

**INTROMISIÓN DEL
DERECHO ANGLOSAJÓN
EN EL DERECHO VERNÁCULO**

Luis Francisco Casas Farfán

Ileana Duarte Pulido

.....

INTROMISIÓN DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN EL DERECHO VERNÁCULO

Luis Francisco Casas Farfán
Ileana Duarte Pulido

Tradicionalmente se ha distinguido en el mundo occidental la familia continental europea y la familia del common law para diferenciar distintas concepciones y aplicaciones de lo jurídico. Así, mientras la familia continental europea tiene como principal fuente a la legislación, lato sensu entendida, la familia anglosajona se sustenta sobre la equipeya, principio básico de la justicia. De manera que, mientras la elaboración de un imperativo abstracto, impersonal y general se perfila como el eje hermenéutico de la escuela continental, los sajones ubican tal eje en el precedente judicial, esto es, en un caso concreto, donde la equidad fue su principal fuente de inspiración.

No es pues una mera coincidencia que las escuelas exegética y positivista hayan sido oriundas de la Europa continental, de donde se recepciona para la América latina, mientras que escuelas como la realista tengan su desarrollo en el contexto norteamericano. Presupuesto de aquellas es el respeto a lo normado, mientras que de ésta lo es la idea que el derecho no es otra cosa que el fallo emitido en un caso particular.

La familia continental europea hunde sus raíces en la Roma postclásica, toda vez que en dicho contexto jurídico es donde aparecen las grandes codificaciones, las mismas que luego harían parte del corpus iuris civilis justiniano, obra que posteriormente sería la ratio scripta de lo jurídico y que como tal debía ser respetada in integrum con fidelidad a su texto. De manera que lo único que se permitía era a lo sumo realizar algún tipo de glosa que sencillamente actualizaba el lenguaje utilizado, o unas anotaciones un tanto mayores que sólo buscaban dar mayor claridad a pasajes oscuros de la obra romana.¹

La escuela sajona no es del todo ajena al derecho romano. No. Por el contrario, ella sigue de cerca la concepción de lo jurídico que se tenía en la Roma Clásica, aquella en la que no aparecían obras de codificación de grandes legislaciones², sino, por el contrario, donde la jurisprudencia y el edicto pretoriano³ se tenían como las fuentes formales de derecho por antonomasia, siendo éstas caracterizadas por su contenido concreto, ajeno a las teorizaciones y abstracciones, donde lo fundamental era mantener el principio de justicia que se resumía en el famoso aforismo "dar a cada cual lo suyo, vivir honestamente y no dañar a nadie".

Nótese pues como sólo con el declinar del derecho romano es que se deja a un lado el espíritu creador que lo caracterizó durante la época clásica, dando lugar a la manía de recopilar lo que se había hecho en el período anterior. No obstante, será hasta cuando se produce la recepción del derecho romano en el derecho germano cuando aparecerá la "necesidad" de abstraer (recuérdese la tendencia filosófica y abstracta del pensamiento alemán) y crear ya no soluciones particulares sino grandes postulados, proposiciones universales que se tomarían siempre como premisas mayores de un silogismo jurídico al que se resumía el quehacer judicial. Había nacido pues el usus modernus pandectarum que se autoproclamaba como la legítima heredera del pensamiento jurídico romano, había nacido pues en toda su dimensión, la familia continental europea.

La influencia del "nuevo" derecho romano unida a la posterior irrupción del pensamiento "ilustrado", las teorías roussonianas de soberanía popular y su consecuente aforismo de vox populi, vox dei, y la perfilación de la rama legislativa como la de mayor importancia dentro de la estructura estatal, hacen que también en los contextos francés, español y luego en

.....

Alemania, Suiza y demás estados europeos, se creasen los grandes códigos, algunos de los cuales, en especial el francés, fue retomado por don Andrés Bello para adaptarlo a nuestro medio jurídico.

América latina pues queda circunscrita a una tradición latina, o lo que es lo mismo, continental europea. Empero, la Corte Constitucional ha roto en Colombia con dicha tradición, introduciendo elementos propios del derecho anglosajón. Pues bien, a partir de la revisión de algunos fallos de la Corte Constitucional se pretende en éste escrito sustentar la afirmación anterior.

Colombia, como se advirtió ya, se encuentra en el marco de la escuela continental europea, su tradición ha sido esa, la de codificar, la de normar todo para que la labor del juez sea lo mas simple posible. Es por ello que junto al gran código civil se elaboraron también grandes normas hermenéuticas, ley 153 y 57 de 1.887, en las que, a partir de axiomas lógicos formales, se trata de reglar inclusive el raciocinio que debe seguir el intérprete de la norma, persona que, de acuerdo con lo preceptos legales enunciados, no puede desacatar su texto, su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu.

La promulgación de la Carta Política de 1991 quiso mantener la tradición referida atrás, por tal razón es que en el artículo 230 se expresó:

"Los Jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial".

Tan claro resultaba el nuevo precepto constitucional que no repugnaba con el mismo con las viejas reglas hermenéuticas normadas en las leyes aludidas anteriormente. Es más, la propia Corte Constitucional en alguna oportunidad se mantuvo muy cercana a los dogmas de la familia continental Europa, al concebir como exclusiva fuente obligatoria la ley en su sentido material, es decir, entendida como norma vinculante de manera general, a la vez que sólo otorgaba a la jurisprudencia el alcance

.....

de un mero criterio auxiliar de la actividad judicial, veamos:

"Al referir a la jurisprudencia en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente de 1991 le da al término un alcance mas amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no solo la Corte Suprema de Justicia" como tribunal de casación, crea hoy con sus fallos pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aun hace un siglo como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir solo al recurso de casación la virtud de generarla". (subrayado extraliterem)⁴

En otra oportunidad, la Corte Constitucional volvió a reiterar uno de los principios básicos de nuestra tradición jurídica, del mas rancio positivismo kelseniano, la idea del derecho como un sistema que implica la jerarquización normativa, mas gráfica y comúnmente conocida como la pirámide kelseniana:

"Tal tradición secular de la dogmática nacional (ley 153 de 1887) fue acogida por la constitución de 1991 en su artículo 230.....

Luego no puede afirmarse que con la carta de 1991 ha habido un cambio de fuentes formales del derecho en Colombia. Sólo adquirieron base constitucional tradicionales principios que antes solo tenían piso legal.

Por otra parte el ordenamiento jurídico esta conformado por un conjunto de normas que constituyen un "sistema". Es por ello que propiamente no se puede hablar de lagunas de derecho, pues entre las fuentes formales principales - la ley en sentido material- y las fuentes formales auxiliares -las demás- se establece lo que Cossio denominaba la "plenitud hermética del

.....

derecho", En virtud de la cual aquello que no este prohibido está permitido pero, en todo caso, todas las situaciones jurídicas están previstas por el sistema que conforma el ordenamiento jurídico".⁵

Aun cuando, de acuerdo con las citas expresadas, nada nuevo se decía en nuestra tradición jurídica respecto al papel de la jurisprudencia, lo cierto es que ese consevadurismo de la Corte Constitucional resulta fingido, pues en varias ocasiones ha otorgado en la práctica a la jurisprudencia constitucional el papel de fuente formal de derecho en toda su dimensión posible, aspecto que, como ya se vio, es propio del sistema anglosajón.

" Colombia es heredera de la tradición jurídica latina. El derecho romano en materia privada y el derecho Francés en materia administrativa siempre han ejercido una gran influencia sobre el ordenamiento normativo nacional.

Es por ello entonces que en Colombia la jurisprudencia administrativa tiene en principio una fuerza jurídica secundaria, ella orienta, auxilia, ayuda y apoya la decisión del juez, el cual se basa esencialmente en la ley; en ningún momento, ella sola, puede servir de fundamento principal y exclusivo para justificar una decisión.

Este principio, empero encuentra una única excepción en la jurisprudencia constitucional, como se analiza en este momento.

De la cosa juzgada constitucional.

Dice el artículo 243 de la constitución: los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mien-

.....

tras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Esta disposición es desarrollada por el decreto 2067 de 1991, que dice en su artículo 23:

La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

Las modificaciones a la doctrina existente deberán ser explícitas en las sentencias.

Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás Jueces y Tribunales del país - en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y Tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar (C. N art. 230), Para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional (C. N art. 243), de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior" (subraya extraliterem)⁶

El cimiento de la argumentación anterior de la Corte lo ubica en el hecho de ser ella la guardiana de la Constitución, norma de normas (art.4), circunstancia que no puede pasarse por alto en un ordenamiento jurídico jerarquizado donde es la Constitución la decisión política dada por el poder originario, por el constituyente, que por ende debe ser acatada por todas las demás normas existentes en el sistema.

.....

De otro lado, la función de la Corte Constitucional tiene ya unos antecedentes en nuestro contexto jurídico la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia creada en el año 1968, es un claro ejemplo de lo dicho. Sin embargo, durante la vigencia de la constitución de 1886 la Carta política nunca adquirió la dimensión que si tiene nuestra constitución actual, tanto que inclusive a través de una ley se introdujo el título Tercero de la Constitución de 1886 como título preliminar del Código Civil. En realidad, la constitución era vista como un catálogo de principios y de buenas intenciones que reglamentaba en forma general la estructura del Estado, pero no logró introducirse en el mundo jurídico como una verdadera norma. Raramente se invocaba alguna norma constitucional en alguna de las decisiones judiciales, casi que el tema era de erudición jurídica, de mera teorización.

Agréguesele a lo anterior el que los fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia giraban las mas de las veces sobre aspectos formales, rara vez materiales, de las normas. No fueron pocas las sentencias inhibitorias emanadas por dicho Tribunal constitucional.

Con la expedición de la carta de 1991 el entorno varió:

En primer lugar, la creación misma de la constitución con un grado de participación ciudadana resultaba difícil la labor de construcción, de mantenimiento de una armonía conceptual, pero indudablemente todos estos obstáculos quedaban reducidos a su mínima expresión cuando se sopesan con lo positivo que fue la pluralidad de participantes en la Asamblea Nacional Constituyente. Si, la constitución de 1991 es una colcha de retazos, porque es que Colombia es una colcha de retazos en si misma, allí se ven reflejados diversos sectores sociales, políticos, económicos y culturales, razón por la cual la constitución resultaba mas cercana a la sociedad, esta realmente se apropiaba del documento.

En segundo lugar, la constitución dejo de ser simple referencia a principios o recomendaciones de carácter político. Todo lo contrario la constitución de 1991 crea un marco normativo, donde se reglamentan institutos jurídicos en forma bastante completa. Lo anterior ha llevado a varios observadores a criticar nuestra constitución, endilgándole que ha

.....

entrado en muchas ocasiones a regular materias que debieren ser dejadas a la legislación. Quizás las críticas tengan razón, pero lo cierto es también que tal reproche ha redundado en la asimilación de la constitución como norma jurídica, como regla de derecho a tener en cuenta, como texto vivo.

En tercer lugar, la concepción de un Estado Social de Derecho ha traído consecuencias jurídicas notables: la proclamación de la dignidad humana como valor fundante del Estado y que se pretende proteger a través de una amplia participación ciudadana en materia política y con el reconocimiento de una gama de derechos que cuentan con instrumentos idóneos, eficaces y eficientes de protección.

En cuarto lugar, la institucionalización de la acción de tutela ha "popularizado la constitución política. Deja la carta de ser algo erudito para convertirse en un escrito conocido por el común de las gentes.

Descrito así el panorama el papel del Tribunal Constitucional ahora en manos de la CORTE CONSTITUCIONAL resultaba diferente al que se venía desarrollando, pues tenía en sus manos la delimitación de los institutos jurídicos constitucionales, tarea nada fácil si se tiene en cuenta que muchos de ellos fueron redactados a siete manos y conciliando un si número de intereses.

Tal vez por lo anterior es que recién promulgada la constitución se pretendió a través de un decreto reglamentar los efectos de los fallos de la CORTE CONSTITUCIONAL, aspecto que no fue admitido por los magistrados de la corte misma, quienes concluyeron que dicho tópico se encontraba totalmente vedado al presidente de la república, pues en su sentir, la norma que sirve de sustento para delimitar los alcances de sus sentencias y su competencia lo es la propia Carta política. Es así como sostuvo en aquella oportunidad la Corte Constitucional lo siguiente:

"Inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fa-

.....

*llos de conformidad con la constitución, nace para la corte Constitucional de la misión que la confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta a aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel".*⁷

La premisa anterior sirvió para avanzar en los alcances de los fallos de la Corte Constitucional. En efecto, si ya estaba claro que nadie podía delimitar los alcances de sus fallos, pues estos eran determinados por la propia Corte y no por una norma que siempre será considerada de menor jerarquía, era obvio que de ahí a decir que los argumentos esbozados en los fallos eran de obligatorio cumplimiento no había menor distancia. Bastaron solo unos días para que la Corte fuera contundente en este aspecto, veamos:

"En otras palabras, la sentencia de la Corte Constitucional es fuente obligatoria o es fuente auxiliar?".

*Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso primero del artículo 21 del decreto 2067 de 1991..."*⁸

De manera que, a partir de sentencias la Corte constitucional decidió, en la práctica, modificar el artículo 230 del estatuto superior pues la jurisprudencia ya no era solamente un criterio auxiliar para el administrador de justicia, sino que ésta, cuando es de la Corte Constitucional, es obligatoria, circunstancia con la que de paso nos lleva por el camino propio de la sajónización de nuestro derecho, apartándonos de la dogmatización, característica de la familia continental europea.

Si es bueno o es malo lo que ha realizado la Corte realmente no es el punto de reflexión, porque el cambio de paradigma conllevaría a cierta

.....

inseguridad que con el correr del tiempo tendría que superarse. Sin embargo, la hermenéutica constitucional indicada en los párrafos precedentes si resulta ampliamente preocupante cuando la Corte no mantiene una línea de pensamiento, sino que por el contrario, elabora en lapsos cortos sentencias yuxtapuestas, atendiendo a realidades particulares, cuestión que desdice mucho de ella, pues ante tal hecho no es posible hablar seriamente de precedentes judiciales que son prenda de garantía y de seguridad jurídica en el marco del derecho anglosajón.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ Así las escuelas de los glosadores de Irnerio o la de los postglosadores de Bartolo de Saxoferrato, por ejemplo.
- ² Con excepción hecha de la ley de las XII tablas que de manera sencilla y casuística daba unas pautas generales que no requirieron en la historia jurídica romana de grandes reglamentaciones normativas.
- ³ Los mismos que luego darían lugar al *ius honorarium* o derecho pretoriano.
- ⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala plena. Sentencia C- 083 de marzo 1 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- ⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala plena. Sentencia C 104 de marzo 11 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- ⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C 104 de marzo 11 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- ⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C113 de marzo 25 de 1993. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.
- ⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C 131 de abril 1 de 1993.



COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Luis Raúl Carvajal Almeida

