precios de bienes y servicios y ejercen permanentemente una presión al alza.

Si los bajos precios en el mercado no pueden mantenerse, pueden entonces los costos de transacción ser entendidos también como límites a la penetración en un mercado. Los dos efectos conducen al debilitamiento de la libre competencia en el mercado de bienes y a través de ello finalmente afectan los intereses últimos del consumidor, entendido como un individuo inmerso en un supramercado que no coincide ya, por lo demás, con el de las fronteras de su país.

Un derecho de contratos unitario para toda Europa ofrecería la posibilidad de que se redujeran los costos de transacción que, a través de la diversidad de los ordenamientos contractuales, adicionalmente se causan de manera permanente (Wagner, 2012).

Una empresa activa en todo el mercado común debería atravesar el proceso recién descrito solo una única vez y podría dirigir sus configuraciones o clausulados contractuales y sus intenciones negociales solo al derecho europeo de venta común. En la medida en que las condiciones contractuales y el propio comportamiento de la empresa se plieguen a él, estará entonces ella segura en la totalidad de los Estados miembros. Solo cuando las obligaciones del oferente impuestas a través del derecho de contratos unitario y los derechos a él concedidos son los mismos en cada Estado miembro, surge recién la posibilidad de calcular precios unitarios para la totalidad del mercado común, pues los costos de transacción eminentemente jurídicos se reducirían a un único costo: la configuración de un único clausulado contractual. El hecho de que una configuración de precios unitaria dentro del mercado de la Unión sea imposibilitada por otros obstáculos, como por ejemplo las diferentes tributaciones nacionales es un tema diverso, soluble en otros escenarios y por ende ajeno a este escrito.

La intención de la Comisión parece sin embargo bien fundamentada, de acuerdo a la generalidad de motivos; por supuesto cómo haya quedado registrada ella en el marco del reglamento, es otro asunto, como ya ha quedado sugerido. Al respecto hay un gran escepticismo que se consolida por varias fuentes. Los puntos más importantes son las delimitadas y altamente complejas áreas de aplicación reguladas del derecho europeo de venta común de la Unión Europea y la molesta y formal declaración que intensifica los costos de transacción. El

•La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?•

borrador del Reglamento delimita el área de aplicación del derecho de compra común europeo en dos sentidos: i) materialmente a los contratos trasfronterizos y ii) con respecto al aspecto subjetivo a transacciones entre empresas y consumidores así como entre grandes empresas y pequeñas (o medianas) empresas, quienes como es sabido, serán tratadas grosso modo como consumidores en todo aquello que escape a su delimitado objeto social. Estas últimas fueron definidas a través de números, concretamente a través de limitaciones referentes al número de personas intervinientes y capacidad de lucro empresarial (menos de 250 personas y unos ingresos anuales máximos de cincuenta millones de euros o como alternativa una suma de balance anual de 43 millones de euros). Pareciera que se pasó por alto que estas condiciones no son ni reconocibles, ni verificables *ex ante* por parte de los potenciales contratantes (en principio compradores) de esas mismas entidades, tanto que ellos en muchos casos no pueden estar seguros de si se puede acordar o no como régimen contractual el derecho de venta europeo común. Más grave todavía es la delimitación material del borrador del ordenamiento solamente a los contratos de compraventa trasfronterizos. Ello significa que para los negocios internos no está disponible el derecho europeo y la elección de un ordenamiento solo es posible, de acuerdo al inciso 3 del artículo 3 del ordenamiento 593 de 2008, dentro de los límites de las prescripciones del orden público (Cfr. con Wunderle (2010)). A causa de la fragmentaria área de aplicación de la propuesta, el oferente trasfronterizo no puede una vez más tener unas condiciones contractuales únicas para trabajar y aplicar con fundamento en el derecho de compra europeo común un único clausulado y menos aún dirigir todas sus actuaciones hacia ello, sino que debe trabajar permanentemente por lo menos con dos diferentes normatividades y adecuar su comportamiento a varios ordenamientos jurídicos. Con ello fracasa el verdadero objetivo de toda la empresa: ahorrar costos de transacción que, como ya se expuso, era el (principal) objetivo inmediato de la propuesta.

Cuando se libra una batalla para ofrecer a cualquier mercado común un derecho de compra unitario, para posibilitar la estandarización de la praxis contractual y de esta manera reducir los costos de transacción, entonces también debe ejecutarse la intención de una manera razonable y consecuente. Ello sólo puede significar, en el contexto actual, que al derecho de compra común europeo, que es puesto a disposición para reducir los costos de transacción totales, debe dársele otro tratamiento en cuanto a sus áreas de aplicación, esto es, independientemente

de si se trata de un negocio interno o de un negocio transfronterizo; de si interviene una empresa grande, mediana o pequeña o de si necesariamente debe intervenir un consumidor.

Una estandarización de los contratos y la ganancia de eficiencia aparejada a ello, sólo pueden ser alcanzados si la totalidad de negocios en los que por lo menos participa una empresa, son cobijados de manera paritaria, independientemente de su tamaño. Solo el tráfico jurídico entre consumidores puede permanecer excluido de un derecho de contratos unitario, como desde hace mucho tiempo ha quedado claro en la dogmática seria de la Unión Europea, porque el consumidor no opera con ninguna clase de condiciones generales de contratación, y por lo tanto en esa medida no surge ninguna necesidad imperiosa de estandarización.

Ahora bien, lo anterior reconduce a otro problema: el borrador del ordenamiento no excluye la ampliación del área de aplicación del derecho europeo de venta común en términos espaciales o personales, sino que pone esa decisión en manos de los países miembros, lo que desde el punto de vista de la realización del derecho Europeo parece adecuado, pero desde las finalidades de la regulación analizada, parece inconsecuente, (Härtel, 2006). Estos pueden poner a disposición el instrumento a la totalidad del tráfico mercantil y también levantar la delimitación a los contratos trasfronterizos. Con ello, sin embargo, no se pueden asegurar efectivamente las deseadas reducciones de costos: por el contrario se otorga una facultad que pervierte al final la intención fuerte de la propuesta. Lo mismo que si un Estado miembro opta por las mencionadas ampliaciones, permanecen empresas activas de manera trasfronteriza agobiadas con costos adicionales, en la medida en que otro Estado miembro no siga ese ejemplo, sino que, por ejemplo, mantiene incólume el área de aplicación dada por el instrumento. Las regulaciones que deberían garantizar la estandarización de las condiciones contractuales en el mercado común, deberían también valer de manera unitaria para la totalidad del mercado común. El borrador de ordenamiento no garantiza esa unidad, sino que reconduce nuevamente a una colcha de retazos o de ordenamientos que no logra la intención de reducir los costos de transacción de manera notoria para las empresas que quieren mantenerse en más de un país miembro de la Unión (revisar en similar sentido Wagner (Wagner, 2012)).

La preocupación en cuanto a que los errores descritos en que incurre la Comisión podrían impedir el deseado objetivo se fortalece por cuanto el borrador

•La globalización y sus peligros: ¿Más cerca de USA o de Europa?•

propone complejas solemnidades al acuerdo en el cual se elige el derecho europeo de venta común. De acuerdo a ello, el consumidor debe aprobar el acuerdo del derecho europeo de venta común en una declaración específica y esa declaración le debe ser confirmada a él por la empresa mediante un documento que debe ser duradero; luego de lo cual el consumidor con ayuda de una hoja informativa *ex ante* al contrato debe ser informado sobre sus derechos y obligaciones. Esas exigencias sólo se dejarían cumplir en todos los casos —y mucho más en el comercio electrónico— en una minúscula medida; por todo lo anterior el acuerdo del derecho europeo de venta común en el comercio estacionario apenas si resulta imaginable (Ver Raeppe, 2005 y Raschke, 2005).

La dirección dada en cuanto a los estándares de solemnidad para la celebración del acuerdo sobre la aplicación del derecho europeo de venta común no acompasa con una intención legislativa que se ha descrito, en principio, como “la reducción de los costos de transacción”.

Especialmente desafortunado es que el borrador del reglamento no se atuvo a definir la cuestión atinente, para el éxito del proyecto central, de si la empresa podría compeler al consumidor, en el sentido de dar por perfeccionado el acuerdo del derecho europeo de venta común, en caso de que este guardara silencio, y el contrato se perfeccionase entonces de acuerdo a otro derecho. La necesidad de un acuerdo adicional se manifiesta en contra de ello, pues el consumidor puede entonces bien a la conclusión del contrato comercial aprobar, sin otorgar la declaración específica de pacto expreso, la aplicación del derecho europeo de venta común, contradicción que en todo caso implica la prevalencia de las solemnidades arriba mencionadas. En este caso se perfecciona el contrato de acuerdo al derecho nacional determinado con fundamento en el ordenamiento de Roma I. Ello en realidad no es trágico para el consumidor, en el caso particular, pero destruye nuevamente la perspectiva de la empresa de poder estandarizar una única praxis contractual con fundamento en el derecho europeo de venta común.

Si se quisiera por el contrario dotar a la empresa con la prerrogativa de negarse a concluir el contrato de acuerdo al derecho nacional, ello no era compatible con la libertad de elección prometida una y otra vez al consumidor por la Comisión y en general por todas las instancias de la Unión. No hay entonces fundamento para cargar esa decisión todavía con más deberes costosos de información, y la exigencia de un acuerdo específico.

Una cuestión justa habría sido otorgar a la empresa la posibilidad de garantizar la validez del pacto del derecho de compra europeo común, a través de una aceptación de una clausula respectiva en sus condiciones generales de contratación. Contra esa decisión seguramente se habrían presentado resistencias, que el consumidor habría de ser protegido frente a un engaño de la empresa. Por supuesto ¿frente a qué debe ser protegido específicamente el consumidor? El legislador europeo persigue con el derecho de compra europeo general, un nivel de protección del consumidor imaginable aún más alto que el alcanzado hasta ahora y, por lo tanto, ha propuesto regulaciones que parten del actual nivel de protección. Por lo tanto no resulta pues imaginable en qué medida el consumidor podría sufrir injusticias, cuando la conclusión del contrato sólo tuviera como una única opción el derecho de compra europeo general, y la normatividad del derecho unitaria, totalmente sencilla, podría ser aprobada a través de la conclusión del contrato principal (En cuanto a las finalidades del derecho de Consumo ver Von Hippel, 1986).

Algunas reflexiones finales

Una primera conclusión, que arroja la anterior y sencilla recensión de la nueva normatividad, tiene que ver con el hecho de que las reflexiones de la comisión redactora de la propuesta pareciera que tienen que ser afinadas en cuanto a la proposición de casos específicos pensados desde la praxis contractual, no desde la pura teoría. A esa específica omisión pareciera que son atribuibles las falencias en la redacción de la opción de la determinación contractual del régimen aplicable por parte de empresa y consumidor.

De otro lado, la delimitación del ámbito de aplicación pareciera también adolecer de un exceso en la buena intención de protección del consumidor, cuando lo que es cierto es que desde otras perspectivas, por lo demás bien consolidadas bajo otras directrices, las tareas de protección han sido bien llevadas a efecto. Optar en ese contexto por un régimen de protección más garantista es una decisión que debió dotarse de mayor eficiencia y flexibilidad, en términos de facilitación y sobre todo de reducción de los costos de transacción.

Desde un punto más ajeno al derecho comparado y al análisis de *lege ferenda* habría que insistir en la disparidad negocial con la que concurren los países a celebrar y regular los novedosos tratados de libre comercio suscritos en todo el

mundo. Si la negociación más homogénea llevada a cabo por parte de los veintisiete países miembros de la Unión Europea ha arrojado los confusos efectos en la redacción de esta nueva normatividad, no habría porque partir de una divergencia favorable en las negociaciones sostenidas o a sostener en el marco de los nuevos mercados transnacionales que nos afecten; y en esa medida, habría que estar muy atentos a la hora de circunscribir los efectos de aquellas normas que están por escribirse.

La delimitación espacio-temporal de las normatividades y su ejecución han sido recurrentemente el talón de Aquiles de no poca normatividad comunitaria y (se itera) no hay razones de peso para pensar que algo diverso va a ocurrir a la hora de regular las complejidades de los mercados que recién empiezan a unificarse, ya económica, ya jurídicamente por parte de Colombia; pero por encima de ello, la reflexión que yace al ejercicio hecho, es que las competencias legislativas en un contexto supranacional deberían ser aplicadas con un mayor grado de precisión, derivada ojalá de la experiencia de la praxis correspondiente.

EPÍLOGO

Después de todas las reflexiones anteriormente expuestas, es claro que el derecho privado ofrece una fascinante y controvertida perspectiva sobre diversas problemáticas académicas, jurídicas y sociales; tanto así que evidentemente se convierte en todo un desafío escudriñar sus orígenes y fundamentos, su orientación, contenido, teleología y proyección en un escenario constitucional de protección, garantía y materialización de derechos, incluso como límite racional al excesivo monopolio del poder económico, al que reemplaza con una visión más acorde con la solución de necesidades humanas concretas de los ciudadanos en todas las tipologías de relaciones juridizables, desde la más elemental a la más compleja y elaborada.

Es así como en el estudio que aquí llega a su fin, se abordó la problemática del derecho a un debido proceso sustancial que persiga la rigurosidad jurídica, en contraposición a la imperante necesidad de proferir fallos expeditos a través de la traslapada e inconvenientemente incorporada oralidad en nuestro sistema jurídico procesal. Sobre el particular, reitero, es evidente que no se hace el mismo ejercicio mental cuando se habla que cuando se lee y se escribe. Como proceso intelectual, la escrituralidad está más en consonancia con nuestra tradición jurídica occidental, además de ser un proceso más completo, pues la lectura de providencias puede potenciar el ejercicio de constante confrontación de la sentencia —o del auto— con la ley, y ojalá cada vez más, con la Constitución Política.

Así mismo, continuando con el hilo conductor del libro, este estudio introduce una crítica a la dogmática jurídica constitucional nacional, pues actualmente son evidentes sus desaciertos y limitaciones en punto a materializar amparos pertinentes, como lo puede ser la patrimonialización de los derechos fundamentales para proteger efectivamente los derechos constitucionales.

Se evidencia en el desarrollo de la labor de la Corte Constitucional un irresponsable ejercicio del constitucionalismo, que algunos denominan “hiperconstitucionalización” de los asuntos jurídicos, sin pretender demeritar su acertada labor en la definición y evolución de variadas categorías jurídicas destinadas a la protección de derechos. Es por ello que resulta perentorio encontrar un punto medio entre las excesivas intromisiones de la Corte Constitucional y las teorías que propugnan en el aislamiento del constitucionalismo respecto del resto de jurisdicciones. En medio de la búsqueda de ese ideal, se reconoce la constitucionalización del derecho privado, bajo el entendido de que la jurisprudencia de la Corte permite ser moderada por esta misma corporación a través de la incorporación de raseros concretos y específicos para las distintas situaciones que se lleguen a presentar, y sobre todo, trabajar en la incorporación y asimilación de tales criterios por todos los jueces del país que son, en últimas, quienes tienen una relación más próxima con las situaciones en las que estos son vulnerados y los pueden proteger más oportunamente.

Es claro que el Estado social no se va a construir a base de sentencias de tutela y de unificación por parte de la Corte Constitucional, tampoco el posconflicto que ubique posibilidades y oportunidades para todos los colombianos. Pero con lecturas mucho más precisas, detenidas y adecuadas a la Constitución y a las escuelas del Derecho puede construirse poco a poco la juridicidad y su interpretación que transforma sociedades.

El tercer capítulo de esta entrega, constituyó una aproximación a un planteamiento alternativo sobre la acostumbrada interpretación sobre el régimen de intereses en materia civil. Si bien la constitucionalización del derecho privado se puede materializar a través del ejercicio autorregulado y jurídicamente riguroso de la Corte Constitucional, en cuanto al abordaje de problemáticas jurídicas que exijan su necesaria intervención, también la constitucionalización del derecho privado debe alimentarse de un estudio de indagación e identificación de los orígenes de ciertas figuras jurídicas para comprender su finalidad y, sobre todo, su

contenido social. Solo así podemos intervenir la práctica judicial y extrajudicial para orientarla hacia la visión original del derecho civil, a saber, la satisfacción de necesidades que se realiza, por ejemplo, a través de operaciones de mutuo sin ánimo de lucro, lo cual excluye la posibilidad de percibir un determinado lucro por la operación o por su simple retardo en la restitución de los bienes fungibles entregados en mutuo.

Concatenado directamente con el capítulo tercero, el cuarto apartado de esta obra alude a la reivindicación y reinterpretación de las herencias romanas para afrontar los desafíos actuales del neoliberalismo, pues no podemos olvidar que la visión más distante que tenemos sobre la misma Antigüedad es una visión medievalista, pues no podemos olvidar que la visión más distante que tenemos sobre la misma Antigüedad es una visión medievalista.

A pesar de las dificultades para acceder a la fascinante documentación romana no puede olvidarse que sus fundamentos (que se derivan de la lectura e interpretación medieval del derecho romano) son los que siguen inspirando incluso los más modernos códigos civiles del mundo occidental, por cuanto son y han sido la forma más sensata, la más llena de sentido común, para revestir la justicia entre aquellos particulares que confían ciegamente entre ellos; entre quienes a través de esa confianza inventaron, desarrollaron y afianzaron complejíssimos conceptos como los de buena fe y confianza legítima.

Finalmente, así como en el capítulo anterior se hizo una ligera aproximación al neoliberalismo, el quinto lo aborda más resueltamente al estudiar las tendencias de codificación uniforme supranacional para facilitar el tránsito de bienes y servicios entre diferentes naciones. Lógica bastante propia del proceso de globalización sobre todo si se tiene como factor determinante la revolución de comunicaciones y de la información, elemento que diferencia nuestro actual proceso de globalización con anteriores procesos de relaciones internacionales de comercio y tránsito de personas. Es así como, las potenciales nuevas normatividades supranacionales son objeto de cauteloso estudio por parte de la doctrina iuscivilista, rama del derecho que ha de asesorar estos procesos de legislación supranacional en aras de conciliar lo mejor posible el derecho interno con la normatividad internacional, sobre todo en los controvertidos puntos de la opción de la determinación contractual del régimen aplicable por parte de empresa y consumidor.

La experiencia de la Unión Europea sobre el particular puede brindarnos luces acerca de los procesos de negociación y homogenización de regímenes contractuales, máxime cuando a pesar de su continuo proceso de integración, se ha dado lugar a confusos efectos en la redacción de nuevas normatividades, cuestión sobre la cual en nuestra latitud se debe tomar atenta nota.

Es importante resaltar que la delimitación espacio-temporal de las normatividades y su ejecución constituyen complejos desafíos de diseño, interpretación y sobre todo aplicación de normatividades comunitarias, máxime cuando redundan en mercados que recién comienzan a unificarse, como el caso de Colombia y su rol en Latinoamérica. De igual manera, se debe advertir que las competencias legislativas en un contexto supranacional deberían ser aplicadas con un riguroso grado de precisión, derivado de la experiencia de la praxis correspondiente.

Es así como se da término a esta obra de investigación y reflexión jurídica no sin antes reiterar e insistir en que las normas deben ser leídas de manera adecuada a su correspondiente tiempo, máxime cuando el desafiante contexto neoliberal de actualidad nos obliga a controlar sus efectos a través de lecturas constitucionales de todo el ordenamiento en su conjunto, sobre todo del derecho privado, porque aunque no se crea o no parezca, puede contener la clave para responder a gran cantidad de desafíos, incluso tan enormes y complejos como el posconflicto en Colombia. El derecho privado en otras latitudes, como la alemana, fue el pilar desde el cual se consolidó y fortaleció la protección juiciosa y rigurosa de los derechos fundamentales, en un primer momento por parte del ejercicio jurisdiccional y, posteriormente, por la misma sociedad civil.

REFERENCIAS

- Acosta, J. (Julio 2009). La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. *Revista USTA Universidad Santo Tomás*, 93-108. 1,(30). Pp. 93-108.
- Agricultura en Roma (s.f.). Recuperado de <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=1717542>
- Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta universal.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (Enero 2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho público. Universidad de los Andes*, (12), pp. 185-212.
- Attali, J. (2010). *El hombre nómada*. Bogotá, D.C.: Luna Libros.
- Barrow, R. H. (1950). *Los romanos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Beard, M. (2016). *SPQR: Una historia de la antigua Roma*. Barcelona: Editorial Planeta.
- Bentham, J. (2009). *En defensa de la usura*. Madrid: Sequitur.
- Berman, H. J. (2001). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Brödermann, E., & Iversen, H. (1994). *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Caballero Núñez, J., Rodríguez Muñoz, I., & Pérez Vásquez, R. (2008). Análisis de la jurisprudencia C-836 de 2001. *Justicia Juri*, 9, 63-66.
- Caballero, J., Rodríguez, I., & Pérez, R. (2008). Análisis de la jurisprudencia C-836 de 2001. *Justicia Juris* 9, 63-66.

- Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Buenos Aires: EJEA.
- Calderón Villegas, J. J. (2013). *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trota S.A.
- Castoriadis, C. (2011). *Lo que hace a Grecia, 3: Tucídides, La fuerza y el derecho. Seminarios 1984-1985. La creación humana IV*. Deutsche aufgabe.
- Castro, G. (2013). El euro y el consumidor como fenómenos políticos en el actual desarrollo de Europa. *Apuntes del CENES*, 32(56), 81-104. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4737552>
- Castro, G. (25 de febrero de 2013). La Corte Constitucional demasiado activa. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>
- Castro, G., & Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Castro, J. G. (2012). La consolidación discursiva en el derecho. La constitucionalización como fenómeno histórico. Un intento metodológico de renovación de la argumentación jurisdicción civil. *Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes*, 48, 4-31.
- Castro, J. G. (25 de febrero de 2013). La Corte Constitucional demasiado activa. *Razón pública. com*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>
- Castro, J. G. (2016). De la histórica articulación del derecho civil y el derecho público: un caso reivindicatorio. *Pensamiento jurídico*, 43, 51-100.
- Castro, J. G., & Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Castro, M. (Coord.). (2009). *Derecho de las obligaciones. Tomo I*. Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 2341 y ss. 15 de abril de 1887. (Colombia).
- Código de Procedimiento Civil [CPC]. Decreto 1400 de 1970. 06 de agosto de 1970. DO: 33150. (Colombia).
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. DO: 48489. (Colombia).
- Corte Constitucional. C- 836. M. P. Rodrigo Escobar Gil. 9 de agosto de 2001.
- Corte Constitucional. T-1222. M. P. Jaime Córdoba Triviño. 25 de noviembre de 2005.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Ref. 228329 M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. 14 de diciembre de 2011.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. 227839. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. 5 de julio de 2011.

•Bibliografía•

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. 243851.M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez. 4 de julio de 2013.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 420512. M. P. Eduardo Zuleta Angel. 2 de septiembre de 1936.
- Coulanges, N. D. (1966). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Emecé.
- Decreto 2591 de 1991. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. 19 de noviembre de 1991. DO: 40165.
- Eco, U. (1994). *Signo*. Barcelona: Editorial Labor S.A.
- Eco, U. (2008). *Decir casi lo mismo. Experiencias de traducción*. Barcelona: Lumen.
- Eco, U. (2013). *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Random House Mondadori, SAS.
- Eco, U. (2004, febrero). Discurso Alexandrino. *El Malpensante*, 52, 17-25. Recuperado de http://www.elmalpensante.com/articulo/1224/discurso_alexandrino
- El ejercito de la antigua Roma [imagen]. (2013). Recuperado de Taringa <http://www.taringa.net/posts/imagenes/17029122/El-Ejercito-de-la-Antigua-Roma.html>
- El ejercito de la antigua Roma, [imagen]. (2013). Recuperado de <http://www.taringa.net/posts/imagenes/17029122/El-Ejercito-de-la-Antigua-Roma.html>
- Foucault, M. (2012). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Franzen, M. (1999). *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*. Berlín.: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- García Canclini, N. (1995). *Ciudadanos y consumidores. Conflictos multiculturales de la globalización*. Ciudad de México: Editorial Grijalbo.
- García Canclini, N. (1995). *Ciudadanos y consumidores. Conflictos multiculturales de la globalización*. Ciudad de México: Grijalbo.
- García, M., & Uprimny, R. (Diciembre 2002). La reforma a la tutela ¿ajuste o desmonte? *Revista de Derecho público. Universidad de los Andes*, 15, 245-286.
- Gómez, H. (11 de mayo de 2015). La tutela y el enredo de Colombia. *Razón pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7584-la-tutela-y-el-enredo-de-colombia.html>
- Groß, D., Karenberg, A., Kaiser, S. & Antweiler, W. (2011). *Medizingeschichte in Schlaglichtern*. Kassel: Kassel University Press.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Bogotá, D.C.: Taurus humanidades.
- Halter, U. (2007). *Europarecht, Dogmatik in kontext*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck).
- Härtel, I. (2006). *Handbuch Europäische Rechtsetzung*. Berlin-Heidelberg: Springer.

- Hattenauer, H. (1978). *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones. Concepto, vicisitudes, extinción*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Hippel, H. V. (1986). *Verbraucher Schutz*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Hirschfeld, J., & Preston, J. (noviembre de 2016). ¿Podrá Trump deportar a tres millones de inmigrantes? *New York Times*. Recuperado de <http://www.nytimes.com/es/2016/11/17/que-representaria-la-promesa-de-trump-de-deportar-hasta-tres-millones-de-inmigrantes/?rref=collection%2Fsectioncollection%2Findex>
- Holmes, S., & Sunstein, C. R. (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Husserl, E. (1913). *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. In O. Becker, M. Geiger, M. Heidegger, E. Husserl, A. Pfänder, A. Reinach & M. Scheller. *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung. Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie*. Halle: Max Niemeyer Verlag.
- Iglesias, J. (1997). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Judt, T. (2010). *Algo va mal*. Bogotá, D.C.: Prisa ediciones.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Editorial Tecnos.
- La Luperca (s.f.). Recuperado de Museos Capitolinos: http://es.museicapitolini.org/nuovo_allstimento/percorsi_per_sale/appartamento_dei_conservatori/sala_della_lupa/lupa_capitolina
- Larenz, K., & Canaris, C. (1995). *Metodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer.
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor. 12 de octubre de 2011. D.O.48220.
- Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. 21 de marzo de 1991. DO: 39752.
- Ley 446 de 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. 7 de julio de 1998. DO: 43335
- López, D. (2004). *La Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, D.C.: Legis.
- López, H. F. (2016). *Código general del proceso. Parte general*. Bogotá, D.C.: Dupré editores.
- Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana. Colección teoría social.

•Bibliografía•

- Marquardt, B. (2009). *Historia universal del Estado. Tomo II. El Estado de la paz interna y de la organización judicial en el caso de Europa (1495-1775)*. Medellín: La Carreta Editores E.U.
- Medicus, D., & Lorenz, S. (2012). *Schuldrecht I*. Muchen: Verlag C.H Beck.
- Mommsen, T. (2003). *Historia de Roma. Libro primero*. Madrid: Turner.
- Monateri, P. G. (2006). Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental. En C. M. de Setién (Ed.), *La invención del derecho privado*, (pp. 95-214). Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2006.
- Montanelli, I. (2016). *Historia de Roma*. Madrid: Debolsillo.
- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (s.f) Uniform Commercial Code. Recuperado de: <https://www.law.cornell.edu/ucc>
- Öhlinger, T. (1986). *Vergleichendes Verfassungsrecht: Studienbuch für Juristen*. Berlin: Univ.-Verlag für wiss. u. Forschung.
- Ospina, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá D.C: Temis S.A.
- Perelman, C. (1970). *La nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Perelman, C. (1970). *Lógica jurídica y nueva retórica*. Barcelona: Civitas
- Pérez, Á. (1954). *Teoría general de las obligaciones. Tomo III*. Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Petit, E. (2007). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Petit, P. (1982). *Historia de la Antigüedad*. Barcelona: Labor Universitaria.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Quinche, F. (2015). *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Radbruch, G. (1999). *El espíritu del Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A.
- Raepple, C. (2005). *Verbraucherschutz im Internet*. München: Grin Verlag.
- Raschke, B. (2005). *Elektronische Geschäftsverkehr und Verbraucherschutz in der EU*. München: Grin Verlag.
- Rubio, M. (2011). Entre la informalidad y el formalismo. La acción de tutela en Colombia. *Documento de trabajo*, 32, 1-72.
- Russell, B. A. (1997). *Historia de la filosofía de Occidente*. España: Espasa-Calpe.
- Santos de Sousa, B. (2010). *La refundación del Estado en América latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Schiavone, A. (2012). *La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora.

- Soldado romano imperial [imagen] (s.f.). Recuperado de: <http://guerrayhistoria.files.wordpress.com/2014/08/soldado-romano-imperial.jpg>
- Stadler, A. (2010). Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht- Grundprinzipien und Eigentumserwerb. *Juristen Zeitung*, 8, 380-392.
- Stein, P. G. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa*. Madrid: Siglo XXI Editores
- Steiner, G. (1995). *Después de Babel - Aspectos del lenguaje y la traducción*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Steiner, G. (2002). *Extraterritorialidad. Ensayos sobre literatura y la revolución lingüística*. Buenos Aires: Ediciones Siruela.
- Steiner, G. (Abril 2004). El lector infrecuente. *Leer y releer*, 35, (pp. 4-34). Sistema de bibliotecas Universidad de Antioquia
- Stiglitz, J. (2012). *El precio de la desigualdad*. España: Taurus.
- Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania. Ref. 2 BvR 1821/99. 24 de octubre de 1999. Trad. del original por el autor. : "Das Bundesverfassungsgericht ist keine "Superrevisionsinstanz".
- Victorias de Aníbal en Italia (imagen) (s.f.). Recuperado de <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=45720275>
- Villar Borda, L. (2003). El rol de la Corte Constitucional para el avance del derecho en un país en desarrollo. *Derecho económico colección Enrique Low Murtra. Tomo IV*, 448-459.
- Virgilio escucha a Clío y Melpómene (imagen). (s.f.). Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Museo_Nacional_del_Bardo#/media/File:Virgil_Mosaic_Bardo_Museum_Tunis.jpg
- Von Hippel, H. (1986). *Verbraucher Schutz*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Wagner, G. (2012). Der Blue Button Klemmt. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, 455-460.
- Wilhelmy, H. (1950). Die Spanische Kolonialstadt In Südamerika. *Geographica Helvetica: Swiss journal of geography*. Recuperado de <http://www.geogr-helv.net/5/18/1950/gh-5-18-1950.pdf>.
- Wolf, M., & Neuner, J. (2012). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10 Auflage*. München: Verlag C.H Beck oHG.
- Wunderle, T. (2010). *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Zimmermann, R. (2001). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en noviembre de 2017, impreso en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

DERECHO PRIVADO
 EN CONTEXTO:
 PRAXIS, HISTORIA Y
 CONSTITUCIONALIZACIÓN

10

Cada día más, no solo por la expedición del Código General del Proceso o por la elección del Presidente Donald Trump en los Estados Unidos de Norteamérica, pareciera sugerirse que el contexto de comprensión y aplicación del derecho privado y en especial del derecho civil, es un reducto demasiado limitado.

La obra trata de evidenciar que el derecho civil y privado en general obedece a unos contextos culturales, históricos Y globalizantes de inmensas proporciones. Así la obra discute con las complejidades que puede conllevar la incorporación desapercibida de la oralidad en la jurisdicción civil, con la conclusión de tratados de libre comercio o de regímenes de contratación transnacionales en la Unión Europea, o con la compleja pretensión de atribuir un trasfondo económico al derecho civil, desde una aproximación histórica, entre otros puntos relevantes de la actualidad académica.

Finalmente la obra tiene como finalidad la reflexión del jurista formado o en formación. Llama a poner mientes sobre la trascendencia de la comprensión contextual de la disciplina que es el derecho privado y por supuesto de la importancia de su correcta constitucionalización.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
 de Colombia
 Vigilada Mineducación

