

Oscar Orlando Ríos Silva
Profesor universitario

DERECHO COMERCIAL GENERAL
Curso elemental y nociones básicas

DERECHO COMERCIAL GENERAL
Curso Elemental y Nociones Básicas

INTRODUCCION

2007



Publicación de Ríos Silva Abogados
Carrera 10 No. 27 – 27 - Of.: 1014
Edificio Bachué (Centro Internacional)
Tel.: 566 2363 Bogotá, D.C. – Colombia
www.riosilva.com

Primera Edición

© Queda Prohibida la Reproducción total o parcial de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982 - 2006

*Este Libro Fue Diseñado e Impresos
En los talleres de: D@Z@ Impresores
Febrero de 2007
Carrera 20 F. No 66 – 83 Sur
Tel: 715 5076*

A la memoria de mis padres
A mi esposa Beatriz
A mis hijos Nicolás y Jónathan

DERECHO COMERCIAL GENERAL

Curso Elemental y Nociones Básicas

Contenido

PARTE I: INTRODUCCION

1. EVOLUCION HISTORICA

1.1. Iniciación del comercio

1.2. Edad antigua

- i. Mesopotamia
- ii. Los egipcios
- iii. Los fenicios
- iv. Los griegos
- v. Rutas comerciales
- vi. Roma

1.3. Edad media

- i. Cambio de sistema económico
- ii. Las comunas
- iii. Centros de comercio
- iv. Derecho estatutario

1.4. Lex mercatoria

1.5. Edad moderna

1.6. Edad contemporánea

1.7. Nuestros días

2. EL DERECHO COMERCIAL

2.1. Noción

- 2.2. Características
- 2.3. Nuevas tendencias

3. FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

- 3.1. Aspectos preliminares
- 3.2. El imperio de la ley
 - 3.2.1. Analogía
 - 3.2.2. Costumbre
 - i. La ley y la costumbre
 - ii. La costumbre en el derecho común
 - iii. La costumbre, moral o jurídica?
 - iv. La costumbre mercantil según la doctrina constitucional
 - v. La función normativa de la costumbre mercantil
 - vi. La costumbre interpretativa
 - vii. La costumbre integradora
 - viii. La costumbre *contra legem* como fuente creadora de derecho
 - ix. Debe excluirse la costumbre del ordenamiento jurídico?
- 3.3. Criterios auxiliares
 - 3.3.1. Jurisprudencia y doctrina constitucional
 - 3.3.2. Principios generales de derecho
 - i. Reglas y principios
 - ii. Principios y valores
 - iii. Principios y Estado social
 - iv. El procedimiento de la ponderación
 - v. Principios generales de derecho mercantil
 - 3.3.3. La doctrina
 - 3.3.4. Equidad
 - 3.3.5. *Ius cogens*

PROLOGO

Los cambios ocurridos en nuestro país con ocasión de la Constitución del 91 condujeron indefectiblemente, entre muchas otras cosas, al cambio en la forma como se estudia el derecho y a la visión que del mismo tienen los diferentes operadores jurídicos. No obstante, dicha revolución por ser, en principio, fundamentalmente intelectual, se muestra casi imperceptible a los ojos del observador desprevenido; incluso ha pasado desapercibida para muchos abogados, quienes mantienen sus arraigadas, tradicionales y dogmáticas creencias, convencidos que la mejor forma de estudiar el derecho es mediante la ya obsoleta “cátedra magistral”.

El cambio en los métodos de estudio del derecho comenzaron en nuestro país desde finales de la década de los 70 cuando la Universidad de Santo Tomás cuestionó el método tradicional y señaló que la forma de preparar a los abogados del futuro había entrado en crisis; de forma que a partir de 1980 introdujo un nuevo método de enseñanza, objeto de innumerables críticas y de no pocos opositores, entre los que resultaron más vehementes los mismos abogados docentes, quienes no se adaptaron al cambio, aferrados a sus ya ortodoxas maneras, por lo que el importante avance fue cediendo a la fuerza de la tradición y al temor al cambio, quedando reducido a un proyecto en curso pero, a mi modo de ver, sin fin.

El “método modular” constituye un importante paso hacia la actualización de la enseñanza de las leyes y deja

experiencias que no se pueden pasar por alto, pues nos corresponde aprender de ellas.

De otro lado, los cambios en la enseñanza no podían dejar de lado la ciencia del derecho; es así como la adopción del sistema de créditos impone al abogado docente el deber de replantear sus métodos y abandonar, definitivamente, la cátedra magistral, para convertirse en un verdadero guía, en un orientador, en un formador de hombres de leyes, pensadores, creadores, capaces de afrontar los retos del futuro.

Pero no basta con simplemente abandonar las conferencias durante las clases, siendo una imperiosa necesidad que el operador abra su mente a las bondades del nuevo sistema educativo y facilite en el educando la labor de la búsqueda del conocimiento, de la verdad. Es menester que el “abogado catedrático” se convierta en el “abogado docente”, para que así se logre el objetivo; y el operador jurídico sea no solo un conocedor de la ley, un aplicador de lo que quienes le precedieron venían aplicando, sino un verdadero intérprete: un jurista.

Lo anterior invita a que los estudiosos del derecho, especialmente los vinculados directamente con la formación de abogados abandonen las “verdades reveladas”, el dogma, para dar paso al derecho, que se nos brinda pleno de posibilidades, al servicio de la sociedad y del hombre.

Nadie puede ignorar que la influencia ejercida por Roma durante los últimos siglos en el derecho continental europeo, del cual heredamos la mayoría de las instituciones, es una realidad, pero ello no significa que sea “la realidad”. Este aspecto se observa claramente en el estudio del derecho mercantil o comercial, de poca

importancia para los romanos. Cada vez que se avanza en el descubrimiento de la antigüedad surgen nuevas evidencias de que el comercio tuvo una normativa rica en instituciones que aún se conservan o que están en vía de volver a estar de moda. Hay mucho por redescubrir. La navegación, tanto fluvial como marítima, encontró en los fenicios y en los cretenses una evolución de la cual aún se nutre el derecho marítimo. Los descubrimientos sobre la cultura sumeria ubican los antecedentes de la contabilidad, de las ventas a plazo, del crédito y de muchas otras instituciones y contratos mercantiles en la edad antigua. No parece descabellado sostener que el derecho mercantil no nació en la edad media como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la doctrina. Hay suficiente evidencia científica para afirmar que nació en la edad antigua. Son innumerables las referencias a jurisdicción y legislación especial para los comerciantes. Puede estar muy cerca el fin de la estereotipización que desde los griegos se hizo de los comerciantes. Platón los calificó, junto con los artesanos, como miembros de hierro de la ciudad, es decir ciudadanos de tercera categoría. Los romanos los discriminaron, al punto de no reconocer una jurisdicción y una legislación propia, a pesar de haberse encontrado evidencia de ejercicio del comercio por todas las clases sociales del imperio, incluso los senadores. Los egipcios prohibieron el libre comercio, desplazando a los comerciantes. Durante la edad media se les consideró ajenos a la nobleza. Napoleón los desconoció. En nuestro medio se les mira con recelo y hasta indiferencia.

Pues bien, esta situación parece estar llegando a su fin; el derecho comercial constituye una rama del derecho que a lo largo de los siglos se ha rehusado a encasillarse en los formalismos, en la ineficacia de la ley formal, en la tradición. La celeridad de los negocios, la

internacionalización del comercio, la integración de los Estados reclama del derecho el reconocimiento normativo: esa responsabilidad le corresponde al derecho mercantil. Su estudio debe asumirse sin estereotipos. Debe enfrentarse con mente abierta, con claridad de conceptos, con criterio amplio. No es posible, entonces, asumir el estudio del derecho comercial sin contar con un horizonte abierto y despejado, una mentalidad científica.

No obstante, el paso detenido por las bibliotecas ha llamado nuestra atención al advertir que las obras de derecho comercial general dedican muy poco espacio a la evolución del comercio y del derecho mercantil, a sus fuentes y a los métodos de interpretación, temas sobre los cuales se disertará primordialmente, en el entendido que los temas que le dan continuidad en el curso de derecho comercial general están profunda y ampliamente tratado por autores nacionales y extranjeros.

La tarea antes reseñada la pretendemos estimular con este texto que plantea su estudio de manera diferente. Lejos de las sentencias incólumes, de los dogmas. Quizás faltando a la tradición jurídica; incurriendo en defectos que las limitaciones mentales me imponen de manera inexorable; tratando de despertar en el educando la inquietud que le permita cuestionarse, para dar paso a la creatividad y la desmitificación que el aprendizaje crítico, moderno del derecho, actualmente requiere.

La aparición de la Constitución del 91 y la permanencia de la legislación anterior, constituyen una oportunidad para reinterpretar nuestra legislación positiva. La influencia de escuelas recientes precedidas por Alexy y por Dworkin como un estadio superior a las positivistas tradicionales de Kelsen, Cossio y de Hart, nos obligan a mirar con ojos diferentes esa legislación y nos proporciona un terreno

abonado para hacer un verdadero estudio crítico del derecho comercial general, para así contar con fundamentos coherentes que nos preparen para asumir el estudio de sus áreas de especialización, de profundización e, incluso, en materias que ya hoy reclaman nuevos derechos como el financiero, de la empresa o de los negocios.

De forma que este trabajo no pretende incurrir en el defecto que lo fundamenta y justifica, simplemente aspira a brindar herramientas para que el educando asuma el compromiso que le corresponde. La búsqueda de la solución al problema que se formule, por sus propios medios y con su aporte personal, tratando de evitar –en la medida de lo posible y razonable– la conclusión del docente, para así no cercenar el aprendizaje, limitando el horizonte del conocimiento del estudiante. No simplemente aspiramos a suministrar información, por ello la escasez de bibliografía, lo que pretendemos es estimular la búsqueda de conocimiento para la adopción del criterio con que deberá contar el estudiante para asumir su futuro rol de abogado.

Esta primera parte constituye tan solo los apuntes que sirven de introducción a la materia de derecho comercial general que se estudia en pregrado, dejando la interpretación de la norma para un trabajo posterior. Las partes segunda y tercera se publicarán por separado a fin de facilitar al estudiante su manejo.

Bogotá, D. C., febrero de 2007

1. EVOLUCION HISTORICA

1.1. Iniciación del comercio

Los constantes descubrimientos arqueológicos sorprenden cada vez más y logran demostrar que en realidad es muy poco lo que conocemos de la antigüedad, obligándonos a abrir nuestra mente y a ceder en lo que hasta hace muy poco tiempo considerábamos verdades reveladas.

Hasta finales del siglo anterior aún se sostenía que la primera codificación de la que se tenía noticia era el código de Hammurabi (1728 / 1686 A. C.), no obstante, se ha tenido conocimiento que muchos siglos antes, en la civilización sumeria se encontraron recopilaciones o códigos de los cuales Ravassa¹ destaca los “textos de reforma” del rey Urukagina (2360 A. C.), el Código de Urnammu (2111 / 2094 A. C.) y el “código de Lipiteshar” (1934 /1924 A. C.).

No cabe duda que lo que está por descubrirse nos hará cambiar varias de nuestras concepciones sobre la evolución de la actividad mercantil y, muy seguramente, del derecho comercial. Por lo pronto debemos aceptar que es en el Mesolítico (10.000 A. C.) donde se han ubicado los inicios de la actividad de comercio. La primera forma de comercio conocida fue el intercambio de obsidiana y ámbar, y su transporte.

Ya para los 7.000 A. C. se encuentra evidencia de la existencia de rutas de intercambio comercial² entre Jericó

¹ RAVASSA, Gerardo. Ob. Cit., p. 44

² Ob. Cit., p.30

y Catal Hüyük, asentamientos que constituyen verdaderas ciudades prehistóricas, separados por 800 kilómetros, a lo largo de los cuales se ha encontrado la obsidiana, piedra volcánica, que se utilizó en la fabricación de hachas, por su dureza; y entre la península del Sinaí y Jericó, separadas unos 300 kilómetros, donde se ha encontrado malaquita, mineral de cobre, utilizado por las mujeres para sombrearse los ojos, por su hermoso color verde. La cerámica de Catal Hüyük llega a Creta hacia el 6.000 A. C.

La localización de conchas del Mediterráneo y del mar Rojo en Rusia, así como marfil africano en Europa, hacen presumir que la navegación, durante el Mesolítico y el Neolítico, tuvo un importante desarrollo, como medio de transporte destinado al comercio, lo que permite afirmar que en sus albores, el derecho mercantil, fue, antes que nada, un derecho de la navegación³

Siguiendo a Engels⁴ la evolución humana con ocasión del descubrimiento del fuego, del arado y del hacha de hierro, del arco y de la flecha, señala un avance significativo; el hierro hace posible la agricultura en grandes áreas y, posteriormente, la aparición de los oficios, le permite al hombre conseguir mas bienes de los estrictamente necesarios para su subsistencia, facilitando el intercambio de excedentes, por lo que debemos aceptar que con el surgimiento de las civilizaciones se incrementa el intercambio mercantil y con él, las reglas que lo gobiernan.

³ Ob. Cit., p. 31

⁴ ENGELS, Federico. Ob. cit. Cap. IX

1.2. Edad antigua

i. Mesopotamia

Primera cultura conocida, realizó importante actividad comercial para tener que abastecerse de madera, metales y piedras que canjeaba por trigo, cebada, dátiles y productos artesanales, con Egipto, Persia y la India.

Sumer⁵ es una población esencialmente pacifista y agrícola que da gran importancia a la construcción de templos a cuyo alrededor se construye la ciudad, en la que se destacan los primeros almacenamientos de cosechas en silos y una verdadera contabilidad llevada por los sacerdotes, donde se registran las listas de cereales, ganado, créditos y deudas.

Los Asirios logran conformar emporios mercantiles, de los cuales se destaca el localizado en las afueras de la ciudad de Kanish (1.900 A. C.), centro de comunicaciones por estar localizada a orillas del río Halys, que le da el nombre de Karum, tal vez el primer nombre propio dado al mercado. En los emporios comerciales existe “una jurisdicción propia para los asuntos mercantiles y así, en efecto, obtienen –los Asirios- la prerrogativa, concedida por las autoridades locales, de poder, ellos mismos, dirimir sus pleitos aplicando sus propias leyes y, lo que es mas asombroso, con su procedimiento. Tenían regulado el transporte, los movimientos de mercancías, los precios,

⁵Mesopotamia esta conformada por los pueblos sumerios y semitas, quienes forman varias naciones entre las que se destacan Sumer, Elam y Acadia, cuyas principales ciudades son Lagash, Susa y Akkad, respectivamente. Igualmente se destacan las poblaciones de Asur y Babilonia que posteriormente florecerán y darán origen a dos grandes imperios. Hammurabi, fue rey semita.

el beneficio, las empresas individuales y colectivas, los métodos de contabilidad y, además, conocieron el “clearing”, o sea, la compensación de créditos”⁶.

Las primeras instituciones jurídicas de derecho mercantil encuentran su antecedente en el comercio marítimo alrededor de la isla de Creta, como consecuencia del intercambio con Egipto, Chipre y Babilonia. “El escaso suelo obliga al desarrollo de industrias y de tráfico marítimo, con su tanto de piratería, honor de entonces. Las activas transacciones comerciales usaban piedrecitas y anillos de oro, plata y cobre, moneda rudimental sin ley ni cuño”⁷

Resulta evidente que el comercio se desarrolló con mayor facilidad a través de las rutas fluviales y marítimas, no solo por la seguridad que ellas representaban, comparadas con las rutas terrestres, sino por la ausencia de caminos; pero aún señaladas las rutas por las caravanas, resulta mucho mas económico mover la carga por agua. Adam Smith compara el movimiento de carga entre Londres y Edimburgo, y entre aquella y Leith, durante 6 semanas, para concluir que “6 u 8 hombres, utilizando el transporte marítimo, transportan en ese lapso idéntica cantidad de mercancía que 50 carretones servidos por 100 hombres y tirados por 400 caballos”⁸. Esta realidad condujo a que la actividad comercial se desarrollara primordialmente sobre la ribera de importantes ríos y a lo largo de las costas marítimas.

ii. Los egipcios

⁶ Ravassa, Ob. cit. pg. 27.

⁷ REYES, Alfonso. Ob. Cit.,p.223

⁸ Ob.cit. p.21

La civilización egipcia tuvo una actividad comercial subordinada en la economía interna, basada fundamentalmente en el trueque que se realizaba en pequeños mercados. Las principales actividades de los egipcios eran el pastoreo, la agricultura y la artesanía, dejando el comercio a los extranjeros, por cuyo intermedio realizaban los intercambios con otros pueblos, dentro de los cuales se destacan los griegos a quienes el Faraón Amasis les concedió una ciudad llamada Náucratis en la que centralizó todo el intercambio, otorgándoles la facultad de regirse por sus propias leyes, las que se aplicaron a los procesos mercantiles. Este es el segundo antecedente de una jurisdicción especial⁹. De las últimas dinastías resultan de interés las leyes sobre la venta y el préstamo, antecedentes de importancia al derecho mercantil¹⁰

iii. Los fenicios

Quizás el pueblo que más desarrolló el comercio marítimo fue el fenicio, cuyo nombre le fue dado por los griegos, debido al color rojo de los tejidos que exportaban. Comerciaron con España, Inglaterra, Tartessos y llegaron al sur de África, intercambiando con los indígenas bajo la modalidad del trueque mudo. Exportaron madera a Egipto e intercambiaron objetos ornamentales y mercancías por todo el mediterráneo, a cambio de plata y cinc. Se les atribuye la creación de la industria armamentista¹¹. Su avance en las instituciones jurídicas

⁹ Ravassa, Ob. cit. pg. 53.

¹⁰ Narváez, p. 2

¹¹ Ob. Cit., pg. 3.

marítimas es evidente, destacándose la *Lex Rhodia*¹² y la echazón¹³ adoptadas por el derecho griego y romano.

En la echazón se faculta al Capitán de la nave para ordenar el sacrificio todo o parte de la carga, arrojándola por la borda, frente al peligro inminente de naufragio e impone al armador y a los propietarios del salvamento la obligación de indemnizar al afectado con la decisión. Garrigues¹⁴ la define como “el acto de arrojar al mar efectos para aligerar el buque, sea con el fin de desencallararlo, o de sustraerlo a la persecución del enemigo, o de resistir mejor el temporal”. Nuestra legislación aún conserva esta institución, según se establece en el artículo 1501, num. 13 del código de comercio: “Son funciones y obligaciones del capitán: 13. En caso de echazón, lanzar las cosas en el orden que la técnica náutica y las circunstancias lo aconsejen, previa consulta con la junta de oficiales;”. Igualmente, las leyes de York y Amberes establecen las reglas como se tasan las indemnizaciones en caso de echazón. No obstante, debemos admitir que en la actualidad resulta de escasa ocurrencia esta institución, debido a los avances tecnológicos, a la adopción de la línea de flotación que impide estibar la nave por encima de los límites establecidos atendiendo a los mares por los que habrá de navegar, pero no por ello menos importante; para el profesor español, la causa radica en el tamaño actual de la nave que hace “insensible el alivio, y supuesto el control de la línea de carga, que impide cargar excesivamente el buque”¹⁵.

¹² LOPEZ GUZMAN, Fabián, p. 15

¹³ Narváez. Ob. Cit., p. 2

¹⁴ Ob. Cit., p. 773

¹⁵ El derecho español utiliza la expresión buque, en un sentido muy amplio. Nuestro derecho utiliza la expresión nave. Los requisitos técnico marítimos que deben reunirse para una u otra expresión son: “La existencia de un

Situación similar ocurre con el abordaje, que Garrigues define como¹⁶ “el choque violento entre dos buques, entendiéndose que sus normas se aplican también a los daños causados por un buque a otro sin que exista contacto efectivo entre ambos”, de lo que lo importante es la consecuencia por cuanto da lugar a indemnización. Según Ravassa¹⁷, algunos autores creen encontrar en el código de Hammurabbi, perteneciente a la época paleobabilónica, el antecedente a esta institución.

iv. Los griegos

Los griegos heredaron de los fenicios su vocación comercial y fueron los primeros en colocar el comercio, la artesanía y los oficios bajo la protección de los dioses¹⁸, pero no alcanzaron a estructurar un verdadero derecho comercial, aunque sí nos legaron varias instituciones:

La fiducia mercantil, actualmente consagrada en nuestra legislación (arts. 1226 ss. C. Cio.) encuentra su antecedente remoto en las disposiciones que dejaban los griegos en guerra, lo que se deduce de un escrito en el que Eneas Táctico (IV A. C.) aconsejaba dejar todos los bienes en ciudades neutrales, para que fueran administrados para ser devueltos una vez finalizado el conflicto¹⁹, concepto que corresponde asombrosamente al negocio “en virtud del cual una persona, ... transfiere uno o mas bienes especificados a otra, ..., quien se obliga a

cuerpo hueco capaz de flotar; aptitud para avanzar sobre el mar; y aptitud para soportar cosas y personas” (Wüstendörfer citado por Garrigues. Ob cit, pg. 525).

¹⁶ Ob. cit, p. 786.

¹⁷ Ob. cit., p. 59

¹⁸ Ob. cit., p.66

¹⁹ Ob. cit., p. 71.

administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero ...”. Esta institución aparecerá nuevamente en la edad media, en el derecho anglosajón, bajo la denominación de trust (confianza).

El préstamo a la gruesa ventura, según el cual el Capitán de una nave, podía acudir a un crédito, cuando se encontraba en puerto extranjero, sin tener que obtener el consentimiento del armador²⁰ o del propietario, con el objeto de repararlo o avituallarlo, sujeto a devolución al feliz arribo de la nave a puerto; institución que evolucionó de las expediciones marítimas que eran financiadas por varios prestamistas, quedando condicionada la devolución del dinero al regreso de la flota sana y salva. En uno y otro caso, el riesgo que asumía el prestamista estaba compensado por la fuerte tasa de interés que se cobraba. Estas instituciones son el antecedente del contrato de seguros (arts. 1036 ss. C. Cio.).

La bolsa de mercancías, creada en el puerto del Pireo para facilitar el comercio, es el antecedente de la bolsa de valores.

La banca encuentra su antecedente remoto en los pueblos griego y persa, perteneciente a grupos familiares, se ocupaba de todo tipo de negocios, obviamente iniciando su actividad mediante el cambio de monedas y, posteriormente, otorgando préstamos a interés o con garantía de prenda sobre tierras, que explotaba el banquero mientras el dinero le era devuelto. Esta actividad se facilita por la aparición de moneda acuñada. Cada ciudad-estado acuñaba su propia moneda.

²⁰ El armador es la persona que apareja y pertrecha la nave, asumiendo su explotación por su cuenta y riesgo. Puede o no ser el propietario. (art. 1473) .

Entre los Siglos VI al IV A. C., las actividades artesanales alcanzaron importantes niveles de especialización, llegando a su consecuencia lógica: la división del trabajo. Platón recomienda que quien trabaje el hierro no trabaje la madera²¹ y Aristóteles afirma: “El labrador no debe fabricar él mismo su arado para usarlo, si quiere que esté bien hecho, ni su azada, ni las demás herramientas que sirven para su labranza”²²

Los griegos crean una jurisdicción especial para resolver los conflictos mercantiles, que debía decidir de manera pronta y sumaria. Los comerciantes recurrían al arbitraje y a la amigable composición, como una salida elegante para eludir los estrados judiciales²³. Los economistas griegos, tan malos como los juristas, no estructuraron un derecho comercial autónomo. Eran filósofos o guerreros. “Esparta se empeña en resolver el problema conquistando y esclavizando a los vecinos, y así se acuartela entre ellos para siempre y vive en un rigor bélico exagerado que detiene y aún hace retroceder su evolución social y política. Atenas halla otra solución: se lanza al comercio de exportación y a las artes que de él proceden, crea la marina y, para dar entrada a las nuevas clases artesanas, inventa la democracia”²⁴, lo que permite afirmar a Ravassa que “las instituciones democráticas atenienses surgen como consecuencia del comercio”²⁵.

v. Rutas Comerciales

²¹ Ob. Cit. pg.

²² Ob. Cit. pg.

²³ Ravassa, ob. cit. pg. 72.

²⁴ Reyes, Ob. Cit., p.28

²⁵ Ob. cit. p. 66.

Durante toda la época que se analiza tienen especial relevancia las rutas comerciales que se formaron a lo largo de las riveras de los ríos y de las costas marítimas, dando origen a los mercados que comenzaron a crearse en los puertos, que constituían puntos de intercambio; las rutas terrestres fueron ampliándose al paso que fueron creándose caminos y se constituyeron en caravanas que contribuían a la seguridad de la expedición. La piratería fue un hecho que impulsó el comercio, pues “era la manera más cómoda de procurarse un cargamento” y proporcionaba la forma de desprenderse de sus riquezas. Esto justifica, en parte, la poca valoración de que gozará el comerciante, a casi todo lo largo de la historia, incluso hasta nuestros días²⁶.

Desde el II A. C. el emperador chino Wu-ti, de la dinastía Han, promocionó una caravana que llegaba hasta Bactrinia, en la frontera de los territorios conquistados por Alejandro Magno, exportando seda, razón por la que posteriormente se le conoció como la ruta de la seda, que se utilizó hasta el XVI de nuestra era²⁷.

²⁶ Se llega a asignar el adjetivo a quienes al margen de la ley en nuestro país trafican en drogas o estupefacientes, quienes se autodenominan genéricamente “comerciantes”.

27. La ruta de la seda es uno de los logros más significativos en la historia de la civilización. Llegó a convertirse en una red de rutas comerciales que cruzó Europa y Asia desde China hasta la costa del Mediterráneo. La pieza más larga de la Ruta de la Seda se pone a través del territorio de Asia Central y de Kazakhsan. Las caravanas salen con la seda de China e intercambian piedras preciosas de India, mercancías de plata de Irán, ropas de Byzantine, esclavos de Turkia, cerámica de Afrasiab, y muchas otras mercancías. Se movieron a través de los desiertos de Kara-Kum y de Kyzyl-Kum, las estepas ilimitadas de Sary-Arka; pasando sobre los campos de Pamir y de Tien-Shan, de Altai y de las montañas de Karatau; cruzando los ríos Murgab, Amu Darya y Syr Darya.

Con la expansión del Imperio Romano, llegaron dos situaciones que consolidaron las rutas: la creación de vías y el ordenamiento del tráfico marítimo en el Mediterráneo y el Mar Negro, lo cual hace de Roma un verdadero centro mercantil (como resultan siéndolo todas las llamadas “capitales del mundo”); allí llegan productos provenientes de Egipto, Norte de África y del Mar Negro de donde arriba trigo; cedros del Líbano; incienso y mirra de Arabia; oro y plata de España; marfil de Etiopía; especias y madera de la India; perlas de Ceilán y seda de China.

A mediados del I D. C., con ocasión del descubrimiento del secreto de los monzones²⁸ se establecieron rutas comerciales regulares entre Roma y la India, Ceilán y China, lo cual se logró gracias al establecimiento de la paz, a la que se llegó, obviamente, por la imposición del Imperio, pero cuya consecuencia siempre es la misma: la estabilidad en las relaciones económicas y el auge del comercio²⁹.

²⁸ Este fenómeno es la característica dominante de los climas de bajo latitud que van desde África Occidental hasta el Océano Pacífico occidental. Se puede describir físicamente el ciclo monzónico anual como el resultado de la variación de la radiación solar entrante y el calentamiento diferencial en las superficies de la tierra y el agua. Dicho de manera simple, secciones de la superficie del planeta se calientan y enfrían con tasas diferentes que dependen de su capacidad de absorber la radiación solar y de la época del año. Los cuerpos de agua, que pueden absorber luz solar a varias profundidades, almacenan energía más eficientemente que la tierra y, por lo tanto, retienen el calor por más tiempo que una masa de tierra. Las superficies terrestres ganan o pierden calor a una mayor velocidad debido a lo superficial de sus áreas absorbentes. Para mantener el equilibrio energético, el calor se transfiere de áreas con exceso hacia las que tienen un déficit y, en el caso de un diferencial tierra-agua, esto se realiza por medio de un fenómeno conocido como brisa tierra-mar. Fue descubierto por Hípalos, comerciante romano, según da cuenta UNWIN, George en su obra “Las rutas comerciales primitivas”.

²⁹ Ravassa. Ob. cit. p. 87.

vi. Roma

Se ha sostenido que en Roma no hubo derecho mercantil³⁰, “no obstante existir situaciones clasificables hoy como mercantiles”³¹; no obstante, lo que en realidad ocurre es que en Roma hay un sistema unificado en el que el derecho civil y el comercial coexisten como actualmente lo hacen en el derecho anglosajón.

La tradición doctrinaria sostiene que la ausencia de un ordenamiento jurídico especial para el comercio obedece a causas económicas: debido inicialmente a que la actividad propia del ciudadano romano era agrícola; y a que la economía estaba basada en la esclavitud. Así como a causas de estructura jurídica, por cuanto la actividad comercial la desarrollaban los peregrinos, desplazando al *ius gentium* la regulación de sus relaciones; cuando el ciudadano romano practicó el comercio el derecho romano se caracterizaba por las amplias facultades del pretor, tanto *urbanus* como *peregrinus*, lo que hizo suficiente que el derecho común se ocupara tanto de las relaciones civiles como mercantiles, sin necesidad de normas especiales³². Lo relevante es que en esta época la costumbre señala las pautas que ha de considerar el pretor al proferir sus decisiones. Pero lo que resulta evidente es que el comercio constituyó una actividad importante durante el Imperio, realizada por senadores, caballeros, ciudadanos, extranjeros, libertos y hasta esclavos.

³⁰ ROCCO, Ob, cit. p. 32

³¹ MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E., Ob. Cit., p. 5

³² Ob. cit, p. 6.

Como antecedentes de instituciones netamente mercantiles se encuentra la *nauticum foenus*, que permitía a varios prestamistas financiar una expedición marítima, institución heredada de los griegos; en los boletos que se repartían al pueblo romano para reclamar la ración de trigo, se encuentran varias características de los títulos valores, esto es la negociabilidad, la transferencia por simple entrega y el derecho a reclamar el trigo contra su presentación; la construcción de las basílicas donde funcionaban verdaderas bolsas; se crearon las *collegia*, o agrupaciones de artesanos. La contabilidad romana sirve de prueba en juicio; el aval y el derecho de quiebras son otras de las instituciones heredadas del derecho romano, terminando así la evolución histórica del derecho comercial durante la edad antigua.

1.3. Edad Media

Para la mayor parte de la doctrina, el derecho mercantil nace en esta época, conclusión que consideramos alejada de la realidad, por las razones que pasamos a exponer: (i) No reconocer la existencia de derecho en las diferentes manifestaciones económicas dadas en la antigüedad que fueron recogidas por costumbre de los pueblos al grado de haber sobrevivido hasta la edad media, donde supuestamente nace el derecho comercial, es desconocer la riqueza de las relaciones comerciales y de sus reglas, practicadas por siglos en las diferentes culturas superiores, antes de la caída del Imperio Romano; (ii) El derecho nace de la necesidad de armonizar la vida del hombre; los actos económicos son anteriores al derecho, que se exterioriza mediante leyes, tácitas en principio, expresas posteriormente, como expresión de mandato del

jefe³³; (iii) La existencia de leyes exclusivas para los mercados mediante las cuales se regulaban las relaciones mercantiles apartándose de las leyes comunes al resto del imperio egipcio, como el caso de Náucratis o del pueblo Asirio para el caso del Karum, permite sostener la existencia de un derecho autónomo y especial aplicable a los comerciantes; y, (iv) Una jurisdicción propia en los casos mencionados en el literal anterior, con sus propios procedimientos, es evidencia de la existencia de un derecho comercial.

Lo que ocurre es que como consecuencia de la caída del Imperio Romano de occidente, todo el territorio que influía va decayendo, lenta y paulatinamente, ocasionando la desaparición de casi todas las instituciones jurídicas existentes hasta entonces, pero que, en todo caso, sobreviven en el territorio del Imperio romano de oriente, cuya influencia se extiende hasta después de la caída de Constantinopla.

Justiniano (VI d. C.), con su importante contribución jurídica como consecuencia de la recopilación del derecho romano y conocido *Digesto*, marca el momento histórico del cambio, de la transición de la edad antigua a la media, cuyos primeros años se conocen como oscurantismo, pero durante los cuales se mantienen las costumbres heredadas del Imperio, que conviven en la mayoría de los casos con las de los bárbaros. No puede desconocerse la importancia que adquiere durante este siglo La Meca, centro de peregrinación, conformada por familias dedicadas al comercio, localizada en el centro de las rutas comerciales que traen mercancías de la India a Siria,

³³ Sobre este tema se recomienda consultar la obra de CARNELUTTI, Francesco, *Cómo nace el derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

Bizancio y Europa. Se inicia otro movimiento religioso de gran influencia hasta nuestros días que, como el cristianismo y el papado, determinarán el futuro del hombre.

i. Cambio de sistema económico

Durante esta transición se destacan los reyes merovingios quienes hicieron florecer un comercio internacional con Bizancio, Egipto, África y Siria, a través de Marsella, Frejus, Tolosa y Nimes, dando origen a la famosa la ruta comercial del río Ródano que permitía llevar mercancías al norte de Europa a través de Niza y Narbona³⁴.

Se inicia igualmente el tránsito entre el sistema económico romano basado en la municipalidad de la *civitas* y el sistema latifundista que tendrá influencia romano germánica hasta culminar en el feudalismo.

La propiedad pública desaparece y el Señor es dueño de su tierra. La propiedad es privada y personal.

El cambio del sistema económico marca la desaparición paulatina de la ciudad, lo que indefectiblemente ocasiona prácticamente la desaparición del mercado, lo que conlleva la disminución de los comerciantes.

Las constantes guerras, las invasiones, la influencia de los latifundios, el avance del Islam, los obispados, son factores que contribuyen a la desaparición de las rutas comerciales, al crecimiento de la pobreza, así como al debilitamiento de las ciudades, reducidas a la aldea, grupo de viviendas carentes de calles, plaza, distribuidas alrededor de la iglesia. Sus habitantes se refugian en el

³⁴ Ravassa, Ob. cit. pg. 113

Señor, con dominio total sobre la aldea y el territorio próximo, quien les distribuye y procura lo necesario para su subsistencia, en cantidades equivalentes a sus necesidades. El número de familias es pequeño y el territorio grande.

El fortalecimiento de la nobleza, de los señores y de la iglesia, es el común denominador durante esta época. Los derechos de los nobles alcanzan dimensiones verdaderamente espeluznantes, convirtiéndose en verdaderos bandoleros, asaltantes de viajeros; el robo era un honor. Uno de los derechos tristemente famosos es el de pernada que permitía al noble disponer de la novia la primera noche de su matrimonio.

A finales del IX, pese a las pestes y a las guerras, la población aumenta considerablemente, seguramente debido a importantes avances en la agricultura, al punto que los hijos de los siervos deben emigran en procura de su subsistencia, pues la hambrunas son frecuentes. Estas migraciones, seguramente, contribuyeron al incremento de comerciantes, cuya característica de la época es su constante desplazamiento, altamente peligroso, razón por la que lo hacen de día y pasan la noche en abadías, monasterios o aldeas fortificadas, bajo la protección de un burgo³⁵.

A mediados del X el número en aumento de comerciantes no permite su ingreso a los burgos, por lo que deben refugiarse a sus orillas y fortificarse creando un nuevo burgo que, con el tiempo, va evolucionando hasta

³⁵ El burgo consistía en un recinto protegido en donde pueden refugiarse las personas y el ganado y, se puede almacenar cosechas. Un Castillo, una abadía, un monasterio, una ciudad amurallada eran considerados como un burgo.

conseguir rodear al viejo y superarlo en importancia. Surgen así las nuevas ciudades integradas por los burgueses³⁶, quienes tienen que enfrentarse a todo tipo de dificultades, entre ellas las derivadas del derecho, pues les son aplicables tres sistemas “y ninguno les conviene ni se adapta a sus deseos”³⁷; agravada la situación por las diversas jurisdicciones existentes: (i) el derecho romano convertido en un derecho demasiado formalista, casi inflexible, por haber perdido su interpretador, el pretor, queda quieto en el tiempo y por lo mismo pierde su eficacia, pese a que sus principios se mantienen, en realidad no les conviene a los comerciantes; (ii) el germánico no ofrece métodos de solución de controversias que se identifiquen con la mentalidad del comerciante, las *ordalías* y los *juicios de Dios* no les cautiva; (iii) el canónico, orientado por la filosofía Aristotélica, influido por Agustín y, posteriormente, por Tomás de Aquino, significaba un problema aún más grave debido a los principios antagónicos con su mentalidad. Se busca así una solución consistente en crear un derecho nuevo, acorde con sus intereses y necesidades, hecho por y para los comerciantes.

ii. Las comunas

Obviamente esta evolución no fue fácil y se inició con solicitudes de reivindicación de sus derechos, para posteriormente incluir concesiones y privilegios, coincidiendo con “la lucha de las investiduras”, circunstancia que fue políticamente aprovechada por los burgueses para lograr sus propósitos, relevándose contra sus obispos, como ocurrió en 1077 en Cambri, donde

³⁶ Habitante del burgo, conformados inicialmente por comerciantes y posteriormente por artesanos.

³⁷ Ob. cit. p. 163.

comerciantes y artesanos formaron una *comuna* para lograr, sin éxito, la libertad de la ciudad. Este hecho constituyó el precedente para que otras ciudades formaran *comunidades* y logaran sus pretensiones, incluso mediante la suscripción de verdaderos tratados de paz suscritos entre el Obispo y los habitantes de su ciudad, en los cuales se consagró que las autoridades administraran justicia dentro de la ciudad y proporcionaban una policía para controlar el comercio interno.

Los Cónsules no eran expertos en derecho. Las normas se basaban en los usos y costumbres que se incorporaban a los *estatutos* que debían renovarse anualmente, los cuales en buena parte eran de contenido mercantil, otra de contenido público y otra parte puramente civil. Eran de aplicación común o general dentro de la ciudad, aunque continuaban aplicándose algunos usos o costumbres no recopilados en los *estatutos*, así como el derecho común romano que servía de norma subsidiaria.

Es así como se desarrolla el comercio local o regional, ya en ciudades pacíficas que se autoabastecen, influenciadas por la filosofía escolástica según la cual cada familia debe obtener por medio de su trabajo lo necesario, entre la Iglesia y los Reyes, para su subsistencia.

El medio para buscar la tan ansiada riqueza humana no es el comercio, de forma que se desarrollan principios y prácticas sorprendentes a nuestros ojos³⁸ que constituyen

³⁸ “la riqueza ha de obtenerse honestamente y, por tanto, no hay que aprovecharse del ignorante (cobrando más, por ejemplo); el comerciante debe retirarse a edad temprana si su fortuna le permite hacerlo, abriendo paso así a otros más jóvenes; la clientela pertenece al comerciante y por tanto no hay

la ética del comerciante, fundada en teorías aristotélicas patrocinadas por la Iglesia³⁹. Esta mentalidad no permitirá el desarrollo de las instituciones mercantiles y, por lo mismo, la normativa estará bastante limitada, aunque constituyen el antecedente de las corporaciones y de los gremios.

No obstante, resulta evidente que el comercio local no podía satisfacer todas las necesidades de la ciudad, razón por la cual se debió aceptar al comerciante extranjero, pero muy limitado en el espacio, ya fuera a una calle, un edificio, un rincón; o en el tiempo, permitiendo únicamente su expendio a determinados días; o, simplemente, impidiéndole negociar directamente, para lo cual fue necesario acudir a los burgueses de la ciudad, dando origen a una clara intermediación o corretaje de comercio⁴⁰; o, finalmente en el mayoreo.

iii. Centros de Comercio

Este comercio extranjero corresponde a los grandes negocios, dando origen al surgimiento de grandes centros de productores y de exportadores, en los que se desarrolló el comercio internacional, donde la costumbre

necesidad de anunciarse, pues los clientes ya saben dónde encontrarlo, así que los anuncios están prohibidos y sólo con dificultad llega a admitirse el rótulo del establecimiento; la “caza del cliente” es inmoral y está prohibida porque se le quita el pan a su colega; por lo mismo, las rebajas son deplorables; las mejores técnicas, aunque rebajan el coste, no deben emplearse si por su causa los trabajadores pierden su empleo.” (RAVASSA, Gerardo. Ob. cit. p. 177)

³⁹ Se destacan las teorías referentes al interés y al justo precio. Según la primera, el dinero no podía producir interés; según la segunda, el justo precio de una cosa era el que fijaba la comunidad, no podía ser fijado por el individuo.

⁴⁰ Ravassa. Ob. cit. p. 180

es la norma, el consensualismo absoluto es la regla y el individualismo la técnica jurídica.

La ética de estos comerciantes estaba definida sólo por la moral de los negocios.

Se destacan las *ferias*, a donde acudían comerciantes de diversos lugares; las grandes ciudades dedicadas al comercio en gran escala; las grandes corporaciones; la "*commenda*", forma societaria concebida para viajar, constituye el antecedente remoto del contrato de cuentas en participación y de la sociedad en comandita; el giro entre ciudades como requisito de la letra de cambio; y el derecho marítimo.

iv. Derecho estatutario

Como lo mencionamos anteriormente, los comerciantes y los artesanos de las ciudades se agrupan conformando corporaciones y gremios que adoptan sus *estatutos*; estaban dirigidas por Cónsules y por un Consejo, elegido por la Asamblea; fueron enriqueciendo sus normas hasta lograr estatutos cada vez más sistemáticos, extendiendo su campo de aplicación a otras provincias donde quiera que fueran sus miembros, incorporando usos y costumbres del extranjero y de otras corporaciones. Surge así el llamado derecho estatutario. Las grandes corporaciones fueron las más importantes para la evolución del derecho comercial correspondiendo su desarrollo a las grandes ciudades de comercio internacional.

El individuo se matriculaba en la corporación y así adquiría la calidad de comerciante miembro quedando sujeto a sus estatutos, usos y costumbres, así como al Tribunal Consular quien debe dirimir las controversias en

que se viera involucrado. La inscripción en el *Liber mercatorum* constituye antecedente del registro mercantil y la Corporación de lo que actualmente son las Cámaras de Comercio

La justicia se administraba mediante la aplicación de los usos y costumbre así como de los estatutos corporativos, en primera instancia por los Cónsules conformados por lo general por un jurisconsulto y dos comerciantes. En casos excepcionales el caso era juzgado por otros comerciantes matriculados, elegidos a la suerte. Si las sentencias no coincidían, se llevaba la causa a un tercer juicio, proferido por el Consejo, éste sí definitivo.

El Tribunal se ocupa inicialmente de dirimir los casos en que esta involucrado un comerciante matriculado, de forma que el criterio que determina la aplicación del derecho de la corporación es subjetivo. El litigante matriculado tiene el derecho de escoger la jurisdicción a la que acudirá: a la corporativa o a la del rey o a la de la ciudad. No ocurre lo mismo con quien no está matriculado o no es comerciante quien debe litigar únicamente ante la jurisdicción de la ciudad.

Posteriormente, la jurisdicción corporativa se aplica también a los comerciantes extranjeros no matriculados pero que se encuentren dentro de la ciudad. Se mantiene aún el criterio subjetivo del derecho comercial.

No pasará mucho tiempo para que el Tribunal Consular, incorpore bajo su jurisdicción a los no comerciantes que realicen negocios con los comerciantes matriculados, dándose el primer paso para la objetivación del derecho mercantil. Se crea una presunción de comerciante a quien sin estar inscrito en la corporación o sin ser comerciante realiza un acto de comercio. Ya no girará en

torno al comerciante, pues comenzará a basarse en el acto de comercio, lo que conducirá a la evolución de una verdadera teoría en torno al mismo.

Las ferias, en un principio de carácter religioso, se convierten en ocasiones para intercambio de mercaderías y de dinero de comerciantes que arribaban con el propósito de efectuar sus transacciones, beneficiándose con los derechos de mercado, así como de instituciones como la “paz de Dios” o la “tregua de Dios”, mediante la cual el Rey o el Señor que patrocinaba la feria garantizaba la paz dentro de la misma y en las vías de acceso, lo que les permitía desplazamiento seguro a los comerciantes.

Desde los inicios del XIV ocurren situaciones que harán contraer la economía, la llegada de la peste negra, la hambruna, el estancamiento de la agricultura, la reducción en la producción y baja la calidad de productos de lujo, la guerra de los cien años. Los gremios y corporaciones se cierran. Los comerciantes se ven obligados a replantear sus negocios y a cuidar más sus cuentas. La invención de la imprenta, el descubrimiento de América, la Reforma, la toma de Constantinopla por los Turcos, son hechos históricos que marcan el final de la edad media; nos preparamos para la edad moderna.

1.4. *Lex mercatoria*

Pero antes de asumir el análisis de la siguiente época histórica, conviene detenernos un poco en la *lex mercatoria*, en especial por cuanto en la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria*.

Hemos señalado que durante la edad media fueron los usos y costumbres la base de las recopilaciones que se elaboraron para conformar los estatutos, por lo que podemos hablar de una *lex mercatoria* estatutaria; no obstante, también se da cuenta de los precedentes judiciales, constituidos por las decisiones de los Cónsules, que, junto con usos y costumbre no incluidas por los estatutos municipales, constituyen una *lex mercatoria* consuetudinaria.

Las características de la *lex mercatoria* son autonomía, carácter internacional y jurisdicción especial.

Las “colecciones de usos marítimos” son las costumbres de la gente de mar, reducidas a escritos por los Tribunales consulares en la búsqueda de su uniformidad, que representan el antecedente mediato de las leyes marítimas, la que se consiguió con la famosa “*Consolat de mar*” (1370) que se convirtió en derecho general de todos los puertos sobre el Mediterráneo.⁴¹

Las Roolles de Oleron (1266) son el antecedente mas antiguo de derecho consuetudinario del cual se tenga conocimiento, consistente en la recopilación de precedentes judiciales, que se aplicaban en las costas francesas del Atlántico, los cuales se extendieron a Inglaterra, Flandes y Dinamarca, hasta la isla de Gotland⁴², donde adoptaron el nombre de su capital y se conocen como Leyes de Wisby (1407).

El antecedente más antiguo hasta ahora encontrado de derecho estatutario se ubica en Trani (1063), Amalfi

⁴¹ Garrigues, Ob. Cit., p. 505.

⁴² Ravassa, Ob. Cit., p. 35.

(1131), Génova (1154), Pisa (1161), Venecia (1265). Hamburgo (1292), Lübeck (1292), Bremen (1303) y Ancona (1397).

La *lex mercatoria* irradia su influencia hasta bien entrada la edad moderna, con las Ordenanzas francesas (1681), primer ejemplo de codificación estatal en materia de derecho marítimo, cuyo principal aporte lo constituye la integración de dos sistemas contrapuestos, el del Atlántico y el del Mediterráneo. “En el proceso formativo del derecho marítimo esa Ordenanza significa el reconocimiento y la confirmación que un Estado absoluto hace del particularismo del derecho marítimo, al agrupar en un solo código todos los preceptos relativos a ese derecho, sean de carácter público (De los oficiales del almirantazgo y de su jurisdicción. De la política marítima, etc.), sean de carácter privado (De los contratos marítimos). Culmina, pues, en esta obra legislativa, debido al genio de Colbert, la concepción del derecho marítimo como una rama independiente del derecho mercantil terrestre, que es objeto de otra codificación separada”⁴³. Estas ordenanzas influyen en las Ordenanzas de Bilbao (1737), de las que surgirá el futuro derecho comercial colombiano.

El “Código Savary”, redactado en 1673, constituye la codificación autónoma e independiente del derecho mercantil terrestre francés, pero marca el comienzo de las leyes de derecho privado, perdiendo su carácter internacional por el florecimiento de las codificaciones estatales. “Con ellas aparece el problema de su aplicación cuando en una cuestión jurídica quedan involucrados dos o más Estados diferentes. Para resolverlo se acuñaron las

⁴³ Garrigues, Ob. cit., p. 506.

reglas de conflicto, principal tema de derecho internacional privado hasta los últimos tiempos”⁴⁴.

En la actualidad se percibe un resurgimiento de la *lex mercatoria*, que encuentra su antecedente próximo en las Reglas de York y Amberes (1890), las que se han modificado en varias ocasiones durante el siglo pasado, cuyo principal aporte es la unificación legislativa en temas como el seguro marítimo.

La Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) emitió las Reglas y Usos Uniformes y el Reglamento de Arbitraje Internacional, que representa un avance significativo en la búsqueda de un derecho uniforme para regular las necesidades de los diferentes mercados y del tráfico mercantil, por encima de la influencia privada y política de los Estados en particular.

En los últimos años ha tomado importancia la celebración de Tratados, bilaterales o multilaterales, regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), de los cuales se destaca UNCITRAL (1988) sobre Letras de cambio y Pagarés; así como el establecimiento de contratos tipo de las asociaciones mercantiles como el caso de la IATA, que llega hasta establecer su propia tasa de cambio; siendo las más relevantes las normas surgidas de Comisiones de unificación como la EU.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) es la actual expresión

⁴⁴ Las reglas de conflicto se regían por los principios del “estatuto real” que ordenaba aplicar la ley del lugar de ubicación de los bienes inmuebles y de “autonomía de la voluntad” según el cual las partes señalaban la ley aplicable. No obstante, los Tribunales prefieren aplicar el principio de la “lex fori” ante la ley extranjera. (RAVASSA, Gerardo. Ob. cit. pg. 37.)

de esa nueva *lex mercatoria* que busca la unificación legislativa⁴⁵.

1.5. Edad Moderna

Podríamos señalar que el tránsito de la edad media a la edad moderna se caracteriza por la consolidación de la propiedad privada y el triunfo del capital; como lo sostiene Adam Smith; la verdadera riqueza no proviene del oro, pues solo es un metal al que se le otorga valor de cambio y depósito de valor, sino de los bienes y servicios, debido a que conducen al mejoramiento y bienestar de los seres humanos.

Uno de los principales aspectos que determinarán la forma como habrá de evolucionar el derecho gira en torno a un importante cambio de mentalidad que se va operando, surgiendo una tendencia marcada hacia el individualismo, con la consecuente relajación de los sentimientos humanitarios que brillaron en la edad media. A la peste se le atribuye esta inversión de los valores y criterios morales, el desprecio por los semejantes y a la pérdida del valor del trabajo frente a la exaltación de la propiedad privada.

Las crisis, en prácticamente todos los campos: agrícola, industrial, religiosa, en el comercio, en las actividades financieras, así como de los gremios y corporaciones, como consecuencia de la recesión económica, conduce a que ceda el valor del trabajo por el valor de capital. Desaparece el beneficio fraternal y proporcional que caracterizó a las corporaciones y a los gremios durante la

⁴⁵ La ley 1116 del 2006 sobre Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia sigue el modelo establecido por la CNUDMI

edad media, apareciendo la paga fija como retribución al trabajo.

Las quiebras de los banqueros obligan a modificar la concepción antigua de insolvencia, al considerarse de derecho público, partiendo de la presunción de fraude.

Las invenciones, que pertenecían al gremio, deberán ser protegidas por el Estado, en cabeza de su inventor, justificada por la necesidad de mantener su honor ante las imitaciones, lo que da origen a la propiedad industrial.

“Se consolida así el capitalismo tradicional propio del período de transición, que aún conserva, sin embargo, características propias del período anterior, como el mantenimiento de la calidad, los controles y la lucha contra la competencia, careciendo todavía de sustentación ideológica, ética y moral. Los grandes poseedores de capital siguen con la conciencia intranquila, porque aún perduran los valores cristianos del ideal de pobreza. Pero se nota un mayor cuidado en las cuentas, una planificación más sistemática, una valoración superior del tiempo y de la técnica, factores éstos que preparan el advenimiento del capitalismo moderno”⁴⁶.

Las ferias se cierran, haciendo disminuir considerablemente el comercio internacional o se transforman en ferias cambiarias, llegando a crearse ferias sólo para el intercambio y la compensación de letras de cambio, título valor que guarda relación con la crisis de las ferias y que fue evolucionando hasta alcanzar un papel protagónico en la movilización de dinero sin necesidad de su transporte. El endoso, la aceptación y el

⁴⁶ Ob. cit. p. 246.

vencimiento de la letra surgen hasta el XVII, pues en sus inicios no eran aceptadas por el banquero librado y el tiempo era el que correspondía a la duración del viaje para el cual se había librado la carta, permitiendo que se utilice como medio de pago y como instrumento de crédito. Posteriormente, la crisis de los bancos privados guardará relación con el cheque.

El surgimiento de los Principados modernos, de los Reinos y de los Estados, ocasiona el fortalecimiento de la banca estatal y, por ende, el decrecimiento de los bancos privados. Así ocurre en Venecia con el Banco de la Plaza de Rialto (1578), en Holanda con el Banco de Ámsterdam (1609), en Gran Bretaña con el Banco de Inglaterra (1694), entre otros. Esta situación va aparejada de la emisión de moneda, que corresponde ahora al Estado, que, poco a poco, se va estructurando como se le conocerá en la actualidad. Surge así el concepto de Banca Central

Los descubrimientos, la imprenta, el humanismo y la reforma son aspectos fundamentales en la evolución que sufrirá la economía de los Estados y, por consiguiente, el desarrollo del derecho de los comerciantes, dando paso a lo que se conoce como mercantilismo.

Sea lo primero advertir que la literatura mercantilista es económica y, por lo mismo, sus conceptos están basados esencialmente en análisis, fundamentalmente, de competencia de la ciencia económica, aunque el mercantilismo en sí mismo, está constituido por las creencias en que se basó: Parte de la teoría del monopolio⁴⁷ exportador, “reforzada por la explotación

⁴⁷ Cournot demostró que el monopolio es inconveniente para la economía de un país, lo que demostró mediante el desarrollo gráfico, analítico y

indiscriminada de las colonias, por el imperialismo pirata, por el afán de riqueza”; se “aboga por el acaparamiento de metales preciosos y divisas como ideal de espíritu dentro de una política de control de cambios”⁴⁸. Las principales creencias en que se funda el mercantilismo son: era preferible exportar que importar e incluso que comerciar en el interior; la riqueza del Estado depende de la acumulación de metales preciosos, principalmente oro y plata; y, lo anterior justifica la intervención del Estado.

Existen diferencias entre el mercantilismo que practicaron los distintos imperios: el Español giraba en torno al atesoramiento de los metales preciosos traídos de América, más que a una actividad monopolística de exportación; el francés, en cambio, se basa en la exportación monopolizada por el Estado⁴⁹; el inglés se especializó en el transporte y la intermediación, debido a su superioridad marítima; Holanda precedió a Inglaterra. Luego se extendió a Rusia y Alemania.

Consecuencia de los diversos pensamientos mercantilistas, surgieron tres sistemas de tratamiento de las colonias: El inglés, practicado en base al comercio libre para los comerciantes de la metrópoli y de las colonias entre sí; El español, también basado en el libre comercio, pero que obligaba a los comerciantes a viajar

matemático que permite concluir cómo en monopolio un empresario producirá cantidades pequeñas a precios altos, mientras que en un esquema de competencia perfecta el mismo empresario producirá una cantidad mucho mayor a un precio razonable.

⁴⁸ Ob. cit. p. 321.

⁴⁹ El mercantilismo francés se conoce como Colbertismo, debido a que el ministro de Luis XIV Colbert institucionalizó la exportación de productos franceses desarrollando la industria gala.

en flota y a llegar a puerto determinado, limitándose la competencia y prohibiendo el comercio entre colonias; y, El monopolio radical de las compañías coloniales, al cual recurrieron principalmente Francia, Dinamarca, Suecia y Holanda, pero alcanzaron su mayor potencial y desarrollo en Inglaterra donde existieron las compañías reguladas y las sociedades por acciones; de las primeras se destacó La Sociedad de los Mercaderes Aventureros de Inglaterra, cuya forma inicial fue el consorcio o compañía, que operaba según los principios de la actual sociedad colectiva; las segundas se crean mediante el sistema del *octroi*, esto es el acto de incorporación y concesión de derechos de soberanía, lo que pone de presente el carácter público con que surge este tipo societario, basado en el dinero, a cuya cantidad está limitada la responsabilidad, sin atender la calidad de los socios. Su antecedente se encuentra en los mercaderes aventureros en 1553⁵⁰.

Surgen en consecuencia las bolsas de valores en las que se realiza una actividad de compra y venta de acciones, bonos y otros títulos, bajo una organización moderna, donde se especula con los precios de las acciones, unos las adquieren para percibir su fruto, sin interés en venderlas; otros las compran de contado para venderlas a tiempo y ganar el interés; otros juegan al resultado que se presente “el día veinte del mes, que es el tiempo en que deben recibirlas”⁵¹. La primera bolsa surge en Londres en 1570, aunque sus antecedentes remotos se ubican en el puerto Pireo de Atenas. Roma conoció los *collegium mercatorum*.

⁵⁰ Ob. cit. p. 336.

⁵¹ Garrigues, Ob. Cit., T II p.353.

1.6. Época contemporánea

La revolución francesa es aceptada por los historiadores como el acontecimiento que pone fin a la edad moderna, no pudiendo pasar desapercibido, como se analizó, el período de transición que, generalmente, ocupa buena parte de las dos épocas, toda vez que el cambio no es súbito, sino paulatino. En realidad, los cambios que se presentan, son el efecto a las situaciones que se presentaron antes y que desembocaron en las revoluciones, de las cuales la primera ocurre en el continente americano en 1776.

La Ilustración es el movimiento determinante del mundo de occidente durante el XVIII, gestor del cambio de las ideas políticas, económicas y sociales de la época; según Kant “es la salida del hombre de su minoría de edad”⁵², pero resulto funesto para el derecho mercantil, al confundírsele con un derecho de clase, lo que a la postre llevará a la eliminación total de las Corporaciones y a la desprofesionalización del comerciante. Ravassa sostiene que permitir a cualquiera ejercer el comercio condujo inexorablemente a la competencia desleal, a la sustitución del concepto de calidad por el de cantidad, al fraude, a la estafa⁵³.

Napoleón afirmó luego de su derrota en Waterloo que antes que ser recordado por las guerras, lo sería por el código civil. Pocos hablan del código de Comercio de Napoleón a pesar de su importante influencia histórica a lo largo de Europa, como quiera que se estructura bajo el criterio de ser un derecho de los actos de comercio, por

⁵² KANT, Immanuel,

⁵³ Ob.cit., p. 394.

cuanto la clase de los comerciantes había desaparecido, al igual que todas las clases existentes.

Nace así el derecho mercantil objetivo, sustentado en el acto de comercio, nombre asignado a “una serie de operaciones que se verifican fundamental y casi exclusivamente por quienes en virtud de la inscripción gozaban de la calidad de comerciantes”⁵⁴. No obstante, Broceta Pont sostiene que el derecho comercial continuó siendo “preponderantemente subjetivo”⁵⁵

Ahora bien, el código de comercio napoleónico se estructuró atendiendo los criterios filosóficos de la ilustración, racional y lógico, basado en unos principios generales, de los cuales según razonamientos deductivos surgirá la norma en concreto.

Francia se regía por las ordenanzas de 1673 y 1681, así como por la dualidad del derecho civil y comercial, lo que desencadena en el mantenimiento de esta dualidad, pero la metodología y la orientación esencialmente es la misma. El proyecto de codificación comercial se mantiene rezagado del proyecto civil en el que Napoleón centra su atención; sólo las escandalosas quiebras de 1806 imponen la necesidad de impulsar el código que finalmente se expide simultáneamente con el civil.

“El hecho de construir todo un sistema, a manera piramidal, sobre los cimientos de unos esquemas básicos, fundamentales e inamovibles, aleja al derecho como ciencia que regula las relaciones humanas, de los hechos que constituyen en la práctica el desarrollo auténtico de dichas relaciones. Y así, mientras las situaciones

⁵⁴ Ob.cit., p.11.

⁵⁵ Citado por LÓPEZ GUZMÁN, Fabian, Ob. Cit., p. 24.

concretas y la vida jurídica real cambian, el derecho no varía, permanece inmutable y ajeno al entorno que lo rodea.”⁵⁶. Eso le ocurrió al código de comercio francés que muy pronto se vio obsoleto y desactualizado, lo cual en sí mismo puede no resultar siendo muy grave; pero los Tribunales continuaron fallando con base en ese sistema, constituyendo un obstáculo a los desarrollos económicos que se dieron como consecuencia del nacimiento del capitalismo.

El código francés influye en las legislaciones contemporáneas de Bélgica, Holanda, Italia, Grecia, Luxemburgo y España y por esta vía a toda América hispana. No sería absurdo afirmar que éste es el sistema que se impone, con pequeños matices, a lo largo de la Europa Continental y de la América hispano parlante. En general, todos se basan fundamentalmente en la ley, aunque reconocen en la costumbre una fuente importante del derecho mercantil, pero siempre que se ajuste a la ley existente. Las decisiones de los jueces no obligan a los demás jueces. La interpretación de la ley se ciñe a iguales o similares principios del derecho civil. Algunos Estados adoptan un sistema unificado con el código civil y otros dualista. Igual ocurre con la jurisdicción.

Cosa distinta sucede en Gran Bretaña y América del norte regidos por lo que se ha conocido como el sistema anglosajón, con unas raíces y evolución bien diferente a la ocurrida en la Europa continental, reducido al actual *common law*, que se basa en un sistema consuetudinario, facilita la integración de las siempre cambiantes exigencias del comercio, así como la reglamentación y aplicación de nuevas formas de negocios mercantiles.

⁵⁶ Ob. cit., p. 330

1.7. Nuestros días

En la actualidad debe reconocerse la existencia de nuevas tendencias en el derecho mercantil, algunas dirigidas a mantener su estudio unificado, como ocurre en el derecho latino, contrarias al germánico que tiende a la llamada dislocación, según la cual el derecho mercantil debe dejar paso al derecho cambiario, al financiero, al marítimo, en fin, pretendiendo reconocer a determinados temas autonomía con principios, fundamentos y fuentes diversas.

Han surgido nuevas áreas del derecho que inciden, unas más, otras menos, en el ámbito del derecho de los comerciantes.

Por un lado, se abre paso el llamado derecho de los negocios, como disciplina autónoma, como consecuencia de “la transnacionalización de la gran empresa capitalista y la producción a escala global de las normas atinentes a la empresa y al comercio en general”⁵⁷ que conducen a que las legislaciones locales se reduzcan a reglar los negocios internos que, poco a poco, seden frente a la magnitud del comercio.

Por otro lado, el derecho de la empresa, surge como rama independiente ocupado de la organización, como comunidad de trabajo. Ya Garrigues llamaba la atención sobre el silencio del derecho en torno a los aspectos jurídicos de la empresa y concluía: “No existe todavía un derecho de la empresa por que todavía no ha sabido reflejar el derecho lo que la empresa es en sentido económico: Una comunidad de trabajo. Si nos preguntamos cuál es el esquema jurídico de una

⁵⁷ López. Ob. cit., p. 35

empresa, a esta natural pregunta hay que responder con una confesión: tal esquema jurídico no existe: el verdadero derecho de la empresa como unidad de trabajo está aún por nacer y los ensayos que los juristas han hecho para crear este derecho de la empresa han elegido un camino completamente equivocado.”⁵⁸

El derecho mercantil internacional se abre paso como una rama autónoma e independiente del derecho internacional privado, con sus propias fuentes y principios.

El derecho económico encargado de organizar la economía⁵⁹ macrojurídicamente, instrumento normativo que rige la política económica de un Estado, incide notablemente en el derecho mercantil con su característica democratizadora que tiende a humanizar la economía de mercado.⁶⁰

Sea que consideremos estas especialidades como independientes del derecho mercantil o como parte de su cobertura, lo cierto es que cada día entran en juego nuevos instrumentos legales, nuevas tendencias que buscan dirigir sus reglas no solo al comerciante o al empresario sino a los demás protagonistas. Le corresponde a los estudiantes asumir el reto y mirar el futuro con mente abierta, seguramente sacrificando la exclusividad de sus destinatarios actuales para mirar más hacia lo social, lo humanitario. No se debe dejar de lado al consumidor y al trabajador, que representan, generalmente, la parte débil en las relaciones surgidas de la satisfacción de necesidades.

⁵⁸ Ob, cit, p. 273

⁵⁹ Goldschmidt habla de “derecho de la economía organizada”

⁶⁰ Witker, Jorge, ob.cit. p. 41

2. EL DERECHO COMERCIAL

La evolución histórica del comercio a puesto de presente que es necesario ubicar en el devenir el surgimiento del derecho de los comerciantes, pero no podremos precisar cuándo nace el derecho mercantil, si no tenemos claridad en lo referente a lo que hemos de entender por tal, a sus requisitos, elementos o características que lo distinguen del resto del derecho privado.

La mayoría de los autores identifican el nacimiento del derecho mercantil con el momento histórico en el cual se presenta como una rama especial, independiente y autónoma del derecho común, ubicando ese momento en la edad media⁶¹; fue allí cuando los comerciantes crearon un derecho para ellos. No obstante, como se observó, existen no pocas evidencias que pueden permitir sostener con alguna seriedad que el derecho mercantil nació en la antigüedad. Pero, para fundamentar nuestra afirmación, resulta indispensable detenernos para identificarlo y distinguirlo.

2.1. Noción

Sea lo primero señalar, como lo advierte Garrigues⁶², que el derecho mercantil puede estudiarse desde uno de dos sistemas, a saber: el germánico o el latino, correspondiendo al primero una tendencia dislocadora y al

⁶¹ Entre otros MADRIÑAN DE LA TORRE, PINZON y NARVÁEZ, dentro de los autores colombianos.

⁶² Ob. Cit., p. 39

segundo unificadora, confesando que nosotros preferimos esta última de forma, que agrupa los llamados derechos cambiario, de seguros, marítimo, bancario o financiero, de transportes, etc., como una unidad bajo la denominación de derecho mercantil.

El profesor Medina Vergara, tomando como punto de partida la definición de Rocco y admitiendo la extensión conceptual sugerida por Garrigues, concluye que el derecho mercantil es el “Conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre particulares, nacidas de la actividad comercial o similares a ésta, derivadas no sólo de actos, sino de instituciones que el legislador considera mercantiles y de la capacidad de los comerciantes y sus auxiliares, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial”.⁶³ Igualmente define la ciencia del derecho mercantil como “Aquella rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades a él asimiladas, las instituciones mercantiles, comerciantes y auxiliares, y las relaciones jurídicas que se derivan de estas normas.”

Es evidente que la noción adoptada por Medina no comprende su evolución histórica, refiriéndose mayormente a una moderna concepción en la que se le han adicionado actividades diversas como la agroindustrial o fabril, que en la antigüedad correspondieron únicamente a la agraria y a la artesanal⁶⁴. Resulta evidente que sólo con la revolución

⁶³ Ob, cit., p. 92

⁶⁴ De hecho la actividad agraria no se consideraba mercantil; en cambio la actividad de los artesanos se incorpora al derecho mercantil en la edad media como consecuencia de su agremiación y del surgimiento de las Corporaciones.

industrial y el capitalismo se incorporan conceptos antes inexistentes en la actividad económica mercantil.

En consecuencia, no es temerario afirmar que no es posible elaborar un concepto unitario de derecho mercantil, como quiera que éste ha comprendido diversas actividades y sujetos, dependiendo de la época histórica.

Rocco definía el derecho mercantil como el “conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a éstas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial”⁶⁵

Mantilla Molina⁶⁶ define el derecho comercial como “el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dados a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.

Sócrates nos refiere que los griegos tan solo contaban con artesanos y guerreros, desconociendo la existencia de comerciantes dedicados fundamentalmente al intercambio, para su ubicación recordemos a Náucratis, ciudad extranjera dentro del imperio egipcio, regida por sus propias leyes y siendo esta una ciudad conformada por griegos comerciantes, seguramente sus reglas servían para regular dicha actividad.

En la navegación, tanto marítima como fluvial, hubo de adoptarse reglas para regular el comportamiento de la tripulación, de la nave en puerto, del capitán, en fin, normas que constituyeron verdaderas instituciones con

⁶⁵ Ob, cit., p. 5

⁶⁶ Citado por Madriñán de la Torre, ob, cit., p. 3

carácter jurídico. Otro tanto ha de predicarse de las caravanas a través de las rutas comerciales, así como de los puestos de descanso, avituallamiento de los lugares o puntos de intercambio que conformaron verdaderos mercados con sus propias normas.

Cómo evitar construir una noción antigua de derecho del comercio o, si se le prefiere, derecho del mercado, de la ruta o de la navegación, para construir alrededor de tales conjuntos de normas un orden jurídico.

El concepto de derecho mercantil ha evolucionado desde las simples reglas relativas al mercado, al puerto, a la ruta, etc., hasta entenderse como aquella parte del derecho que se ocupa de las actividades mercantiles y de aquellas que el legislador considera asimiladas o simplemente incorporadas, de la empresa, del empresario y del comerciante y sus auxiliares. Ese ha sido el alcance fijado por el legislador en el artículo primero del código de comercio: “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial”.

No obstante, cada día ingresan conceptos novedosos que hacen cuestionar no solo el ámbito de aplicación del derecho comercial sino su objeto. Ya mencionamos en el capítulo anterior las nuevas tendencias. Sencillamente, se trata de un derecho con un altísimo contenido de evolución, de allí la dificultad de su definición. No nos sentimos capaces de asumir ese reto. Tan solo aspiramos a contribuir con la precisión de la noción.

En nuestro criterio el derecho mercantil no puede circunscribirse al conjunto de normas pues, como ocurre en general con los sistemas jurídicos desarrollados, el derecho comercial forma parte de dicho sistema y, por lo mismo ha de estar a él articulado. Deben, en

consecuencia, incorporarse en la noción de derecho mercantil los principios, los valores y cualesquiera argumentos que integran la totalidad del sistema y que van a permitir al operador no solo aplicarlo sino crearlo.

Las tendencias del derecho en el siglo xxi ya no permiten que un derecho favorezca determinado grupo social, como parece ocurrir con el comercial, debido a la primacía de principios y valores que son superiores:

“La propiedad es una función social que implica obligaciones”.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones”.

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”.

Son principios constitucionales que orientarán la actividad comercial y empresarial, sin que el derecho mercantil pueda, como hasta ahora, dejar de ocuparse del consumidor, del trabajador y de la sociedad.

Cualquier noción que se pretenda estructurar respecto del derecho mercantil, seguramente en un futuro muy cercano involucrará realmente a la empresa y dentro de ella al trabajador, así como al consumidor. No es gratuito que nuestra Carta Política haya consagrado la cogestión⁶⁷ como modelo a seguir y ya han transcurrido varios lustros

⁶⁷ El artículo 57 establece: “La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.”

ante el silencio del legislador. Tampoco es gratuito que el último inciso del artículo 333 de la C. P. establezca que “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”. Finalmente, tampoco podemos pasar por alto el artículo 78 de la Constitución que dispone:

“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.”

“Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”

“El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

El gran interrogante a resolver gira en torno a si el derecho mercantil afrontará los retos que le esperan en esta centuria y en qué forma lo hará; o, permitirá que se continúe desdibujando como se pretende con el movimiento dislocador, cada vez más acentuado. Si bien inicialmente fue un derecho en el que imperó un criterio subjetivo para determinar su campo aplicación; posteriormente se adoptó un criterio objetivo que dio origen a la llamada Teoría del Acto de Comercio; durante el xx se presentó una clara tendencia a la creación de lo que podemos denominar la Teoría de capitales, sobre la

cual se edificó el imperio de la sociedad anónima; pero, podemos estar en la gestación de nuevas orientaciones que se dirigen hacia la democratización, la cogestión, el medio ambiente y el consumidor, entre otros.

2.2. Características

El profesor José Gavino Pinzón⁶⁸ señaló como características del derecho comercial su formación consuetudinaria, su tendencia a la internacionalización, su acentuado carácter profesional y su posición como ordenamiento especial, las que han sido acogidas en general por la doctrina nacional.⁶⁹

Debido a las profundas transformaciones sufridas por el derecho mercantil a través de su evolución histórica, no resulta difícil precisar las características mencionadas, a las que actualmente se adiciona ser “un derecho de organización de la empresa con amplia influencia social”⁷⁰

2.2.1. Formación consuetudinaria

Contrario a lo que opina la doctrina, somos de la opinión que el derecho mercantil se formó en la antigüedad, obviamente no bajo la concepción que hoy tenemos.

⁶⁸ Ob. Cit., p. 66

⁶⁹ En igual sentido Madriñán de la Torre, ob, cit, .27 ss y Medina Verbara, ob, cit, p. 108 ss

⁷⁰ Medina V. Ob, cit, p.110

Ubicar el nacimiento del derecho mercantil en la edad media, como consecuencia de la inoperancia entre los comerciantes y artesanos de los derechos vigentes en la época, a saber: romano, germánico y canónico; es desconocer de un plumazo la rica herencia dejada por el comercio, la navegación y las rutas comerciales de la edad antigua.

Pero sea que se admita esta voz disidente, sea que se esté con la opinión general, la conclusión es la misma: El derecho comercial se formó nutrido de las reglas implícitas en el comportamiento de los comerciantes, de los artesanos, de los navegantes y de las caravanas mercantiles; así como de la conducta intersubjetiva relacionada surgida de los burgos.

Que esas expresiones consuetudinarias conformaron una unidad coherente y de obligatorio cumplimiento es una realidad que se materializa con claridad meridiana en la edad media, primero como estatutos de las corporaciones, posteriormente como contenido de las primeras codificaciones continentales.

Si bien, las expresiones escritas de la ley, en ocasiones trataron de negar toda fuerza a la costumbre, como parece hacerlo nuestro legislador⁷¹, es el comportamiento del hombre en sus relaciones comerciales lo que va dando origen a nuevas formas de obligarse, de emprender sus proyectos económicos, el que en últimas debe reconocer el legislador en su función de creador de la ley escrita.

⁷¹ El artículo 3° dispone que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley, siempre que no la contraríe. El artículo 20 limita los asuntos mercantiles a los que expresamente regule la ley.

“No hay duda de que el derecho mercantil contemporáneo, especialmente en los países de sistema continental, tiene su máxima expresión en la fuente escrita; pero no puede negarse que la costumbre, aunque relegada a una función subsidiaria sigue su misión precursora en la disciplina de los nuevos fenómenos hasta los cuales no puede llegar la imaginación del legislador”⁷².

“Un nuevo acto o un nuevo tipo de contrato en esta materia es creación del hombre, es creación de ese peculiar tipo de hombres y mujeres que se denominan empresarios o comerciantes. Para poder decir que nos encontramos frente a una costumbre, hay que pensar en algo, que alguien, alguna vez creó, y cuyo uso se ha generalizado, dándole una fuerza moral.”

“Hoy como ayer la ley, en materia mercantil, no hace sino dar textura a la regla jurídica que ya respaldó la costumbre”⁷³ concluye el autor.

2.2.2. Tendencia a la internacionalización

Desde sus orígenes en la antigüedad el derecho mercantil ha demostrado su carácter internacional. En comercio durante las culturas superiores y las primeras civilizaciones fue netamente entre Estados. De hecho las grandes civilizaciones comerciaron como Estado. Egipto adoptó un comportamiento característico del intercambio entre Estados. Grecia fue ejemplo de ello.

⁷² Madriñán de la Torre, ob, cit., p. 28

⁷³ Medina Vergara, ob, cit., p. 108

Ya durante la edad media, el surgimiento de la *lex mercatoria* consagra los usos y costumbre internacionales; las expediciones marítimas se hacen al extranjero; los descubrimientos y la colonización como factor de expansión comercial conlleva el desarrollo de reglas de carácter internacional; el intercambio entre corporaciones de diversas ciudades, conduce a crear normas que se apliquen también en el extranjero; las rutas comerciales requieren de reglas aplicables en los diferentes Estados que transiten; el mercantilismo, constituye el mas importante avance en la regulación internacional del comercio.

Actualmente los procesos de integración económica, dentro de los cuales se destaca la Comunidad Económica Europea y en nuestro hemisferio la Comunidad Andina, dan surgimiento al derecho comunitario, esencialmente internacional, que se ocupa primordialmente de las relaciones comerciales entre Estados.

Los tratados de comercio entre Naciones son claro ejemplo de la tendencia a la internacionalización del derecho mercantil. Así mismo entidades como la Cámara de Comercio Internacional (CCI); el Comité Marítimo Internacional; la Asociación Internacional de derecho de seguros (AIDA); La asociación de ajustadores de averías; UNCITRAL, ALCA, etc., ponen de presente esta tendencia.

“Esta tendencia a la unificación internacional del derecho comercial a base de leyes comunes o simples leyes uniformes, corresponde, desde luego, a una evidente necesidad del comercio moderno, que reclama no solamente facilidad de medios sino seguridad en las

transacciones celebradas entre comerciantes de distintos países”⁷⁴.

2.2.3. Carácter profesional de la actividad

Por profesar se entiende “ejercer una ciencia, un arte, un oficio, etc.”, según se lee en el Diccionario de la Academia de la Lengua española, de forma que profesión es la “Acción y efecto de profesar”, razón por la que profesional será el adjetivo que se predica de la persona que ejerce esa actividad.

Significa lo anterior que si de profesional de la actividad comercial hablamos debemos concluir que nos referimos a las personas que se dedican a la actividad mercantil, de lo cual se infiere sin mayor esfuerzo que el derecho mercantil tiene carácter profesional por circunscribir como parte de su objeto a las personas que se ocupan de ejercer la actividad mercantil.

No se entiende cómo la doctrina ha querido extender el significado de profesional a los conocimientos, capacidad o capacitación que requiera el sujeto. Como lo hemos afirmado en repetidas ocasiones, el derecho comercial es hecho para los comerciantes y siendo ellos quienes profesan la actividad mercantil debe decirse que la ejercen, sin que requiera especiales calidades o cualidades, para calificarse como profesional.

Obviamente, dado los avances organizacionales, tecnológicos, técnicos y hasta científicos, muy seguramente tendrá mejores condiciones para su ejercicio

⁷⁴ Pinzón, ob, cit, p. 79

quien posea los conocimientos teóricos o prácticos, los que no serán esenciales para ejercer la actividad.

2.2.4. Ordenamiento especial

Resulta evidente que el derecho mercantil se ocupa de una materia que corresponde a una especie del género formado por el derecho común.

“El derecho comercial presenta un conjunto de normas que no son repeticiones ni conclusiones de las del Código Civil, sino normas nuevas y diferentes que se encaminan a regular fenómenos igualmente nuevos y distintos de los que contempla el Código Civil y que solo tienen en común con ellos el género próximo del cual participan”⁷⁵.

No obstante, debemos reconocer que existen tendencias unificadoras del derecho civil con el derecho mercantil, donde éste se ocupe de las obligaciones y contratos, de la empresa, del comerciante y de las sociedades dejando al primero el régimen de personas, obligaciones y responsabilidad civil extracontractual y sucesiones, dando lugar a un nuevo derecho común.

De hecho nuestro país no es ajeno a esta tendencia en la cual inició su aplicación al integrar el régimen de sociedades de forma que la ley mercantil le es aplicable a las sociedades de naturaleza civil⁷⁶.

⁷⁵ Madriñán de la Torre, ob, cit., p 33

⁷⁶ Ley 222 de 1995

2.2.5. Derecho de organización de la empresa con amplia influencia social

Seguiremos en esta característica al profesor Medina Vergara⁷⁷, quien expresa: “La tendencia actual apunta a una creciente “institucionalización” de la gran empresa, favoreciéndose la vinculación del poder de dirección de la misma al servicio de intereses sociales y colectivos. Igualmente, se percibe ...una mayor “democratización” de la unidad económica, por presentarse incremento en la participación social que se traduce en el vínculo cada vez mas estrecho entre ésta y la comunidad en la cual se desenvuelve, y en la información, concebida como la publicidad ante los diferentes círculos de interés ligados a la suerte de la empresa”, como se analizará a continuación.

2.3. Nuevas tendencias

Hemos señalado que se reclama el silencio del jurista frente a una teoría jurídica de la empresa. Igualmente debemos aceptar que la sociedad anónima surgió como un coloso de la concentración de capitales, como oposición a las sociedades de personas que florecieron inicialmente. Aceptemos con Marx que lo económico determina lo social y lo político, con el propósito de resaltar que el surgimiento del individualismo y del capitalismo marcaron un camino en la evolución del derecho.

Todo lo anterior para que sirva de apalancamiento para la construcción de un modelo que tiende a desarrollarse. Ya mencionamos al referirnos a la noción de derecho

⁷⁷ Ob, cit., p.110

mercantil que a ésta rama del derecho le esperan tiempos difíciles.

Debemos preguntarnos: La empresa se desarrollará en el marco jurídico bajo las características del comerciante? Bajo las características de sociedad?

De la empresa se debe ocupar el derecho mercantil únicamente, generando una diversidad de reglas y principios, en ocasiones contrarios que la ponen en peligro, a lo cual deben huir los Estados cuando sobre ella constituyen la base de su desarrollo económico, como el nuestro.

Veamos, el derecho comercial regula a la empresa en su condición de comerciante, pero en sus relaciones con sus trabajadores es el derecho laboral, quien entra a regularla y en su condición de particular pasa a ser destinatario del derecho económico. No olvidemos que también es contribuyente y constituye una de las mayores fuentes de recursos del erario.

Por otro lado, la internacionalización de los negocios hace a la empresa sujeto de nuevas legislaciones, de nuevos derechos comunitarios o sencillamente bilaterales.

El anterior panorama impone pensar en torno a la viabilidad de la unificación bajo un solo sistema jurídico que integre las diversas reglas y principios fortaleciendo la empresa, y de contera a la sociedad.

La tendencia evidente de la democratización accionaria y la incorporación de los trabajadores en la gestión de la empresa están llamados ambos fenómenos a reconstruir la teoría general de la sociedad anónima y el derecho laboral.

Como dijimos, una eventual identidad entre el comerciante y la empresa conduciría a la desaparición gradual del comerciante y al fortalecimiento empresarial. Ya la empresa unipersonal es un paso en esta dirección.

Pero cada día se irá perdiendo mas y mas esa naturaleza del derecho mercantil de haber sido hecho por y para los comerciantes. La excesiva legislación en su favor, en ocasiones lesiva de la sociedad, del trabajador y del consumidor, está llamada a cesar. No cabe duda que la excesiva concentración de capitales y la fusión de gigantes de la producción, de la intermediación financiera, de la industria, en fin de la empresa, puede poner en riesgo el futuro del derecho mercantil que deberá ceder frente al derecho de la empresa, en el cual el protagonista no será el comerciante. Será el empresario y la actividad no será mercantil sino económica.

3. FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

3.1. Aspectos preliminares

Resulta necesario detenernos en torno a un tema de tanta importancia en el estudio del derecho mercantil, como es el de sus fuentes, en la medida que, generalmente, las fuentes de derecho se estudian en el primer año, de forma que, no pocas veces, pasa un tanto desapercibido por el estudiante, ya por lo novel, ya por lo inexperto, ya por el cambio, en fin, son múltiples las razones que generan en la mayor de las veces la inadecuada atención a tema tan determinante para el abogado, el que debemos circunscribir a esta rama especial del derecho común. Máxime cuando la noción no logra unificar los diversos criterios existentes.

Siguiendo al profesor Monroy Cabra⁷⁸, “la palabra *fuentes* designa las causas de creación del derecho. Igualmente se le ha atribuido el sentido de fundamentos de validez de las normas jurídicas.” Kelsen encontraba las fuentes del derecho en la misma norma jurídica, como quiera que sirve de validez a su creación. Pero refiriéndonos a la acepción relativa a la creación, nacimiento o causa de creación, el profesor concluye que “todas las fuentes son hechos sociales, en los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses. El juez busca orientación en las fuentes para resolver el caso, para captar su sentido jurídico y su proyección social, ya que de todas maneras se trata de resolver un conflicto real en una sociedad determinada.”

⁷⁸ Ob. cit., p. 28.

Hay que precisar las diversas posiciones que puede adoptar el operador jurídico para nutrirse de las fuentes: el legislador, el juez o el particular. Durante la última centuria surgió un movimiento iusfilosófico que ha pretendido acercar el derecho a la realidad social, conduciendo el análisis de las fuentes con preponderancia hacia el operador judicial, colocando su decisión como el centro de atención para el estudio del derecho. El operador judicial, protagonista indiscutible en el derecho consuetudinario estaba relegado en el sistema jurídico europeo continental y, por lo mismo, en el derecho latinoamericano. Aportes científicos liderados por el argentino Carlos Cossio han introducido en el estudio del derecho latinoamericano el análisis de la actividad judicial como elemento indispensable para el entendimiento del derecho. No obstante el invaluable aporte del realismo jurídico, no debemos limitar el estudio de las fuentes del derecho a las que utiliza el juez para llegar a sus decisiones, pues no menos importante es la tarea del operador jurídico encargado de legislar y del operador particular cuya misión es contribuir en el estudio del derecho desde su privilegiada posición.

Debemos reconocer que el legislador se encuentra limitado ostensiblemente por su posición política, pero en su carácter de representante del pueblo tiene la mayor responsabilidad de velar por elevar a norma escrita el comportamiento social que considera relevante en el mundo jurídico, sin descuidar la integración del sistema, es decir, que la norma que formaliza armonice con todo el ordenamiento jurídico existente. Es el encargado de elevar a norma escrita aquello que considera debe formar parte del ordenamiento jurídico y para ello requiere de conocimientos científicos jurídicos que únicamente encuentra en la doctrina. Sistemas jurídicos como el

nuestro, cuya fuente primordial es la ley, requieren de un legislador eficiente, realista y por sobre todo jurista. Acercar el derecho a la realidad social no se logra mediante decisiones judiciales sino mediante una normativa ajustada a dicha realidad. Contrario a la opinión de algún sector de la doctrina latinoamericana, el juez no podrá “torcer” la norma irreal hasta el punto de convertirla en real sin vulnerar el ordenamiento mismo, so pretexto de acercarla a la realidad social.

Ahora bien, como generalmente el legislador no es un jurista, le corresponde rodearse del operador particular para que le facilite su labor. No de otra forma se podrá salir del ostracismo de la norma que se torna carente de eficacia al ser desconocida por su destinatario.

Aclarado lo anterior, tratemos de precisar que por fuentes del derecho vamos a entender aquellas herramientas o mecanismos de que dispone la ciencia del derecho para nutrirse así misma, no sólo en sus orígenes sino en su dinámica. Pero esta noción ya nos plantea un interrogante: Las fuentes del derecho se encuentran dentro del derecho mismo o por constituir su origen se deben ubicar por fuera del sistema jurídico?

Dependiendo de la respuesta deberemos observar las diferentes corrientes o escuelas que han resuelto el interrogante de manera diversa. Estos conceptos deben traerse al presente curso para edificar sobre ellos el tema.

Tradicionalmente se ha reconocido que las fuentes del derecho son la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia. Sobre esta clasificación se han construido variantes que pretenden profundizar la materia, de forma que se habla de fuentes formales como procesos de

manifestación de normas jurídicas, para incluir dentro la ley; y, materiales como hechos de la vida social.

La teoría egológica del derecho puso de manifiesto lo inocuo de esta división y afirma la integración formal material de las fuentes del derecho. No obstante mostrar la Corte una tendencia acogedora de esta teoría, en sentencia C-131-93 expreso:

“Las fuentes del derecho pueden ser formales o materiales. Las primeras son los cauces por los que se expresa el derecho. Las segundas son los hechos sociales que suministran el contenido del derecho. Ejemplo de las primeras son la ley, los contratos y la costumbre. Ejemplo de las segundas son la economía, la realidad social y política. En el caso que ahora ocupa a la Corte se trata de las fuentes formales del derecho.

*...
Las fuentes están pues constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía:*

-Fuente obligatoria: el "imperio de la ley".

-Fuentes auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Ahora bien, por la expresión "imperio de la ley" debe entenderse ley en sentido material -norma vinculante de manera general- y no la ley en sentido formal -la expedida por el órgano legislativo-. Ello por cuanto, ..., la primera de las normas es la Constitución- art. 4° CP-.”

Madriñán de la Torre⁷⁹ sostiene que “pueden definirse como fuentes formales del derecho comercial, los medios

⁷⁹ Ob. cit., p. 35 ss.

a través de los cuales se manifiestan los preceptos que regulan las relaciones nacidas de los actos calificados como mercantiles y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”, para luego precisar que “son los signos de expresión externa” del derecho mercantil, para así poner de presente que el derecho civil no constituye una fuente de aquel, como parece deducirse de la noción inicial. Para el maestro son fuentes formales del derecho comercial en Colombia la ley y la costumbre, al paso que no lo son la doctrina y la jurisprudencia “porque en el sistema nacional estas formas carecen de poder vinculatorio alguno, siendo “solo auxiliares, apreciables en sí, por el valor intelectual que implican, en la elaboración de las disposiciones legales, y en la actividad del juez y del intérprete, mas no tienen el carácter de fuentes independientes que alimenten por sí solas el ordenamiento jurídico”, como consecuencia del método empírico de formación de esta rama del derecho, “ajeno a las concepciones abstractas, en el cual los hechos son su mas fecunda fuente real”

Medina Vergara⁸⁰ clasifica las fuentes en: formales, para referirse a los “medios de manifestarse el precepto o la norma jurídica, de los que surge el derecho objetivo como declaración de voluntad colectiva” para asignarle tal calificativo a la ley y a la costumbre; materiales, “que sirven para integrar el sentido de la norma jurídica, para fijarlo o delimitarlo”, nacen de la realidad y “giran alrededor del ámbito social, ético y filosófico”, señalando como tales a “la tradición, la naturaleza de los hechos, la utilidad o necesidad sociales, la opinión popular, la doctrina de los tratadistas”; históricas, “referidas a los medios de conocer el contenido de una norma jurídica,

⁸⁰ Medina, ob. cit., p. 111 ss.

como el *Diario Oficial*, que, además, permite que una ley adquiera eficacia al publicarla”.

Resulta interesante advertir que para Medina no son fuentes del derecho mercantil la jurisprudencia, por cuanto solo estudia, aplica e interpreta el derecho, desconociendo que el juez pueda crearlo, como parece aceptarlo buena parte de la doctrina; la equidad, los principios generales del derecho, ni la ley extranjera y, al igual que Rocco, Pinzón y Madriñán, tampoco el código civil.

Como puede observarse, las opiniones de la doctrina son unánimes en reconocer el carácter de fuente a la ley y a la costumbre, pero surgen diferencias al asignar tal calificativo a la jurisprudencia y a la doctrina.

Podría concluirse que cuando por fuentes entendemos el origen o principio –de donde nace- del derecho las únicas serán las que el profesor Medina Vergara denomina materiales, pues “nacen de nuestra realidad porque el derecho mercantil es una categoría histórica y socio económica que sólo podemos manejar y entender a cabalidad cuando hemos previamente aprehendido la realidad de nuestra historia, de nuestra estructura social y de nuestra economía. En el derecho mercantil hay que adentrarse en el estudio de las técnicas que regula y de los principios económicos que las han originado. Es importante entender la manera de actuar del comerciante y la forma de realizar sus actividades. Para el mercantilista tiene mucha importancia conocer a cabalidad el conjunto de las relaciones humanas comerciales que la ley regula y por ello es fundamental sumergirse en la estructura interna del comercio en búsqueda de las razones específicas o propósitos

concretos que motivaron la aparición de las normas mercantiles”⁸⁰.

Si las fuentes del derecho mercantil en Colombia se estudian como los medios de que dispone el legislador para cumplir con su deber, no cabe duda que será la conducta humana interrelacionada, la que habrá de tenerse en cuenta para elevar a norma escrita aquella que el comportamiento social ya elaboró empíricamente, acompañada de la ley formal con el propósito de incorporarla mediante la integración, lógica y coherente, al sistema jurídico. Dicho comportamiento deberá ser analizado desde las distintas ciencias que estudian la sociedad, pues no de otra manera se podrá comprender, interpretar y, de contera, normatizar.

Pero si por fuentes debemos entender los medios de que dispone el juez para adoptar sus decisiones, al menos en Colombia, sólo el ordenamiento jurídico le servirá a tales fines, contando con criterios que lo auxilian en la fijación del alcance de la norma o para llenar las lagunas que pudieren existir, dentro de los cuales juegan un papel importante la doctrina, la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho, el *ius cogens*, la moral, etc.

Como arriba lo indicamos, nosotros entendemos el concepto de fuentes como aquellas herramientas o mecanismos de que dispone la ciencia del derecho para nutrirse así misma, no sólo en sus orígenes sino en su dinámica, que se encuentran a disposición del jurista para el cumplimiento de su labor, ya sea elaborando la norma escrita, como juez o como intérprete particular e independiente. De forma tal que serán fuentes del

⁸⁰ Ob. cit., p.113

derecho mercantil los hechos sociales, la conducta humana interrelacionada y el ordenamiento jurídico. Todos los demás constituyen criterios auxiliares, que pueden denominarse fuentes, en la medida en que constituyen herramientas para el operador pero sólo en la medida que sirven para analizar, comprender y fijar el sentido o alcance de las fuentes principales.

Las fuentes del derecho pertenecen, únicamente, al sistema jurídico?

En torno al tema, en decisión C-083/95, la Corte Constitucional se pronunció profundamente, razón por la que transcribimos en extenso:

*“¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático?. No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.*

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fé entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fé como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado

"por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe."

Y a continuación puntualiza:

"6.2.6. Los principios generales extrasistemáticos. Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que

no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él" Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador.

Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Si un juez, en la situación límite antes descrita, recurre a la equidad como fundamento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso sub judice su concepción de lo que es la justicia, construyendo a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo,

sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado. Los artículos 4° y 5° de la ley 153 de 1887 resultan, así, corroborados por la nueva Carta.

Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo 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 aún 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 sólo al recurso de casación la virtud de generarla."

El magistrado Eduardo Cifuentes suscribió la sentencia, haciendo la siguiente precisión en punto al tema que se analiza:

"Entre otros aspectos valiosos de la sentencia, es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de la aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. En este sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en

principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado (p.18), es una exigencia que no cabe predicar sólo en el ámbito extrasistemático - cuando el juez ha agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo - sino que rige igualmente en el plano sistemático o intrapositivo.

Considero que el artículo 230 de la C.P., en su sentido más profundo, persigue orientar la aplicación e interpretación del derecho, de modo que ella se lleve a cabo con arreglo a la ley, pero tomando en consideración que la misión irrevocable del juez es articular una solución adecuada para el caso singular, lo cual sólo es posible actualizando el sentido de las normas a partir de la realidad que se pretende regular.

Interpretado el artículo 230 de la C.P. como una unidad, los jueces no sólo deben atender a la ley o derecho positivo sino precisar su significado en cada situación concreta con apoyo en los criterios auxiliares de su actividad. La solución adecuada que el juez debe encontrar en el ordenamiento jurídico, unido a la sabida complejidad y peculiaridad de la realidad social y de cada situación concreta, exigen permanentemente del derecho y de sus operadores la utilización de criterios valorativos y de ponderación. Sólo así, el mencionado precepto, adquiere relevancia plena como eslabón esencial del propósito constitucional, confiado a los jueces, de realizar sus contenidos sustanciales.”

De lo anterior se colige, en principio, que en nuestro ordenamiento jurídico, las fuentes del derecho no solo se encuentran en el propio sistema sino que es factible ubicarlas haciendo uso de los llamados criterios auxiliares que resultan siendo extra sistemáticos.

El problema entonces toma visos diferentes: Cuándo debe el Juez acudir a los criterios auxiliares? De la sentencia citada, podría concluirse que el Juez dispone de un criterio auxiliar al cual puede acudir cuando su leal saber y entender así le indica, permitiendo un ámbito discrecional bastante amplio, en nuestro sentir, peligroso. Otra pregunta que debemos plantearnos es si el Juez puede acudir a otras fuentes diferentes a las señaladas por la Constitución Política en el artículo 230, como la moral, la axiología o la economía? La doctrina constitucional colombiana parece acoger una respuesta afirmativa.

Los anteriores interrogantes nos permiten afirmar que el tema de las fuentes del derecho no se puede abordar simplemente mediante su clasificación, numeración y noción, pues requiere un esfuerzo mayor. Mas profundo y preciso, que el estudiante debe asumir a fin de obtener la solución a los problemas jurídicos que encontrará en su quehacer académico.

Veamos algunas consideraciones:

Para Hart⁸¹ el derecho como sistema de reglas debe girar en torno a la regla de reconocimiento, de forma que el juez está obligado a encontrar en el sistema la fuente de su decisión, estando facultado para utilizar su discrecionalidad pero siempre validando la norma con la “*rule of recognition*” cuya fuente es totalmente empírica, expresada en la practica general y, por tanto, basada en

⁸¹ HART nos habla de tres reglas que han de tenerse en cuenta. La regla de adjudicación, que permite al juez aplicar determinada regla y la regla de cambio que señala el derrotero para modificar las reglas son las dos adicionales a la regla de reconocimiento indicada.

su aceptación por la comunidad. Aunque similar a la norma básica o fundamental de Kelsen⁸², sustancialmente diferente por su fundamentación normativa; el paso del ser al deber ser a través de la promulgación y la eficacia social.

Pero en qué consiste la aceptación por la comunidad de la regla de reconocimiento que propone Hart? Es evidente que no es la mera obediencia, como advierte Dworkin⁸³, pues de ser así las normas del régimen nazi serían reconocidas como derecho, lo cual resulta aberrante al admitirse que están basadas en el temor. Dworkin introduce el argumento de los principios para exigir al juez la búsqueda de una decisión correcta únicamente posible cuando se determinan criterios para la aplicación de tales principios que, en desarrollo de la praxis interpretativa que debe ser tenida en cuenta, conducen a la existencia de un vínculo necesario entre el derecho y la moral. Aquellos casos no previstos por la norma, que él llama “difíciles”, deberán ser resueltos por el juez acudiendo al argumento de principios, que Carrió, en todo caso, denomina jurídicos por estar llamados a integrar el sistema, así no pertenezcan al Derecho.

La definición de derecho adoptada por Alexy⁸⁴ plantea claramente que en el ámbito de apertura del derecho “todo aquello en lo que se apoya o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho”, de forma que “Al derecho pertenecen tanto aquellos argumentos con los cuales quienes lo aplican apoyan fácticamente sus decisiones, también cuando ellas no satisfacen la

⁸² Kelsen, ob. cit.,

⁸³ Dworkin, ob. cit., p.37.

⁸⁴ Alexy, ob. cit., p. 123

pretensión de corrección, como aquellos argumentos en los que deberían apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección”.

Como se puede observar, para los positivistas la existencia de principios es aceptada siempre que aquellos estén incorporados al sistema jurídico; para los no positivistas pueden ubicarse dentro o fuera del sistema. En un sistema jurídico desarrollado se llega a negar, incluso, la existencia de lagunas por la elemental razón que los principios están incorporados en el sistema, pero ello no descarta que exista una conexión del derecho con la moral, fuente natural de dichos principios que generalmente giran en torno a la calificación de injusticia de una norma. No obstante, el operador jurídico deberá enfrentarse a casos en los cuales no encuentra norma legal aplicable (casos difíciles) o encontrando norma no hay claridad sobre su interpretación correcta (casos dudosos) y, por estar obligado a decidir, debe acudir a los principios, incorporados o no al sistema, para lo cual, deberá hacer uso de la ponderación, a fin de establecer si dicho principio obedece o no a la moral correcta y, para ello, cuenta, únicamente, con la pretensión de corrección, que le permite tomar una decisión ajustada a derecho.

La regla de reconocimiento de Hart no es suficiente herramienta para el operador obligado a decidir un caso difícil, pero el argumento de los principios de Dworkin no alcanza a encontrar la decisión correcta en un caso difícil, de forma que surge el argumento de la ponderación de Alexy⁸⁵ como herramienta que conducirá a determinar la pretensión de corrección en los casos dudosos, que

⁸⁵ Ob. cit. p. 203 ss.

coloca la idea de una moral correcta como el ideal al que un sistema jurídico debe aspirar.

Nuestra Corte Constitucional acepta la estrecha relación entre moral y derecho al sostener: *“No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia.”*, pero parte del supuesto de que se trata de sistemas diversos. Así se pronunció en sentencia C-224/94:

“La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos.

Pero entre ellos existen diferencias que la filosofía jurídica contemporánea señala: la moral es unilateral, en tanto que el derecho es bilateral; la moral gobierna el ámbito interno, y el derecho es externo; la coercibilidad, es decir, la posibilidad de hacerlo cumplir mediante la fuerza, es propia del derecho, y falta, por el contrario, en la moral. Kelsen afirma que la coacción es un elemento esencial del derecho y al señalar las diferencias entre éste y la moral, dice: “La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria... Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el

caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo". ("Teoría pura del derecho", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1983, págs. 79 y 81).

Pero, de las diferencias entre la moral y el derecho, no puede deducirse que exista entre ellos una separación absoluta, pues la realidad es la contraria. Al respecto se lee en Josserrand: "El derecho y la moral.-Son innumerables los puntos de contacto entre estas dos disciplinas-puntos de contacto que se convierten a veces en puntos de razonamiento-: emanan una y otra, de la conciencia humana; son ambas productos sociales; tratan igualmente de suministrar al hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: quid leges sine moribus? es tan solo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda". ("Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, 1952, Tomo I, vol. I, pág. 5).

Sobre las relaciones entre la moral y el derecho, escribió Georges Ripert la obra clásica de "La regla moral en las obligaciones". Allí se lee: "Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la

moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 6o. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales". ("La regla moral en las obligaciones civiles", Georges Ripert, Eds. Gran Colombia, Bogotá, 1946, pág. 41).

En la legislación colombiana, la alusión a la moral no se encuentra únicamente en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887. Está en otras normas del Código Civil, con la denominación de buenas costumbres, o con la referencia expresa o tácita a la moral:

a) Según el artículo 16, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres";

b) El artículo 1537 se refiere a las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales;

c) El artículo 1524 define la causa ilícita como la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público;

d) El artículo 472 autoriza excluír del inventario que debe hacer el guardador al asumir su cargo, los objetos "que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral";

e) El artículo 627 consagra como causal de remoción de los guardadores la "conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo";

f) El artículo 586, ordinal 8o., establece la incapacidad para ser guardadores de "los de mala conducta notoria", pues la "mala conducta" debe valorarse en relación con la moral vigente.

Además, la Constitución se refiere a la moral social en su artículo 34, y consagra la moralidad como uno de los principios fundamentales de la función administrativa, en el 209.

En síntesis: no es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico.

Tercera.-El derecho a la luz de la moral

Por ser la moral y el derecho órdenes sociales distintos, es posible calificar las normas jurídicas como ajustadas a la moral o contrarias a ella. Al respecto se lee en Kelsen: "De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo... Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado

en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica". (Ob. cit., págs. 56 y 57).

En la medida en que las normas jurídicas obedezcan a la moral general vigente, será mayor su cumplimiento. En los Estados Unidos, un profundo conocedor de los fenómenos sociales escribió:

"La causa inmediata de muchos delitos en el sector de cuello blanco es, simplemente, que ahora hay muchas leyes en los libros que no son sentidas de corazón. La gente obedece esas leyes, no porque sienta que esto es moralmente justo, sino porque tiene miedo de que la atrapen. Como "la prohibición", los impuestos sobre la renta, las regulaciones en tiempos de guerra y los controles de precios, que existen sin el apoyo de una firme convicción moral. Es simplemente ilegal defraudarlos, pero muchas veces se considera hábil hacerlo.

"Las leyes sin convicciones morales que las apoyen invitan al delito, pero lo que resulta mucho más importante, alientan el desarrollo de una actitud oportunista, amoral". (C. Wright Mills, "Diagnóstico de nuestro malestar moral", en "Política, poder y pueblo", Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 261).

En conclusión: la moral es una realidad social diferente al derecho pero relacionada con éste. Y que, en algunos casos y dentro de ciertos límites, le sirve de sustento.”

Se plantea, entonces, el argumento de los principios como una alternativa de solución al problema que, para los positivistas, al no poderse decidir -ya un caso difícil, ya un caso dudoso- sobre la base del derecho positivo, debe acudirse a pautas no jurídicas o extra jurídicas, pues sostiene que “el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria entre el derecho y la moral”⁸⁶.

Quedan, en conclusión, dos alternativas: o bien se acepta que el juez puede hacer uso de criterios extra sistemáticos; o, bien éste debe limitarse única y exclusivamente a considerar las pautas jurídicas. Puede argumentarse que los criterios auxiliares constituyen pautas jurídicas y por tanto pertenecen al derecho. En la actualidad nadie sostiene que la labor del intérprete debe someterse exclusivamente a la ley escrita y los positivistas han abierto su ámbito a lo que se ha dado en llamar sistema, que involucra la totalidad del ordenamiento jurídico.

Se incorporan al sistema el concepto de valor que, junto con los principios y el ordenamiento lo integran como un todo, armónico y coherente.

⁸⁶ Alexy, citando a Dworkin y a Bydlinski, ob, cit, p. 74. Hart igualmente acepta de tesis de la apertura del derecho positivo.

3.2. El imperio de la ley

Siguiendo el artículo 230 C.P.: *"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."*

Ya la Corte Constitucional fijó el alcance de la expresión "Ley" en sentencia C-486 de 1993, en la que expresó:

"17. Rechazada la tesis de los actores de limitar el vocablo "ley" que aparece en el primer inciso del artículo 230 de la CP al concepto de ley en sentido formal y establecido que su campo semántico no es otro que el de la totalidad del ordenamiento jurídico, resta precisar el propósito de la norma constitucional.

18. La enfática prescripción del artículo 230 de la CP-"los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley"-, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

*La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un **orden justo** (CP art. 2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones,*

instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho se aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.

La independencia de los jueces no tiene el significado de privilegio ni de abierta exoneración de responsabilidad. Esa independencia, lejos de ser una invitación a la arbitrariedad, es el medio que resguarda su autonomía e imparcialidad para poder proferir sentencias justas y conforme a derecho.

19. El estado de derecho no se concibe si la función judicial no se ejerce de manera independiente y si las normas que componen el ordenamiento dejan de vincular a los órganos que las ponen en vigencia. La aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba asimismo el estado de derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento-desligado de toda injerencia de los demás poderes-para definir la causa si lo que se

quiere es que el estado de derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente.

20. La garantía funcional aquí tratada es complementada en la Constitución con otra de tipo orgánico que se instituye a través de la asunción de las tareas administrativas y disciplinarias de la rama judicial por un órgano perteneciente a ésta-Consejo Superior de la Judicatura-, la organización de la carrera judicial, la forma de designación de los jueces, las normas sobre impedimentos e inhabilidades, así como de otras previsiones de naturaleza semejante que en su conjunto aseguran la independencia y autonomía de los jueces frente a las restantes ramas del poder público.

21. Como garantía institucional de la independencia judicial el principio de sometimiento del juez al imperio de la ley consagrado en los artículos 228 y 230 de la C.P., incorpora una regla de aplicación del derecho y tiene, por tanto, como destinatario de la misma a la autoridad judicial.

No obstante esa garantía de igual manera entraña una seguridad para las personas que pueden contar con la independencia de los jueces y la previsibilidad cierta de que sus providencias sólo se dictarán a la luz del ordenamiento jurídico. En caso contrario, las personas pueden, en los términos de la ley, recurrir esas providencias y a través de los jueces competentes ejercer un control sobre las mismas.”

La doctrina constitucional nos enseña que el significado dado por la C. P. a la expresión “Ley” va mucho mas allá de la simple norma formal para referirse a un sistema jurídico conformado además por los valores y principios.

Consideramos que en este punto, debemos referirnos al modelo reglas/principios/procedimientos, pues, siguiendo a Alexy⁸⁷, “ni los principios ni las reglas regulan por sí mismos su aplicación. Ellos representan tan solo el costado pasivo del sistema jurídico. Si se quiere tener un modelo completo, hay que agregar al costado pasivo uno activo, referido al procedimiento de la aplicación de las reglas y principios. Por tanto, los niveles de las reglas y los principios tienen que ser completados con un tercer nivel. En un sistema orientado por el concepto de la razón práctica, este tercer nivel puede ser sólo el de un procedimiento que asegure la razonabilidad.”

Ya sea por que aceptemos que los principios al ser utilizados por el juez ingresan al mundo jurídico, ya sea por que seamos partidarios de la vinculación del derecho con otros ámbitos del conocimiento, especialmente con la moral, lo cierto es que el operador no puede abstenerse de brindar solución al caso que se le ha propuesto y para ello, no tiene camino diferente que someterse al imperio de la ley. Citando a Dworkin⁸⁸ “Vivimos dentro y según la ley. Ella nos convierte en lo que somos: ciudadanos y empleados, doctores y cónyuges, personas que poseen cosas. La ley es espada, escudo y amenaza: insistimos en nuestro salario o nos negamos a pagar la renta, o nos vemos forzados a pagar multas o nos encierran en la cárcel, todo en nombre de lo que nuestro etéreo y abstracto soberano, el derecho, ha decretado. Y discutimos sobre lo que ha decretado, a pesar de que los libros donde supuestamente están registradas sus órdenes y directivas son silenciosos: actuamos entonces como si el derecho hubiera murmurado su sentencia, en voz demasiado baja como para ser escuchada con

⁸⁷ Ob.cit. p 172

⁸⁸ Ob. Cit., p 11

claridad. Somos súbditos del imperio de la ley, vasallos de sus métodos e ideales, amarrados de espíritu mientras debatimos qué debemos hacer”.

Al imperio de la ley pertenecen todas las normas que llamaremos jurídicas por servir al derecho, es decir, el sistema jurídico; advirtiéndose que debe atender la pretensión de corrección, toda vez que “los sistemas de normas que no formulan explícita o implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos”⁸⁹, legalidad conforme al ordenamiento constitucional socialmente eficaz y el procedimiento para su aplicación; elementos incorporados al concepto elaborado por Alexy, para quien “El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta constitución y que poseen un mínimo de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”.

En los siguientes términos lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia que se transcribe en lo pertinente⁹⁰:

“Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes,

⁸⁹ Alexy, ob.cit. p 123

⁹⁰ Sentencia C-486/93

no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitando, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada-la "ley" captada en su acepción puramente formal-sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo

sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico(Cart. 16)".

Puede concluirse, entonces, que *"por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo"*⁹¹; pero esta conclusión nos plantea un nuevo interrogante: el ordenamiento jurídico llena la totalidad de situaciones que se presentan en una sociedad, de forma que no existen vacíos o lagunas que deban ser llenadas para la solución de los casos? En general la doctrina reconoce su existencia; como lo señalamos antes, Dworkin nos habla de los casos difíciles⁹² para hacer referencia a aquellos que no tienen ley aplicable. Alexy reconoce expresamente la existencia de lagunas⁹³.

La Corte Constitucional se pronunció al respecto en la sentencia C-083/95 así:

"El hecho de que la ley consagre formas jurídicas de regulación de la conducta, originadas en fuentes distintas de la propia legislación, plantea el clásico problema, axial dentro de la teoría del derecho: ¿hay lagunas en el ordenamiento? Como no es la sentencia un espacio adecuado para la práctica de ejercicios escolares, deja de lado la Corte el examen de un sinnúmero de doctrinas que al respecto se han elaborado, y responde desde la perspectiva que juzga correcta y pertinente para el caso que se analiza: en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces. La fina elaboración, hito sobresaliente en una larga cadena de propuestas que han enriquecido y paulatinamente mejorado la teoría jurídica, pertenece al jusfilósofo argentino

⁹¹ Sentencia C-224/94; C-486/93

⁹² Ob.cit, p.

⁹³ Ob, cit, p. 167

Carlos Cossio⁹⁴, quien la ha expuesto de modo persuasivo y lógicamente impecable. Señalará la Sala los aspectos relevantes para el caso que se examina.

Lo primero digno de destacarse en la teoría de Cossio, es que subraya el hecho innegable de que el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es. A diferencia de las otras normas que simplemente se observan o no, las normas jurídicas se aplican, ha dicho Kelsen en su propósito de discernir el derecho de los demás sistemas reguladores de la conducta humana. El juez no puede menos que fallar, halle o no en el ordenamiento elementos que le permitan justificar

⁹⁴ Cossio fue el creador de la teoría egológica del derecho, según la cual éste no es “norma” sino objeto cultural y ese objeto es la conducta humana en interferencia intersubjetiva, correspondiéndole a la moral la interferencia subjetiva, separando de esta forma el ámbito de aplicación del derecho del de la moral. La norma deja de ser el objeto del derecho para convertirse en la lógica de su pensamiento. Esta concepción lo lleva a negar la existencia de lagunas, al igual que Kelsen, bajo el axioma ontológico del derecho según el cual lo que no está prohibido está permitido, trascendiendo lo que él considera la lógica jurídica del maestro austriaco para sostener ontológicamente que la conducta humana que no esté prohibida se encuentra permitida. Siendo la conducta el objeto del derecho, la axiología debe estar incorporada al sistema, pues los valores corresponden intrínsecamente al objeto del derecho. La teoría egológica entró en decadencia y actualmente goza de muy pocos adeptos, pese a que corresponde a la tendencia de la principios de XX que agrupó a varios juristas bajo la denominación genérica de realismo jurídico, revaluando a la sentencia y concediendo a la actividad judicial su papel preponderante. Cossio influencia así con su teoría el derecho argentino y latinoamericano, de la cual Colombia no es la excepción como se puede advertir en la sentencia de la Corte que se analiza. Sería provechoso rescatarla.

su decisión. No es correcto pensar, como a menudo se piensa-verbigratia-, que el juez colombiano se encuentra constreñido al fallo porque así lo dispone el artículo 48 de la Ley 153 de 1887, cuyo texto dice:

"Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

Lo que de la norma transcrita se desprende es el deber jurídico de no observar ese tipo de conducta. Pero aún observándola, el juez habrá decidido y de su decisión se seguirán, inexorablemente, consecuencias jurídicas. A título de ejemplo: Si A demanda a B y el juez arguye que no encuentra en su legislación artículo alguno que le permita fundar un pronunciamiento, y en consecuencia se abstiene de decidir, simplemente, habrá absuelto a B de los cargos formulados en la demanda.

Porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario. El caso extremo de alguien que asumiera el cargo de juez y nunca asistiera a su despacho ni firmara una providencia, es concluyente: de su conducta omisiva se estarían siguiendo diariamente consecuencias jurídicas inevitables, jurídicamente imputables a la inacción del juez y precisamente originadas en ella.

Porque decidir, para quien tiene la calidad de juez, no es un mero deber sino algo más: una necesidad ontológica. Normas como el artículo 48 de nuestra Ley 153 de 1887 se encuentran en casi todas las legislaciones, pero su sentido no es otro que el de establecer un reproche jurídico a ciertas conductas judiciales que se estiman indeseables. Pero que el

juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ópticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas: porque habiendo jueces (y tiene que haberlos) ninguna conducta puede escapar a la valoración jurídica concreta”

En nuestro sentir la Corte elude el problema planteado pues siguiendo a Cossio incurre en el mismo error que el maestro: desconoce que la laguna existía y fue cerrada por el juez en ese caso concreto, pero persiste en el ordenamiento, pues esa decisión no se torna en precedente y por tanto no es generadora de derecho como se analizará más adelante.

Le asiste razón al Magistrado Gaviria en su salvamento de voto cuando expresa que “La plenitud hermética del ordenamiento jurídico es una tesis que podría aceptarse únicamente en términos relativos. La "plenitud" o el "vacío", por ser términos relacionales, no pueden tratarse como cualidades o defectos absolutos del sistema. El recurso al juez para garantizar la resolución jurídica de las controversias desplaza la pregunta por las características del orden jurídico al problema de su aplicación y, concretamente, al deber de administrar justicia”.

La historia nos demuestra que en un sistema jurídico basado en un modelo de reglas, propio de los positivistas, de los cuales pueden destacarse Kelsen y Hart, las lagunas existen. La realidad nos enseña que el legislador no cesa en su tarea, prácticamente permanente, precisamente porque no todo ha sido legislado, razón por la que existen los casos difíciles así como los casos dudosos. “Aún en el caso de una legislación óptima y de

un perfecto manejo de las reglas y de las formas de interpretación jurídica, no puede garantizarse ninguna determinación y seguridad permanentes del derecho. La determinación y la seguridad son, en este modelo, un asunto de todo o nada. O bien el operador judicial está estrictamente vinculado o no lo está en absoluto. Por ello, necesariamente, los modelos de reglas puros presentan lagunas”⁹⁵.

Un sistema basado en el modelo de reglas/principios en el que se conserva la fuerza vinculante de las primeras y siempre existen principios a los que se recurre, “no hay en él ningún caso posible que no pueda ser decidido sobre la base de criterios jurídicos”, de forma tal que se acepta, por principio, al existencia de lagunas, solucionables mediante la jurisprudencia de conceptos.

Finalmente, el modelo ya mencionado, de reglas/principios/procedimientos, ofrece otro método para el cierre de las lagunas, mediante el aseguramiento de un máximo de razón práctica en el derecho, que constituye el objeto de la teoría de la argumentación jurídica propuesta por Alexy.

Pero, en cualquier modelo se acepta la existencia de lagunas; en lo que difieren es en el método y el procedimiento para cerrarlas.

Surge, en este orden de ideas, otro cuestionamiento: Cuando no hay norma exactamente aplicable al caso concreto, puede el juez acudir a normas que regulen situaciones semejantes, como pauta o criterio a considerar, teniendo en cuenta que la analogía parece no haber sido considerada por el Constituyente?

⁹⁵ Alexy, ob, cit, p 166

3.2.1. Analogía

Siguiendo al profesor Monroy Cabra, diremos con él que “consiste en aplicar a un caso no previsto en la ley, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando existe la misma razón para resolverlo de igual manera”⁹⁶. No es una fuente del derecho, en cambio, sirve para integrarlo, ayudando a llenar las lagunas de la ley. “La analogía representa una extensión de la ley a casos distintos de los expresamente previstos”.

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de expresarse al respecto en los siguientes términos:

“La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse

⁹⁶ Ob, cit, p. 340

reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley.⁹⁷

Siguiendo a Atienza⁹⁸, la analogía hace gala de varios significados, de forma que no puede hablarse de un concepto de analogía sino de varios: como proporción, es decir como semejanza entre relaciones; como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante; y, como atributo que se predica de ciertos conceptos que no son ni unívocos ni equívocos. La analogía jurídica usa el concepto como argumento en el proceso de interpretación y aplicación del derecho. “El uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación de derecho (...), pero la analogía no es una fuente de Derecho, según la concepción habitual de fuente; lo que aquí puede considerarse *fuentes* (esto es, el antecedente de una determinada norma) no es la analogía misma, sino la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico.

Rocco⁹⁹ reconoce el valor de la analogía en la interpretación y aplicación de la ley comercial, la que

⁹⁷ Sentencia C-083/95

⁹⁸ Atienza, ob. cit. p. 223

⁹⁹ Ob, cit, p. 139

acepta fragmentaria debido a la constante evolución de la actividad mercantil. “No es que con la analogía se creen normas nuevas, sino que se esclarecen las existentes, dentro del sistema, mediante un procedimiento consistente en inducir del precepto expreso para el caso regulado, un precepto mas general del presupuesto, y, por tanto, querido tácitamente por el legislador, que comprende el caso regulado y el que no lo está”.

La importancia de acudir a la analogía en el Derecho Mercantil la reconoce el legislador en el artículo primero de la codificación comercial al expresar que “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.”, labor que deberá hacer el intérprete antes de acudir al código civil, dado su carácter y naturaleza, que conduce al profesor Medina Vergara a afirmar: “La analogía es tanto más necesaria cuanto que recurrir al derecho civil es doblemente peligroso: por una parte está el hecho de que el ordenamiento civil está construido pensando en el acto aislado; de otra, y sin quitar méritos a su concepción, es mucho más anticuado y evoluciona más lentamente; por tanto, su regulación no es apropiada a las relaciones mercantiles.”¹⁰⁰

Debemos concluir, entonces, que la analogía antes que ser una fuente de derecho es una herramienta para su interpretación, de gran utilidad frente a las lagunas de las reglas escritas pero, indudablemente, perteneciente al ordenamiento jurídico y por tanto, debe entenderse incorporada a la ley en el sentido orientado por nuestra doctrina constitucional.

¹⁰⁰ Ob, cit, p. 124

3.2.2. Costumbre

La historia nos pone de presente que las leyes eran impuestas por el jefe o por el comportamiento del grupo, siendo las primeras expresas y tácitas las otras, pero en todo caso leyes¹⁰¹. Inicialmente prevalecieron las costumbres pero con el avance de los órdenes jurídicos surgió la tendencia de escribir las normas por lo que fueron prevaleciendo las leyes escritas en el llamado derecho europeo, mientras las costumbres se impusieron en el derecho anglosajón.

La legislación continental cada día revistió de mayor importancia a la regla escrita. La codificación de Justiniano¹⁰² y posteriormente la promulgación del código civil francés¹⁰³ marcaron momentos históricos que condujeron a ver bajo un solo concepto el derecho y la ley¹⁰⁴, con el consecuente perjuicio a la ciencia jurídica que tamaña semejanza significa. No cabe duda que los procesos de codificación contribuyen en buena medida a mantener estático el ordenamiento jurídico, por la potísima razón que la evolución social es bastante mas acelerada que cualquier proceso legislativo, máxime si de reformas legales se trata.

Las polémicas sobre la codificación han cesado no tanto por su vigencia, como por la realidad de los hechos. La escuela racionalista creada por Descartes en el XII ejerció

¹⁰¹ Carnelutti, ob. cit., p. 51

¹⁰² Organizó un colegio de diez juristas bajo la dirección de Triboniano, para recopilar y reorganizar las leyes romanas, cuyo trabajo se conoce como el "*corpus iuris civiles*", publicado por primera vez en el 529, de cuyas partes se destacan el *Digesto* o *Pandectas* y las *Institutas*.

¹⁰³ El el capítulo sobre la evolución histórica se hace una extensa relación a esta codificación.

¹⁰⁴ Geny, citado por Nieto Arteta, ob.cit., p. 9.

profunda influencia en el proceso codificador del derecho y sirvió de terreno abonado para el surgimiento de la escuela exegética jurídica, para quienes “es posible descubrir la verdad legal, encontrando la verdadera interpretación de las normas jurídicas”¹⁰⁵; la cual, como resulta evidente parte del supuesto que la ley es la correcta por lo que al jurista corresponde interpretarla y aplicarla, siendo su principal preocupación encontrar la verdad interpretativa. “Racionalismo y afirmación de la verdad están íntimamente unidos”. Gény¹⁰⁶ atribuye al método tradicional de interpretación pregonado por los exegetas dos ideas capitales que enuncia así: “1° Bajo el imperio de una legislación (civil) codificada como la nuestra (se refiere a la francesa), toda solución jurídica debe estar unida directa o indirectamente a la legislación escrita. 2° La aplicación de los elementos de decisión suministrados por los textos, no pueden realizarse sino mediante una lógica rígida, principalmente deductiva, y suponiendo basadas en la ley un número limitado de concepciones abstractas que se consideran impuestas a priori al intérprete y al legislador mismo.”¹⁰⁷

En otras palabras, con las codificaciones se condenó al ostracismo a la norma tácita, dejándole, tan solo, un valor residual de lo cual constituye un ejemplo claro el artículo 8° del código civil.

En los sistemas jurídicos llamados continentales, la noción de costumbre se teje en torno a la conducta

¹⁰⁵ Nieto Arteta, ob, cit, p.10

¹⁰⁶ Ob, cit, p. 50

¹⁰⁷ El esfuerzo de Gény condujo a la creación de su método de libre investigación científica que constituye un primer paso en la evolución de los métodos de interpretación, pero que tanto trabajo a costado a los civilistas, quienes no pueden alejarse, sin violar la ley, del método exegético consagrado en nuestro código civil.

reiterada y uniforme . Aftalión¹⁰⁸ entiende por costumbre jurídica “la repetición de conducta en interferencia subjetiva”. Gény¹⁰⁹ entiende “un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo”.

El significado natural y obvio de acuerdo al uso general de la palabra costumbre es el “Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona”; “Hábito, modo habitual o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto”¹¹⁰. Lo usual, ordinario.

i. La ley y la costumbre

Debe atenderse el siguiente interrogante: la costumbre y la ley son diferentes?

Para la doctrina constitucional nacional *“La diferencia fundamental entre la costumbre y la ley, consiste en que la segunda se crea por un acto consciente de un órgano del Estado al cual le está atribuída (sic) la función de crearla, en tanto que la primera resulta de la conducta instintiva e inconsciente de la comunidad.”*¹¹¹

No obstante, si aceptamos que cuando nos referimos a la ley como fuente del derecho¹¹² debemos entender ordenamiento jurídico, no vemos reparo alguno para

¹⁰⁸ Citado por Monroy cabra, ob, cit, p. 175

¹⁰⁹ Ob, cit, p. 323

¹¹⁰ Diccionario, Ob, cit.

¹¹¹ Sentencia C-224/94

¹¹² Al menos en el sentido dado por la Corte Constitucional a la expresión utilizada por la C. P. en el artículo 230 al expresar “imperio de la ley”.

afirmar que la costumbre constituye una norma de comportamiento que puede denominarse regla consuetudinaria, de igual jerarquía a la regla escrita, por expresa disposición del artículo 3° del código de comercio.

Incluso, aún en tratándose de costumbre contraria a la ley, ésta adquiere la calidad de regla, pues en este caso lo que ocurre es que nos encontramos ante un conflicto entre reglas, que deberá resolverse en la forma establecida por el propio ordenamiento¹¹³. En nuestro criterio, la costumbre *contra legem* establece una regla de comportamiento social que resulta contrario a una regla escrita, pero que por esa razón no pierde sus características, como ocurre con cualquier norma escrita que entra en conflicto con otra: no por eso deja de ser norma. Ocurre lo mismo con la regla consuetudinaria que resulta contraria a otra regla escrita. Simplemente, el juez debe, al menos en principio, preferir la regla escrita, pero no por que la “ley prime frente a la costumbre”, sino por que la incompatibilidad se desato prefiriendo a la primera. Nada impide concluir que el legislador decida desatar al conflicto de manera diversa, por ejemplo, ordenando que la costumbre prefiera a la regla escrita que se ha tornado ineficaz o, al menos, en desuso. Este argumento adquiere fortaleza si se considera que el pueblo es el soberano y de él emana el poder público. Dicha soberanía se manifiesta en forma directa en la costumbre.

ii. La costumbre en el derecho común, según la Corte Constitucional

¹¹³ El código civil en su artículo 10 establece cómo se resuelve este tipo de conflictos.

Por haberse tratado a espacio y académicamente, consideramos oportuno transcribir lo pertinente de la sentencia que se pronunció en torno al tema de la costumbre como fuente del derecho colombiano.

“A) La costumbre

Al decir de Bonnecase, "la costumbre es una regla de derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno, de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley, una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que recurren a ella, o en los que la sufren, de su fuerza obligatoria. En suma, la costumbre es una regla de derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de derecho y de las aspiraciones sociales, o en otras palabras, de las fuentes jurídicas reales..." ("Elementos de Derecho Civil", Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, México, 1985, tomo I, pág. 71).

...

De la costumbre existe una clasificación generalmente aceptada, que tiene su origen en el derecho romano y se basa en la conformidad u oposición entre la ley y la costumbre:

a) Costumbre secundum legem es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Es el caso de las reparaciones locativas, definidas por el artículo 1998 del Código Civil como "las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios"; o de la presunción simplemente legal de hacerse a prueba "la venta de

todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo", presunción de que trata el inciso segundo del artículo 1879 del mismo código.

b) Costumbre praeter legem es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador.

c) Costumbre contra legem es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella. Los dos casos implican que la ley escrita entra en desuso.

En Colombia, por expresa disposición del Código Civil, no es aceptable la costumbre contra legem. Establece el artículo 8o.: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea". Además, el artículo 246 de la Constitución que faculta a las "autoridades de los pueblos indígenas" para ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas y procedimientos, exige que éstos "no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República". E igual exigencia habría que hacer, en virtud del artículo 4o., en el caso de la conformación y reglamentación de los consejos que deben gobernar los territorios indígenas, según el artículo 330.

B) La costumbre en el código civil colombiano

Según lo recuerda el señor Claro Solar, en su proyecto Don Andrés Bello, bajo el influjo del antiguo derecho español y del derecho consuetudinario inglés, reconocía fuerza de ley a las costumbres que no fueran contrarias a la ley. Después, la Comisión Revisora optó por la solución restringida de permitir solamente la costumbre secundum legem, tal como lo estatuye el artículo

2o. del Código Civil chileno: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

Al adoptarse el Código chileno por el Estado de Cundinamarca, que lo sancionó como su Código Civil el 8 de enero de 1859, se consagró el mismo principio en el artículo 3o.: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que a ella se remite la ley".

Dicho sea de paso, en el artículo 4o. del Código Civil de Cundinamarca se definió la costumbre y se le exigió un mínimo de vigencia temporal:

"Costumbre es la práctica o uso lícito de un pueblo o Distrito, o de la mayor parte de sus moradores, observado por un tiempo que no pase de diez años, salvas las restricciones que de este tiempo haga la ley en casos especiales".

El Código Civil, adoptado en virtud del artículo 1o. de la Ley 57 de 1887, consagró, en su artículo 8o., como ya se vió, una solución contraria: prohibir únicamente la costumbre contra legem.

En concordancia con el artículo 8o. citado, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, reconoció fuerza de ley, al decir que "constituye derecho", a la costumbre general y conforme con la moral cristiana,¹¹⁴ "a falta de legislación positiva", es decir,

¹¹⁴ Sobre el alcance de la expresión moral cristiana, la sentencia C-224/94 expresó: "La referencia hecha en el artículo 13, a la moral cristiana, no implica, como pudiera pensarse, una exigencia de carácter dogmático que suponga un privilegio para esa moral frente a otras. Significa, más bien, la referencia a uno de los elementos constitutivos de la costumbre, la "opinión jurídica", según la cual la costumbre, para que sea jurídica, debe generar en la comunidad que la observa, la convicción de obligatoriedad. Porque si se acepta que el legislador se dirige a una comunidad cristiana, tiene que tener

a falta de ley creada por el Estado. Se aceptó, pues, la costumbre praeter legem. Entre paréntesis, hay que aclarar que se incurre en un error al considerar que la "legislación positiva" o "el derecho positivo" es solamente la ley dictada por el legislador. Si así fuera, las naciones en las cuales predomina el derecho consuetudinario carecerían de derecho positivo, o éste se reduciría a unas cuantas normas. No, el derecho positivo, que es lo mismo que derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo en un determinado momento. Por esta razón, el artículo 13 ha debido referirse a la "falta de legislación dictada por el legislador."

En consecuencia, a la luz de los artículos 8o. del Código Civil, y 13 de la Ley 153 de 1887, la situación de la costumbre es ésta:

a) Está prohibida la costumbre contra legem. Y hoy lo está, además, por el artículo 4o. de la Constitución, pues si hay que presumir que las leyes se ajustan a ella, la costumbre que contraría una ley, indirectamente contraría la Constitución.

b) Quedan la costumbre praeter legem y la costumbre secundum legem.

presente que en ella no puede darse la convicción de obligatoriedad con respecto a un uso que contraría los postulados de esa moral. Sería una contradicción lógica afirmar que alguien está convencido de que es obligatorio algo que juzga perverso o inmoral. Sería como afirmar que tengo por obligatorio algo que considero, no sólo no obligatorio, sino reprochable. Entendida la expresión "moral cristiana" como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular."

El examen, pues, en relación con el inciso primero del artículo 230 de la Constitución, puede limitarse a estas dos clases de costumbre.

C) ¿De dónde viene la fuerza obligatoria de la costumbre?

En el caso de la ley dictada por el legislador, su fuerza obligatoria, su calidad de tal, nace del proceso en el cual el órgano del Estado al cual le está atribuída la función de crearla, la adopta. Por ejemplo, es la Constitución la que en el artículo 150 asigna al Congreso la potestad de "hacer las leyes".

Pero el Congreso hace las leyes en virtud del poder que el pueblo le ha delegado. Así hay que entenderlo no sólo en virtud de toda la teoría democrática, sino por la expresa declaración de la Constitución. En efecto:

En el preámbulo se dice que EL PUEBLO de COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios, "decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia".

Y en el artículo tercero se dice:

"La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece".

En tratándose de la costumbre, es ostensible que su fuerza obligatoria viene directamente de la comunidad, es decir, del pueblo, sin que pueda hablarse de que éste delega su poder. Así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones,

constituyen la ley por sí mismos. No tendría sentido a la luz de la democracia reconocerle valor a la ley hecha por los representantes del pueblo, y negársela a la hecha por el pueblo mismo, que es la costumbre.

En apoyo de esta tesis, pueden citarse algunas autoridades.

El profesor Jean Carbonnier llega a afirmar que, en una democracia, la costumbre procede del Estado:

"En cambio, es más acusada la contraposición entre la ley-como Derecho consciente y voluntario-y la costumbre en calidad de Derecho inconsciente e instintivo. La costumbre no procede de la voluntad estatal. ¿Procede acaso del Estado? ¿Se la puede calificar de mecanismo estatal, tal como se hizo con la ley? Si se identifica al Estado con los gobernantes, por contraposición a la masa de los gobernados, debe responderse negativamente, pues no parece que la costumbre traiga su origen de lo alto, de los que gobiernan, sino de abajo, de la masa de los súbditos. Únicamente en un Estado popular, esto es, en una democracia, no existe separación entre gobernantes y gobernados, por lo menos en teoría, y puede decirse que la costumbre procede del Estado en el sentido de que no procede del individuo; la costumbre, pues, al igual que la ley, tiene su origen en la comunidad. La costumbre es, por otra parte, un mecanismo estatal, a causa de que crea derechos sancionados mediante su ejercicio judicial. El Estado, valiéndose de sus jueces, dispensa a la costumbre el apoyo de la fuerza y su violación, al igual que la violación de la ley, apareja una sanción coactiva". (Derecho Civil, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, tomo I, vol. I, pág. 25).

Lo expuesto coincide con lo que se ha afirmado: la costumbre, creada por el pueblo, recibe su fuerza obligatoria del pueblo mismo.

D) La Constitución de 1991 y la costumbre

De otra parte, hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual.

Se dirá que la Constitución establece las formas en que el pueblo puede participar en la expedición de las leyes, y que por esto es innecesaria la costumbre, porque los ciudadanos pueden buscar la expedición de una ley con su mismo contenido. Este argumento podría tener alguna validez en relación con las costumbres extendidas por toda la nación y que interesen a la mayoría o a un gran sector de la población. Pero, hay costumbres regionales o locales, generalizadas solamente en uno o dos departamentos. En estos casos, ¿qué posibilidad real tendrían los interesados en lograr la adopción de una ley? ¿Y por qué extender, por medio de una ley, una costumbre local a toda la nación?

Además, si el Estado "reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana", no es posible sostener que la Constitución prohíbe la costumbre. En la cultura de una comunidad están comprendidas sus costumbres en sentido jurídico. Con razón se ha dicho que Colombia es un país de regiones, pero

más propio sería afirmar que en Colombia coexisten muchos países cuya suma es la nación, que tiene en la diversidad cultural una de las razones de su existencia y de su fuerza.

Tal es la fuerza de la costumbre, que hay quienes sostienen que ella alcanza a derogar la ley que le es contraria. Entre nosotros, como ya se advirtió, esto no es posible, por expresa prohibición legal, aunque fácilmente puede comprobarse la existencia de leyes que el paso del tiempo ha excluído de la vida social. Con razón escribía Josseland: "En fin, al atribuir a las leyes perennidad, salvo abrogación que resulte de una ley más reciente, se llega a resultados inesperados y bastante ridículos: se sabe, entonces que nuestro Código Civil se llama en realidad Código Napoleón, por no haberse abrogado jamás el decreto de 1852 que le confirió aquel nombre, y que los fumadores caen bajo el peso de la ley penal, porque una ordenanza de 1634 que había establecido la prohibición de fumar no ha sido nunca derogada. En realidad, el tiempo acaba con todo, hasta con lo ridículo: "Hasta los dioses se mueren", y lo mismo ocurre con las leyes; se gastan a la larga por el uso y se hunden en el olvido, lo mismo que las instituciones y las palabras". ("Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, 1952, tomo I, volumen I, pág. 107).

E) Razón de ser del inciso primero y segundo del artículo 230 de la Constitución

Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluír la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda

consideración diferente y todo poder extraño. La Corte así lo definió en sentencia de octubre 28 de 1993.¹¹⁵ ...

En síntesis, nada autoriza una interpretación diferente del artículo 230. Y no sobra advertir que habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta.

No sobra advertir que, en la misma sentencia citada, la Corte rechazó la tesis según la cual el artículo 230 se refiere a la ley en sentido formal y excluye la costumbre. Por el contrario: por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo.

F) Razones especiales en cuanto a la costumbre secundum legem

Lo dicho hasta ahora permite afirmar que el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre praeter legem, no es contrario a la Constitución.

Y con mayor razón puede decirse que la costumbre secundum legem se ajusta a la Constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella. Es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 3o. y 9o. del Código de Comercio que ya la Corte Constitucional declaró exequibles en la sentencia |C-48|6, citada. En tratándose de la costumbre secundum legem, la propia ley se

¹¹⁵ Sentencia C486/93 arriba transcrita

completa con la costumbre a que se refiere, como si formara un todo con ella.”

Así las cosas, parece quedar claro que la costumbre, como norma surgida del comportamiento social, de una parte, pertenece al ordenamiento jurídico; y de otra, constituye una herramienta para el operador jurídico, ya sea al momento de hacer las leyes, ya al momento de interpretarlas, ya cuando debe aplicarlas.

iii. La costumbre, moral o jurídica?

Pero acaso todas las costumbres pertenecen al ordenamiento jurídico? Cómo identificar cuándo estamos ante la costumbre que interesa al derecho? Para resolver este problema debemos volver a la noción, pues, como se observa, una es la costumbre común, dentro de la cual, como una especie, puede hablarse de costumbre mercantil. La primera no es objeto de análisis en este curso, de ella se ocupa la parte de la filosofía denominada ética, por lo que omitiremos comentarios al respecto, circunscribiéndonos únicamente a la costumbre mercantil. Ello no quiere decir que podamos sustraernos a la noción de costumbre.

Como se dijo, la costumbre también es fuente de la ciencia de la moral, junto con las creencias, los valores y las normas morales, de la cual se ocupa la ética. Kant nos plantea la existencia de una teoría de las costumbres, la que funda primero en la metafísica para luego llevarla al conocimiento vulgar. “Pero esta metafísica de las costumbres, totalmente aislada y sin mezcla alguna de antropología, ni de teología, ni de física o hiperfísica, ni menos aún de cualidades ocultas -que pudiéramos llamar hipofísica-, no es sólo un indispensable sustrato de todo conocimiento teórico y seguramente determinado de los

deberes, sino al mismo tiempo un *desideratum* de la mayor importancia para la verdadera realización de sus preceptos. Pues la representación pura del deber, y en general de la ley moral, sin mezcla alguna de ajenas adiciones de atractivos empíricos, tiene sobre el corazón humano, por el solo camino de la razón -que por medio de ella se da cuenta por primera vez de que puede ser por sí misma una razón también práctica-, un influjo tan superior a todos los demás resortes que pudieran sacarse del campo empírico, que consciente de su dignidad, desprecia estos últimos y puede poco a poco transformarse en su dueña; en cambio, una teoría de la moralidad que esté mezclada y compuesta de resortes sacados de los sentimientos y de las inclinaciones, y al mismo tiempo de conceptos racionales, tiene que dejar el ánimo oscilante entre causas determinantes diversas, irreductibles a un principio y que pueden conducir al bien sólo por modo contingente y a veces determinar el mal.”¹¹⁶

Cuando el comportamiento social se refiere a asuntos que inciden en el orden jurídico, sea en materia de obligaciones, contratos y otros, nos encontramos frente a la costumbre legal y, estando claro que la costumbre como conjunto de normas emanadas de la comunidad pertenece, sin lugar a duda, al ordenamiento jurídico, debe analizarse el orden de aplicación de la costumbre mercantil, a lo que nos referiremos al final de este capítulo.

Finalmente, cuando esa norma consuetudinaria se ocupa de actos de comercio, de actividad mercantil, la calificaremos de costumbre mercantil.

¹¹⁶ Ob. cit. cap. I

De forma que, habrá que escindir de la costumbre las que interesan al derecho y, a su vez, dentro de éstas, las que constituyen fuente del derecho mercantil.

iv. La costumbre mercantil según la doctrina constitucional

La Corte Constitucional tuvo oportunidad de referirse a la costumbre mercantil como fuente de derecho en sentencia C486/1993 en la que expresó:

“6. Se discute si el derecho que debe aplicar el juez se limita al que emana exclusivamente del legislador y que se presenta bajo la forma de "ley" luego de haberse surtido un procedimiento consciente y formalizado y, consiguientemente, si no puede ser tal el que se elabora como fruto de la costumbre de manera natural, informal, inconsciente, espontánea, impersonal y que hunde sus raíces en la tradición y de ella deriva su legitimidad.

7. El órgano legislativo proyecta en las disposiciones que elabora un determinado saber social. La función prescriptiva está indisolublemente ligada a una interpretativa. Las normas legales pretenden gobernar el devenir social y es por ello imposible que no se tome en consideración, se pondere y sopesen en cada caso una serie de conocimientos relativos al presente y al pasado de la sociedad, máxime si se parte de la premisa de que existe un proceso consciente de creación del derecho.

Entre las fuentes de conocimiento de las que extrae su material el legislador, no puede excluirse la costumbre internacional, nacional o local. La

costumbre, como objetivación de una determinada práctica social, muchas veces ha sido incorporada por la ley. De hecho, la legislación comercial, en buena parte responde a la codificación de la costumbre mercantil que, así, ha ganado más estabilidad y generalidad. La Constitución no coarta la libertad del legislador y no aparece en ella precepto alguno que prohíba que la costumbre, surgida en cualquiera de los ámbitos de la vida social, pueda servir de nutriente de su concreta labor legiferante. De otra parte, sería inconveniente e impensable imponer una veda semejante a esta actividad que, como manifestación de la cultura de un pueblo, debe consultar sus hábitos, creencias y valores, casi siempre encarnados en sus costumbres y tradiciones.

8. Si el antecedente inmediato de una determinada ley puede estar constituido por una práctica social desarrollada como costumbre, su interpretación y aplicación por el juez, de presentarse dificultades cognoscitivas sobre su correcta inteligencia, no puede realizarse sin adentrarse en el conocimiento de dicha práctica y de los comportamientos que la integran. Muchas veces, por ello, puede ser relevante apelar a la costumbre para aprehender la esencia misma de la ley. Aquí la costumbre, objeto de estudio, suministra elementos de juicio para tomar la decisión y sirve, por tanto, como criterio auxiliar de la actividad judicial. Si en esta situación se negare la invocación de la costumbre como medio cognitivo, se arriesgaría la cabal y justa aplicación de la ley. También, en otros eventos, la costumbre puede estar inextricablemente unida al entendimiento adecuado de una ley o a la aplicación de la equidad y, prescindir de ella en esas condiciones, significaría ni más ni menos desatender el sentido de aquélla o abandonar ésta última.

*De lo dicho hasta este punto se desprende que la costumbre puede fungir como fuente material o cognitiva de la actividad que despliega el legislador al hacer las leyes como del juez al dictar sus providencias. Si bien el segundo inciso del artículo 230 de la C.P. sólo menciona como **criterios auxiliares** de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, no excluye en modo alguno **otros criterios** que sea indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquéllas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como **auxiliares** y, por esta vía, despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales.*

9. La Corte procede ahora a analizar si la costumbre, además de poder ser utilizada como criterio auxiliar de la actividad judicial, puede servir como fuente de producción jurídica, esto es, constituirse en hecho generador de normas jurídicas que el juez pueda y deba, en ciertos casos, aplicar y con base en ellas resolver las controversias sometidas a su decisión.

10. De acuerdo con la tesis de los actores, la costumbre nunca podría ser aplicada como fuente formal de derecho, pues "los jueces-así reza el artículo 230 de la C.P.-sólo están sometidos al imperio de la ley". El precepto, a juicio de los demandantes, indica que los jueces sólo están autorizados a aplicar las leyes dictadas por el Congreso.

Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitándolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el

cual no se compone de una norma aislada-la "ley" captada en su acepción puramente formal-sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico"(Cart. 16).

11. La doctrina es conteste en definir la costumbre, en términos generales y sin abarcar a la internacional y a la que puede germinar en el contexto de las instituciones públicas, como una práctica o comportamiento social que se repite durante un período de tiempo con características de generalidad-acción o conducta predicable de una pluralidad de sujetos-, uniformidad- semejanza del hecho en la situación contemplada-, constancia-sin solución de continuidad o interrupciones-, frecuencia-reiteración de los actos que la constituyen en breves intervalos-y publicidad-transparencia y reconocibilidad del proceder en el ámbito social.

La costumbre, elemento imprescindible de la cultura de un pueblo-inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación-, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

12. Pese a que en términos generales se acepte que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la costumbre general puede llegar a adquirir fuerza

jurídica, se controvierte en la doctrina el fundamento de su juridicidad. Es esta una materia en la que difícilmente se puede alcanzar el consenso, pues cada postura sobre el concepto y la naturaleza del fenómeno jurídico, apareja una visión diferente y correlativa de la costumbre como fuente de reglas jurídicas.

Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal-ley escrita-como informal-costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): " (...) De ahí que, aún cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu.

Sin duda la doctrina más extendida, de impronta psicologista, se coloca en el área visual del destinatario de la costumbre y desde allí percibe que su juridicidad proviene de la creencia arraigada sobre la obligatoriedad del comportamiento que ella indica (opinio iuris et necessitatis) y la consecuencia jurídica negativa que acompaña a su inobservancia.

En un plano objetivo se ha dicho que la costumbre se torna jurídica si recae sobre una esfera de la vida que tenga relevancia para el derecho y sea pasible de una disciplina jurídica, lo que puede advenir allí donde resulte necesario configurar prácticas uniformes para constituir o conservar el grupo o una determinada actividad social.

Desde otra vertiente del pensamiento se ha sostenido que la juridicidad de la costumbre se supedita a que el juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia.

13. No es función de la Corte dirimir un asunto que tiene cariz marcadamente doctrinario. La escueta relación de tesis sobre la costumbre ha servido, sin embargo, para poner de presente su relevancia jurídica y la importancia que para la sociedad ha tenido y sigue teniendo mantenerla como fuente, lo que ha sido oportuno subrayar dado que el argumento central de la demanda se endereza a excluirla como fuente de reglas jurídicas válidas.

*Lo que si resulta decisivo desde el punto de vista constitucional es que la costumbre pueda ser considerada parte integrante del ordenamiento jurídico que se estructura orgánica, material y formalmente a partir de la Constitución como **norma de normas**. Establecido este punto lo concerniente a su relación con otras fuentes, especialmente con la ley en sentido formal, es una materia que en su interior define ese mismo ordenamiento con base en las reglas de prelación y jerarquía que históricamente se hayan adoptado.*

Si bien en la costumbre podrían identificarse las notas que caracterizan a una norma jurídica, lo determinante es que pueda plantearse su pertenencia al sistema jurídico. Para tal efecto es importante considerar si la Constitución, máxima norma de reconocimiento, la toma en consideración o si otra norma, integrante del sistema, autoriza a hacerlo. Definida su inclusión dentro del ordenamiento, se precisará su ubicación y relaciones con otras fuentes.

14. La Constitución de manera específica reconoce el valor jurídico de las costumbres cuando se refiere a las comunidades indígenas. En efecto, dispone el artículo 330 de la Carta: "De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según **los usos y costumbres** de sus comunidades (...)". La fuerza prescriptiva de los **usos y costumbres** de las comunidades indígenas se relleva aún más en el artículo 246 de la C.P. que señala que "Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con **sus propias normas y procedimientos**, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (...)".

La función productora de derecho de la costumbre también tiene claro fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al orden jurídico interno en virtud del artículo 94 de la Carta. Sobre el particular dispone el artículo 5 numeral 2º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por Ley 74 de 1968: "No podrá admitirse restricción o menoscabo alguno de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o **costumbres**, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Adicionalmente, el Convenio 169 de la O.I.T., relativo a pueblos indígenas, ratificado por Ley 21 de 1991, también le otorga a la costumbre pleno valor normativo, cuando establece:

"Artículo 8.-1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

"2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

"3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

Los principios sobre los que se funda el Estado y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley-lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado colombiano-brindan suficiente fundamento jurídico a la costumbre.

*La **soberanía popular** (CP art. 3) no puede, en efecto, reducirse a una mera proclamación retórica. Ella en últimas suministra la base de legitimidad a la entera actividad de producción de normas jurídicas, sea ésta formalizada-como acontece con las leyes que se adoptan a través de los representantes del pueblo-o informalizada como la costumbre que se remite a un proceso primario y directo de creación normativa.*

*El **Estado social de derecho** (CP art. 1), de otra parte, no responde a un diseño orgánico de neta diferenciación y contraposición del Estado y la sociedad sobre la cual se erige. En esta forma política el Estado no se superpone a la sociedad*

como estructura aislada y dominante de poder. Por el contrario, el Estado se edifica a partir de la sociedad-de la que "emana el poder público"-cuyos miembros **participan** en su construcción y su función y justificación no es otra que la de servir y proteger a la comunidad y darle efectividad a su ordenamiento. El reconocimiento de las múltiples organizaciones y formaciones sociales es consustancial al estado **social** de derecho, lo que involucra-dentro del marco de la Constitución y de la Ley-la aceptación de ámbitos de autonomía y de interacción social que bien pueden proyectarse en prácticas colectivas-técnicas de comunicación social de naturaleza prescriptiva indispensables para dotar de cohesión o funcionalidad a un grupo o a una actividad social-de las que se deriven comportamientos sujetos a grados variables de control social.

El **principio pluralista** que define al Estado colombiano se manifiesta en el respeto y protección de la diversidad y riqueza étnica y cultural de la Nación (CP arts. 1, 7, 8, 70, 330). Las costumbres constituyen una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo que, inclusive, se toman en cuenta para indentificar una Nación y, dentro de ésta, para reconocer una expresión singular de diversidad digna de ser amparada y promovida. No hay razón válida para excluir a la costumbre jurídica de la tutela constitucional que la Constitución extiende a la cultura, máxime cuando ella representa una de sus manifestaciones más conspicuas.

La **libertad** (Preámbulo, arts. 1, 2, 28 y 95 de la C.P.) se encuentra en la base de los derechos que se reconocen a las personas y no se entiende ni garantiza si no se ejerce en armonía con los derechos de los demás y de manera responsable.

La costumbre-como también puede deducirse del contrato-supone reglas de obligatorio cumplimiento, puestas y creadas espontánea y libremente por la sociedad, a través de las cuales sus miembros se autolimitan en aras de una sociabilidad deseable y de la protección de sus propios espacios de acción. De ahí que la juridicidad de la costumbre sea una forma de garantizar la autonomía y la libertad de la sociedad misma y de su sana y fecunda capacidad creadora.

*La vigencia de un **orden justo** (CP art. 2) es una finalidad que no solamente compromete al Estado sino a toda la comunidad y a cada uno de sus miembros. Tradiciones, usos y costumbres sociales, pueden ser la expresión viva de un sentimiento y una creencia arraigada de justicia. De otra parte, renovadas visiones de la justicia social pueden apelar al vehículo de la costumbre con miras a su entronización. Excluir a la costumbre como fuente de derecho, en estos casos, significaría privar al juez de preciosos elementos para dictar un fallo que consulte la justicia material. No se compadece con la ubicuidad de la justicia la idea de que ella sólo se manifiesta a través de la ley formal.*

15. La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153 de 1887, art. 13; C de Co art 3; C de P C art. 189), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa.

En el derecho privado-civil y comercial-, la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico. El carácter dispositivo de

gran parte del ordenamiento legal permite concluir que la costumbre y las estipulaciones contractuales son consecuencia de la libertad económica y de la iniciativa privada, garantizadas constitucionalmente, y su exigibilidad judicial se torna imperativa en virtud del interés social de un intercambio económico transparente y fluido y de la racionalización de la economía (CP arts. 333 y 334).

En materia penal, en cambio, lejos de un desplazamiento de la legalidad en favor de prácticas o fenómenos sociales reiterados, el fundamento de la acción estatal es la propia ley (CP art. 29). En consecuencia, los jueces en sus providencias no podrían invocar la costumbre para sancionar una acción que por sí misma no ha sido tipificada como delito en una ley formal (nullum crimen nulla poena sine lege). Igualmente, no sería jurídicamente admisible que el infractor pretendiera justificar una conducta típica, antijurídica y culpable sancionada legalmente recurriendo al expediente de actuar según una práctica social generalizada.

Por lo expuesto, en el derecho privado la costumbre ha sido recepcionada en mayor medida. Corrobora la anterior apreciación las normas legales citadas que definen el ingreso de la costumbre al ordenamiento jurídico.

16. De los principios **democrático** y **unitario** conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la **primacía** de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada

regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que "la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea". En estos términos, claros y perentorios, se proscriben en el ordenamiento jurídico la costumbre **contra legem**.

La legislación, en términos generales, acepta la costumbre **secundum legem** y la **praeter legem**, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13).

El primado de la ley escrita,-mejor sería hablar de "Derecho legislado"-en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria.

No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisoluble del fenómeno jurídico.

La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre, de ser ello

posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica.”

Debemos ir resolviendo interrogantes: la costumbre mercantil determina normas que, de no ser contrarias a la ley escrita, gozan de la misma validez y eficacia, de forma que materialmente gozan de equivalencia.

v. La función normativa de la costumbre mercantil

Es el derecho comercial, tal vez, la especialidad jurídica donde la costumbre funge como una parte del ordenamiento jurídico que más sirve al operador para cumplir su función. Pero es al juez a quien debe exigirse mayor atención a la citada equivalencia para atender correctamente su sometimiento al imperio de la ley; digo, al imperio del ordenamiento jurídico.

La costumbre, en consecuencia, es un criterio principal y obligatorio cuando cumple los requisitos propios de la validez del derecho, es decir satisfacen los argumentos de corrección, de injusticia y de principios¹¹⁷.

Ahora bien, el artículo 3º del código de comercio únicamente desecha la costumbre *contra legem* de forma que se refiere indistintamente a la *praeter* y a la *secundum legem*, pues donde no distingue el legislador no le está permitido distinguir al intérprete, de donde no se entiende cómo sólo pertenezca al ordenamiento jurídico aquella que se denomina *secundum legem*, dejando a la costumbre *praeter legem* como un criterio auxiliar y, por tanto, sólo llamada a llenar los vacíos del

¹¹⁷ Sobre estos criterios de validez se recomienda consultar Robert Alexi

ordenamiento jurídico. En nuestro criterio, aún la costumbre *praeter legem* pertenece al ordenamiento jurídico y, por lo mismo, constituye criterio principal al que debe someterse el juez en sus decisiones.

vi. La costumbre interpretativa

La costumbre también sirve en Colombia para interpretar la ley y los contratos, según se afirma en el artículo 5° del código de comercio, orientando en la fijación del sentido de las palabras o expresiones de comercio. A ello nos referiremos a espacio en la segunda parte.

vii. La costumbre integradora

Finalmente, también cumple una función integradora al completar la norma escrita que se completa con la costumbre¹¹⁸, así como al llenar los vacíos de la norma escrita.

viii. Debe excluirse a la costumbre del ordenamiento jurídico?

El profesor Carlos Gaviria niega toda posibilidad de incluir la costumbre del ordenamiento, en su salvamento de voto hecho a la sentencia arriba transcrita parcialmente, donde sintetiza su criterio en los siguientes términos que transcribimos totalmente por su importancia.

¹¹⁸ En este sentido Medina Vergara, ob, cit. p.130; Monroy Cabra, en cambio, considera que la costumbre es integradora siempre que sea *praeter legem*, al llenarlos vacíos legales. ob, cit, p. 343

“Con todo respeto, me he permitido disentir de la decisión mayoritaria, por las consideraciones que a continuación expreso sintéticamente:

1. *Me parece claro que el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley" (subrayo) se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción ésta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye.*

En el inciso segundo, el mismo artículo se refiere a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, para atribuirles la función de "criterios auxiliares de la actividad judicial", no de fenómenos capaces de generar normas válidas. Desde luego, habría podido reconocerles esa capacidad generadora, pero justamente se abstuvo de hacerlo, proclamando el carácter eminentemente legislativo de nuestro ordenamiento. Tal decisión de la voluntad constituyente puede enjuiciarse como plausible o censurable, según las preferencias, pero no es descabellada ni carente de consistencia lógica.

2. *Argüir que cuando la ley consagra la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria, al aplicar ésta el juez se fundamenta en la autoridad de aquélla, es desconocer el tipo de relación jerárquica que existe entre ley y costumbre cuando ambas se consagran como fuentes, la primera como principal y la segunda como subsidiaria.*

En una obra, aún joven y no obstante ya clásica, "El concepto de Derecho" H.L.A. Hart esclarece el punto en los siguientes términos: "Es importante distinguir entre esta subordinación relativa de un criterio a otro y la derivación, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es "esencialmente" o "realmente" (aunque más no sea que en forma tácita) el producto de la legislación. En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del common law pueden verse privadas de su status de derecho, por una ley" (tal como ha sucedido hasta ahora en Colombia con la costumbre). Y continúa: "Sin embargo ellas no deben su status de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio tácito de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado."¹

Entre nosotros, esa regla de reconocimiento está explícitamente formulada. Es el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que por vía de disposición general-estatuye: "La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva". Es claro que en otros ordenamientos (en el inglés v.gr.) no está explícitamente formulada, pero no está excluida por el derecho legislado como juzgo que ha ocurrido en Colombia, precisamente, en virtud del artículo 230 de la Carta.

En síntesis: dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en

¹ El concepto de derecho, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 126 y ss.

Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse (como a mi juicio ha sucedido bajo la vigencia de la actual Carta Política). Empero, cuando se consagra expresamente o se tolera, está subordinada a la legislación mas no deriva de ella. En eso consiste su status de fuente a la vez subsidiaria y autónoma (no reductible a la legislación). Desde esta particular perspectiva, entonces, la costumbre no sólo no queda comprendida dentro del concepto ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetudinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

3. Es que por más que se estime importante la operancia de la costumbre dentro de un ordenamiento, ella no deja de ser un factor meramente contingente del mismo. Su existencia está condicionada a que la forma de creación consuetudinaria del derecho esté reconocida expresa o tácitamente como un mecanismo apto para incorporar nuevas normas al sistema jurídico o para privar de ese status a las ya existentes, bajo determinadas condiciones. Afirmar que ella es inherente a cualquier ordenamiento, equivale a postular limitaciones de orden metafísico a la voluntad del constituyente, lo que se aviene mal con una concepción del derecho racional y desacralizada.

4. De ordinario, a las posturas que proclaman la inherencia de la costumbre a cualquier sistema de derecho positivo, subyace el misticismo sociológico de la escuela historicista, que tras un lenguaje pretendidamente científico y de vocación democrática, escamotea un trascendentalismo vergonzante de inequívoco signo retardatario. Basta

recordar la célebre controversia entre Antonio Thibaut y F.C. Savigny² (a principios del siglo XIX), en la que el segundo entona el epinicio del derecho consuetudinario cifrando la búsqueda de la justicia no en un proceso intencional, consciente y deliberado, emprendido por los hombres, sino en un oscuro discurrir subterráneo e instintivo del "espíritu del pueblo" que de modo imperceptible iría señalando los cauces indiscutibles de la conducta humana.

Los argumentos de Savigny, en su replica a Thibaut, son reproducción fidedigna, en el reino de lo jurídico, de los que había utilizado Edmund Burke en su requisitoria contra el racionalismo triunfante en la revolución francesa, tan brillantemente defendido por Thomas Paine, en un plano estrictamente político.

Que Burke, visible adalid del moderno conservadurismo, defendiera las instituciones decantadas de un proceso milenar, puede controvertirse desde una perspectiva ideológica, pero no exige mayores esfuerzos explicativos en presencia de los hechos históricos. Más complejo, sin duda, es defender la acción benéfica de los procesos irracionales en comunidades que aún no han logrado, por razones que ni siquiera es preciso aducir, su identidad cultural. En estas, parece razonable pensar que la reflexión aplicada a la búsqueda de formas adecuadas de relación y convivencia, constituya un factor de progreso más eficaz que el ciego instinto.

5. En ese orden de ideas, carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una

² Tribaut-Savigny, La Codificación, Aguilar, 1970.

Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho.

Es que, precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad estatal, concretada en la iniciativa legislativa y en las demás instituciones propias de la democracia directa recogidas en nuestra Carta Política, tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero.

6. *Es altamente controvertible el argumento, invocado por el ponente, de que la costumbre flexibiliza el derecho positivo. Más bien los hechos parecen abonar la conclusión contraria. Basta con examinar la noción de costumbre jurídica en función de sus dos elementos constitutivos: inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis, para advertir que la condición esencial para que ella surja es, justamente, el transcurso de un largo tiempo en virtud del cual se crea en la conciencia de los individuos que constituyen la comunidad, la convicción de que la práctica largamente repetida es jurídicamente vinculante.*

En respaldo de la tesis contraria es pertinente citar a Hart, quien al analizar el paso gradual de un ordenamiento jurídico primitivo e imperfecto, constituido sólo por reglas primarias de obligación

(casi siempre de carácter consuetudinario) a uno evolucionado y maduro, integrado no sólo por éstas sino también por las secundarias o de reconocimiento, luego de examinar un primer defecto del hipotético ordenamiento primitivo, consistente en la falta de certeza, derivada de no saberse a ciencia cierta cuáles son las reglas aplicables a una situación concreta, observa: "Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad".³

Resulta claro, entonces, que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras.

7. *Desde luego, no puede tampoco dejar de mencionarse la desventaja (también aludida por Hart) de las normas consuetudinarias con respecto*

³ Hart, El concepto de derecho, pág. 115.

a las legislativas, consistente en que las primeras son, con mayor frecuencia, generadoras de incertidumbre, mientras las segundas aportan seguridad jurídica y no es ésta, ciertamente, un valor desdeñable.

Si aún acerca del llamado corpus de la costumbre (la práctica antigua) pueden suscitarse dudas: ¿sí existe la práctica? ¿Desde cuándo? ¿Puede considerarse antigua su existencia? ¿A partir de cuándo puede decirse que una práctica es antigua?, muchas más dudas, desde luego, plantea el animus o elemento psicológico: ¿En qué consiste la convicción de obligatoriedad? ¿Si se trata de una convicción social, que tan extensa ha de ser? ¿Puede sentirse una persona jurídicamente obligada (dentro de un sistema predominantemente legislativo) por una regla cuya existencia misma es cuestionable y que no ha sido formulada por el legislador? ¿Debe el juez compartir esa convicción o, mejor aún, ha de ser ésta preferentemente suya?.

Las anteriores preguntas son apenas una pequeña muestra de las incertidumbres que el derecho consuetudinario puede originar y que refuerzan las razones que subyacen a una norma como el artículo 230 superior, según la interpretación que de él se hace en el presente salvamento de voto, que puede no ser del todo descabellada.

8. Empero, vale la pena aclarar que las precedentes argumentaciones, no afectan en nada la verdadera función que la costumbre (a secas), cumple en el derecho, a saber, la de servir de fuente material de primer orden. Porque si el legislador pretende que su tarea tenga sentido y que las normas que formule incidan en la realidad

(sean eficaces) ha de estar atento a la realidad social cuyo control le incumbe. Y esa realidad se manifiesta de modo preponderante en prácticas sociales que van arraigando y cuya conveniencia y rectitud compete evaluar al legislador, en función de los fines que, dentro del amplio esquema que la constitución le ofrece, juzgue conveniente perseguir. Porque no todas las prácticas han de ser propiciadas, así tengan la virtualidad de generar esa situación gaseosa e inasible nombrada con palabras que participan de esa misma connotación: Opinio juris. El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también-y ante todo-de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana.

Me parece que así puede interpretarse la voluntad constituyente y que esa voluntad es plausible, progresista, propiciatoria de certeza y nada incompatible con la búsqueda de un orden justo dentro de un ambiente participativo y democrático.”

ix. La costumbre *contra legem* como fuente creadora de derecho

No podemos dejar de analizar un aspecto poco mencionado por la doctrina del derecho llamado continental. Se trata de la costumbre creadora de derecho, independientemente de que se trate de la llamada *contra legem*. La verdadera fuente del derecho mercantil. Es quizá en esta especialidad jurídica donde el desarrollo del comercio, los avances del transporte, los adelantos de la economía, la globalización, la reducción de distancias, como efecto de las comunicaciones, en fin,

el mundo del futuro, reclama que los comportamientos de la sociedad sean tenidos en cuenta por los ordenamientos jurídicos.

Si bien es cierto el legislador más que un científico del derecho es un político, debe hacer uso de su calidad de operador jurídico y permitir que esas nuevas costumbres alcancen la validez de normas jurídicas.

Corresponde al legislador analizar cuándo el comportamiento social es contrario a la ley, pues resulta evidente que la misma es ineficaz¹¹⁹. Tiene el reto de validar la costumbre. Es en esta situación donde brilla con mayor esplendor la costumbre como creadora de derecho: cuando el comportamiento social logra que sus legisladores actualicen la ley escrita a fin de eliminar la talanquera que le impone el calificativo de costumbre contraria a la ley.

Cuando nos enfrentamos a un conflicto entre reglas se aplica el método de la subsunción, de forma que el juez determina cual debe aplicar y, en el caso de un conflicto entre la norma escrita y la costumbre, no cabe duda que habrá de preferir la primera, entre otras cosas por que así se lo ordena la misma ley. No obstante, queda allí un criterio que no debe dejarse pasar, denominado equidad y al cual nos referiremos posteriormente.

En consecuencia, nos corresponde trabajar bastante en esta cara de la costumbre como fuente del derecho, en la que muy poco se ha avanzado. No debemos incurrir en el mismo error de las legislaciones de la edad media que terminaron quedándose obsoletas y abrieron campo a la

¹¹⁹ En este sentido el numeral 8 del salvamento de voto del profesor Gaviria antes transcrito.

eliminación y pérdida de importantes instituciones jurídicas de aquella época. La legislación escrita del XXI no puede incurrir en el mismo error. Al fin y al cabo una legislatura es mucho mas corta que un cambio generacional. Este es un deber que se reclama al legislador.

Todo parece indicar, en consecuencia, que el ordenamiento jurídico integrado en la forma vista satisface o, por lo menos en principio, debe satisfacer de sabiduría al operador jurídico en la búsqueda de una correcta interpretación de la ley. No obstante, nuestra condición de Estado social de derecho impone una nueva actitud interpretativa acorde con el derecho actual vigente.

Lo expresa así nuestra Corte Constitucional:

“Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

4. *La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.*

5. *Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.*¹²⁰

¹²⁰ T-406/92

3.3. Criterios auxiliares

Antes de entrar a analizar los llamados criterios auxiliares, debemos citar la ponencia del maestro Ciro Angarita Barón, en sentencia T-406/92 llamando nuestra atención en torno al papel que le corresponde a los llamados criterios secundarios:

“8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (...)”

“La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el

fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración "la realidad viviente de los litigios", el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia."

Siguiendo la C. P. son criterios auxiliares la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, aunque esta no es una lista limitativa sino enunciativa, de forma que existen otros criterios que sin haber sido mencionados expresamente en la norma superior, no por ello deben no tenerse en cuenta.

3.3.1. Jurisprudencia y doctrina constitucional

Comencemos por precisar la diferencia fundamental entre estos conceptos, como quiera que su significado importa sobre manera en el tema que estamos desarrollando. Entendemos por jurisprudencia el contenido de las decisiones que los jueces profieren como operadores

judiciales al aplicar el ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su jurisdicción y competencia. Las decisiones de la Corte Constitucional contienen expresiones que fijan el alcance de las normas sometidas a su estudio de constitucionalidad, por lo tanto son de carácter obligatorio para el operador cuando deba aplicar la norma sobre la cual la doctrina constitucional ha fijado como criterio integrador del derecho.

Así trata la Corte Constitucional el tema, en sentencia C-083/95:

“Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen^{121[4]} al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los

fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la Ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ..." (Subraya de la Sala).

Es claro entonces que la norma transcrita resulta armónica con lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta del 91.

Así mismo, conviene precisar que no hay contradicción entre la tesis que aquí se afirma y la sentencia C-131/93, que declaró inexecutable el artículo 23 del Decreto legislativo 2067 del 91 en el cual se ordenaba tener "como criterio auxiliar obligatorio" "la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional", mandato, ese sí, claramente violatorio del artículo 230 Superior. Lo que hace, en cambio, el artículo 8° que

se examina-valga la insistencia-es referir a las normas constitucionales, como una modalidad del derecho legislado, para que sirvan como fundamento inmediato de la sentencia, cuando el caso sub judice no está previsto en la ley. La cualificación adicional de que si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica.

Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

La disposición transcrita corrobora, además, la distinción que atrás queda hecha entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra claro apoyo, además, en el artículo 5° de la misma ley 153 de 1887, cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución-ley suprema-, la que se aplica".

En el mismo sentido, en sentencia C-131/93, la Corte había expresado:

"La sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria. Únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada. Poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución y goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquellos. La parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar-no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta. Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues

tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. La ratio iuris se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política”

Cuando el juez falla los casos sometidos a su jurisdicción debe acatar los principios constitucionales, para cuyo efecto está obligado a respetar la doctrina constitucional integradora, como lo expresó la Corte Constitucional¹²²:

“Respecto del segundo punto, esto es, de los efectos de los fallos y de la doctrina constitucional, la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional se ha ocupado de estos temas. Esta Corporación ha explicado:

“En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada ‘cosa juzgada constitucional’, en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:

“-Tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes.

“-Por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

¹²² C-037-00

“Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica. Sin embargo, a diferencia del resto de los fallos, la cosa juzgada constitucional tiene expreso y directo fundamento constitucional - art. 243 CP-.

“Las sentencias de la Corte sobre temas de fondo o materiales, tanto de exequibilidad como de inexecutableidad, tienen una característica especial: no pueden ser nuevamente objeto de controversia. Ello porque la Corte debe confrontar de oficio la norma acusada con toda la Constitución, de conformidad con el artículo 241 superior, el cual le asigna la función de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Carta. Mientras que los fallos por ejemplo del contencioso administrativo que no anulen una norma la dejan vigente pero ella puede ser objeto de futuras nuevas acciones por otros motivos, porque el juez administrativo sólo examina la norma acusada a la luz de los textos invocados en la demanda, sin que le esté dado examinar de oficio otras posibles violaciones, de conformidad con el artículo 175 del código contencioso administrativo (cosa juzgada con la causa petendi).

“Todos los operadores jurídicos de la República quedan obligados por el efecto de la cosa juzgada material de las sentencias de la Corte Constitucional”.^{123[13]}

“En cuanto a la pregunta acerca de qué parte de las sentencias de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada, la misma jurisprudencia señala:

^{123[13]} Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-131 del 1o de abril de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

“2. ¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?”

“La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.”

“3. ¿Que parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?”

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.”

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.”

“Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.(sic)”

“En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera obiter dicta.”

“Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también”

obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

“Dentro de estos mismos parámetros, la Corte ha dispuesto acerca de la llamada doctrina constitucional:

“b. La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

“Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.

“Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la

elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)

“Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la Ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces.”

Resulta clara, entonces, la diferencia entre jurisprudencia y doctrina constitucional (jurisprudencia constitucional). Corresponde ahora referirnos únicamente a la jurisprudencia, en tendiendo por tal “un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes”¹²⁴, de forma que su importancia varía conforme al sistema jurídico, resultando evidente que en el nuestro son apenas un criterio auxiliar, por gozar de primacía el ordenamiento jurídico. No obstante, no son pocos los temas en que las decisiones de nuestras Cortes han construido verdaderas instituciones, tal es el caso de las llamadas doctrina del “abuso del derecho”¹²⁵, doctrina del “enriquecimiento sin causa”¹²⁶, doctrina de la “imprevisión”¹²⁷, todas ellas recogidas por el legislador mercantil de 1971. También menciona el profesor Valencia Zea las doctrinas relacionadas con el fraude a la ley, con la posesión, el principio de la buena fe exenta de culpa, el error de derecho, la simulación de los negocios jurídicos, la

¹²⁴ Monroy Cabra, Ob.cit., p.182

¹²⁵ Sentencias de casación civil de fechas 6/9/35, 5/8/37, 21/2/38, 2/6/58

¹²⁶ Sentencias de casación civil de fechas 30/10/35, 5/8/37, 21/2/38

¹²⁷ Sentencias de 29/10/36

responsabilidad civil y la devaluación monetaria, entre otras.

Se plantea, en consecuencia, un nuevo cuestionamiento: El juez crea derecho? Inicialmente podría pensarse que en un sistema como el nuestro si bien la jurisprudencia se ha encargado de ir construyendo instituciones como las reseñadas, resulta evidente que su campo es muy restringido frente al horizonte que se plantea a sistemas consuetudinarios. Son varios los autores que atribuyen a la función de los jueces, a más de la de aplicación, integración e interpretación, la de creación de derecho, obviamente circunscrito exclusivamente al caso concreto objeto de su decisión.

Consideramos que debe hacerse una diferencia si de resolver un caso difícil o dudoso se trata, pues, en nuestro sentir, la actividad judicial es diferente. Resolver un caso fácil requiere una simple actividad silogística¹²⁸, pues existiendo norma aplicable y siendo su sentido claro, no procede otro camino diferente al operador judicial que aplicar la norma. No ocurre lo mismo cuando el caso es dudoso y por tanto es indispensable la labor interpretativa e integradora del juez; no creadora. Finalmente, en los casos difíciles, el juez tampoco crea derecho, pues su función es integradora.

Monroy Cabra sostiene que “El juez en nuestro derecho no puede cambiar la ley pero al interpretarla está creando derecho y la jurisprudencia a dado origen a grandes concepciones jurídicas que en algunas ocasiones han

¹²⁸ Para Cossio la actividad judicial siempre es una actividad creadora por no ser simplemente de deducción silogística.

tenido consagración legislativa”¹²⁹, mezclando dos nociones diferentes: Si las instituciones construidas por la jurisprudencia son fruto de interpretación, resulta evidente que no se está creando derecho sino fijando el alcance o sentido de las normas. Si lo que se está haciendo es interpretando, no se puede sostener que dicha labor es creadora, pues, de una parte la interpretación judicial no es autorizada, ni de contenido general, y de otra parte, es claro que para el caso particular a que se refiere se limita a fijar el alcance o sentido de la norma que aplica. Para el maestro, “La jurisprudencia solo es creadora cuando el juez llena una laguna de la ley. Esto, por cuanto frente a un vacío legal el juez llena dicho vacío mediante procedimientos de integración creando una verdadera norma”¹³⁰

Esta afirmación nos genera un nuevo problema sobre el cual no me extenderé, pero no puedo dejar de plantearlo: Ante un vacío legal, teniendo el juez la obligación constitucional de decidir, aceptar que la integración que debe hacer constituye una creación de la norma a aplicar, vulneraría un principio de orden superior según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a la legislación existente al momento del hecho que se juzga¹³¹. Si reconociéramos que el juez crea la norma que va a aplicar, es evidente que la norma no es preexistente al hecho sometido a su estudio, por lo que debemos aceptar que la función integradora no constituye creación de derecho. El problema se elude cuando se afirma que lo que el juez crea es derecho y no ley.

¹²⁹ Ob. cit., p. 188

¹³⁰ Ob. cit., p. 184

¹³¹ C. P. art. 29 : “ ... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ...”

Podría pensarse que en los sistemas consuetudinarios la labor del juez si es creadora, por vía del precedente, no obstante, el problema recién planteado mantiene vigencia.

Se advierte claramente en esta problemática la diferencia existente aún hoy en día entre los positivistas tradicionales y las nuevas perspectivas y tendencias del derecho.

La Corte Constitucional se ocupa del tema en sentencia C-836 de 2001, donde respecto de la función creadora del Juez en sus decisiones y la calificación que la ley da a las decisiones que se adoptan en idéntico sentido expresa:

“Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión “probable” que la norma demandada acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169

de 1896.^{132[11]} *La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.*

6. *La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.*

*Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema, muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute **probable**. Sin embargo,*

el carácter probable de la doctrina no debe interpretarse como una facultad omnímoda para desconocer las interpretaciones del ordenamiento jurídico hechas por la Corte Suprema.

7. *El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante **la ley**-entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico-y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad-como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.*

Si se aceptara la plena autonomía de los jueces para interpretar y aplicar la ley a partir-únicamente-de su entendimiento individual del texto, se estaría reduciendo la garantía de la igualdad ante la ley a una mera igualdad formal, ignorando del todo que la Constitución consagra-además-las garantías de la igualdad de trato y protección por parte de todas las autoridades del Estado, incluidos los jueces. Por el contrario, una interpretación de la autonomía judicial que resulte armónica con la igualdad frente a la ley y con la igualdad de trato por parte de las autoridades, la concibe como una prerrogativa constitucional que les permite a los jueces realizar la igualdad material mediante la ponderación de un amplio espectro de elementos tanto fácticos como jurídicos.

Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la

Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.

8. Lo dicho hasta ahora justifica la actividad creadora del juez, para que éste atribuya los criterios materiales de igualdad establecidos en la Constitución y la ley en cada caso. Sin embargo, aun cuando la consagración constitucional de la igualdad es una condición necesaria, por sí misma no justifica la obligación de los jueces y de la Corte Suprema de seguir formalmente las decisiones de ésta última.

En efecto, si el objetivo constitucional de la realización de la igualdad fuera el único fundamento de su obligatoriedad, no sería suficiente para que los jueces y, como tales, también la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, estuvieran vinculados por la doctrina judicial. Bastaría con que atribuyeran materialmente los mismos efectos a los casos similares, sin necesidad de hacer explícita su adhesión, o las razones para desviarse de sus decisiones precedentes. Sin embargo, la obligatoriedad formal de la doctrina judicial como tal, no se deriva únicamente de la necesidad de preservar la igualdad”.

Ahora bien, en la misma decisión, se concluye claramente que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia constituyen un claro precedente que deben respetar los

demás jueces en sus decisiones posteriores sobre casos semejantes, veamos *in extenso* las consideraciones al respecto:

“4. La forma como resulta obligatoria la doctrina judicial dictada por la Corte Suprema de Justicia

4.1 ¿Cuándo resultan obligatorios para los jueces y para la Corte Suprema de Justicia las decisiones de ésta como tribunal de casación?

14. La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, como se dijo anteriormente, no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución. La Corte ha avalado desde sus comienzos esta interpretación constitucional del concepto de “imperio de la ley” contenido en el art. 230 constitucional. Al respecto, en la Sentencia C-486/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) dijo:

“Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada-la “ley” captada en su acepción puramente formal-sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En

este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico(Cart. 16)."

Por supuesto, esta no fue la intención del constituyente, quien, por el contrario, estableció explícitamente la prevalencia de la Constitución sobre las demás normas jurídicas (art. 4º), permitiendo así la aplicación judicial directa de sus contenidos. Sin embargo, esta jerarquía normativa no requiere ser explícita-como cláusula positiva-para que la comunidad jurídica la reconozca, ni supone como única consecuencia la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Implica, además, que la ley misma, la ley en sentido formal, dictada por el legislador, debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución. En esa medida, la Carta cumple una función integradora del ordenamiento, que se desarrolla primordialmente dentro de la actividad judicial, y en la cual los más altos tribunales de las diversas jurisdicciones tienen una importante responsabilidad.^{133[19]}

15. *Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales*

fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues, como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia.

16. *La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación.*

17. *En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y*

vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. *Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, tal como ocurrió en el siglo pasado, cuando la Corte Suprema y el Consejo de Estado establecieron las teorías de la imprevisión y de la responsabilidad patrimonial del Estado. En estos casos se justifica un replanteamiento de la jurisprudencia. Sin embargo, ello no significa que los jueces puedan cambiar arbitrariamente su jurisprudencia aduciendo, sin más, que sus decisiones anteriores fueron tomadas bajo una situación social, económica o política diferente. Es necesario que tal transformación tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio jurídico que fundamentó cada aspecto de la decisión, y que el cambio en la jurisprudencia esté razonablemente justificado conforme a una ponderación de los bienes jurídicos involucrados en el caso particular.*

19. *Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto*

de derecho sea contradictoria o imprecisa. Puede ocurrir que haya sentencias en las cuales frente a unos mismo supuestos de hecho relevantes, la Corte haya adoptado decisiones contradictorias o que el fundamento de una decisión no pueda extractarse con precisión. En estos casos, por supuesto, compete a la Corte Suprema unificar y precisar su propia jurisprudencia. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un "plus" a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia

decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

21. La expresión “erróneas” que predica la norma demandada de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre las anteriores dos posibilidades de variar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en

otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica-que implica unos jueces respetuosos de los precedentes-y la realización de la justicia material del caso concreto-que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-." SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia la norma demandada justifica el cambio de jurisprudencia en los términos expresados, pero no constituye una facultad del juez para desechar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.

4.2. ¿Cómo resultan vinculantes las decisiones judiciales?

22. Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre

un determinado punto de derecho.^{134[20]} Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. Por supuesto, la definición general de dichos elementos no es unívoca, y la distinción entre unos y otros en cada caso no resulta siempre clara. Sin embargo, la identificación, interpretación y formulación de los fundamentos jurídicos inescindibles de una decisión, son labores de interpretación que corresponden a los jueces, y principalmente a las altas Cortes. La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto.

23. *Con todo, los obiter dicta o dichos de paso, no necesariamente deben ser descartados como materiales irrelevantes en la interpretación del derecho. En efecto, en muchos casos permiten interpretar cuestiones jurídicas importantes en casos posteriores que tengan situaciones de hecho distintas, aunque no necesariamente deban ser seguidos en posteriores decisiones. Así, puede ocurrir que carezcan completamente de relevancia*

jurídica, que contengan elementos importantes pero no suficientes ni necesarios para sustentar la respectiva decisión, que sirvan para resolver aspectos tangenciales que se plantean en la sentencia, pero que no se relacionan directamente con la decisión adoptada, o que pongan de presente aspectos que serán esenciales en decisiones posteriores, pero que no lo sean en el caso que se pretende decidir.

24. *Adicionalmente, el juez puede observar que a pesar de las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, y que impiden igualarlos, y en consecuencia, estaría permitido que el juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable. A contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación-tertium comparationis-que permita asimilarlos en algún aspecto. En esa medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables, y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar porqué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.”*

En este orden de ideas, se cuestionará el estudiante, cómo, siendo la jurisprudencia una criterio auxiliar, se

constituye como precedente de las decisiones que deban adoptar los jueces en sus decisiones, ya se trate de precedente horizontal o vertical, según se trate de las decisiones del mismo juez que deben respetar sus propias decisiones o de jueces que deban respetarlas decisiones de sus superiores.

3.3.2. Los principios generales de derecho

Se pronunció así la Corte Constitucional en la sentencia que se analiza:

“Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía legis, y se la contrasta con la analogía juris en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación sub iudice) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito

en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana. Así lo ilustra, con rigurosa documentación, el profesor Hernán Valencia Restrepo^{135[5]} en su valioso trabajo sobre los principios generales del derecho. A propósito de la asimilación hecha por el jurista preclásico Antiscio Labeón (año 45 a.c.) del término regla al de norma, escribe: "Se debe aclarar que la ...sinonimia (regla = norma jurídica) no constituyó novedad alguna, en cuanto a la significación estrictamente jurídica, porque la regla desde siempre se había considerado extraída del derecho vigente, del derecho positivo y, por lo consiguiente, parte integrante de éste, es decir, norma jurídica." (subraya la Corte). Y para ilustrar mejor su aseveración cita la definición de regla dada por Paulo: "La regla es una proposición que expone brevemente el derecho vigente. No se toma el derecho vigente de la regla sino la regla del derecho vigente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las normas vigentes y, como dice Sabino, es como un resumen del derecho, que si falla en algo resulta inútil". (Subrayas fuera del texto).

Y más adelante agrega: "La antecedente interpretación se confirma con la de los glosadores (siglos XII y XIII), para quienes la definición de regla del Digesto ('la regla es como un resumen del

derecho vigente'), patentiza que es una generalización inducida de los casos singulares: la regla reduce varios casos a uno. "...si las reglas son generalizaciones inducidas de los casos resueltos por las normas particulares del derecho vigente, fuerza es concluir que tienen la misma naturaleza jurídica de las normas de las cuales son extraídas. Más escuetamente, las reglas son normas jurídicas como lo son las normas particulares que han resuelto los casos. (Subrayas de la Corte). Claro está que en nuestro derecho, como en el de los países europeos donde se cumplió el fenómeno de la recepción, al sustituirse las normas generales al casuismo, es a partir de ellas que se lleva a término la inducción que concluye en la formulación de la regla.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés^{136[6]} al exponer la tesis que se viene sustentando, escribe: "...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

A su turno el publicista y jusfilósofo argentino Genaro R. Carrió^{137[7]}, al formular ciertos reparos a Ronald M. Dworkin, para mostrar que lo que éste llama "principios" es reductible, finalmente, a reglas (normas positivas) del ordenamiento, dice: "...No existe la pretendida 'diferencia lógica' entre las reglas jurídicas (entendidas aquí como normas) y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie

debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión...." (que Dworkin considera un principio no reductible a norma).

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita. En términos hartianos^{138[8]}, si es o no identificable como elemento de un sistema normativo, conforme a la regla de reconocimiento. Por eso concluye Carrió: "Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última".

Las anteriores razones, sumadas a las transcritas arriba, condujeron a la Corte a concluir:¹³⁹ *"Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla "nemo auditur ..." que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación."*

Incorre en varias imprecisiones la Corte en su función integradora, pues al fijar el alcance la expresión "imperio de la ley" estableció que debe entenderse

¹³⁹ Lo pertinente de la sentencia C083/95 se transcribió al comenzar este capítulo.

“todo el ordenamiento jurídico” y al analizar las reglas generales del derecho incorpora allí los principios que denomina extra sistemáticos para concluir que al inducir de la legislación una regla general, en realidad lo que se hace es mantenerse en la fuente principal del sistema jurídico.

Ya hemos visto que el inciso segundo del artículo 230 C.P. se refirió a “*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina*” como “*criterios auxiliares de la actividad judicial*”, de forma que se plantea un problema: determinar si las reglas generales son los mismos principios generales, pues de ser iguales, no se entiende cómo las primeras constituyen un criterio principal y, al mismo tiempo, el constituyente haya dispuesto que son un criterio auxiliar.

Monroy Cabra nos habla de “reglas generales de derecho según la jurisprudencia”¹⁴⁰ para referirse al enriquecimiento sin causa, a la buena fe, la teoría de la imprevisión, el fraude a la ley, el abuso del derecho, entre otros, a los que previamente había denominado principios generales del derecho.

i. Reglas y principios

Para buscar claridad en el problema vayamos a la diferencia que de reglas y principios hace Dorwin¹⁴¹, para quien las primeras son mandatos que se cumplen o se incumplen y los principios son mandatos que buscan lo mejor, distinción que es afinada por Alexy : “La segunda

¹⁴⁰ Ob, cit.p.358

¹⁴¹ Ob. cit. p. 267. Las reglas plantean una alternativa de todo o nada; los principios orientaciones que deben seguirse.

distinción es una distinción entre dos tipos de normas, esto es, entre reglas y principios. Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como «mandatos definitivos». Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados.”¹⁴².

En su conferencia “Sistema jurídico y razón práctica” amplía la distinción: “La distinción entre reglas y principios constituye la base de mi argumento a favor de un constitucionalismo moderado. Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. Si esto es así, entonces se trata de una distinción dentro de la clase de normas.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de optimización* mientras que las reglas tienen el carácter de *mandatos definitivos*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de

142

las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada mas y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho”¹⁴³

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero¹⁴⁴ luego de precisar varios sentidos, alcances o significados de lo que se puede entender como regla y como principio, sostiene que unas y otras “pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con soluciones , pero eso no quiere decir que, desde esa perspectiva, no exista ninguna diferencia entre reglas y principios. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se

¹⁴³ Ob. Cit., p. 162

¹⁴⁴ Ob.cit. p. 101 ss.

encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas”

Pues bien, cómo saber si las reglas generales son los mismos principios generales del derecho, según lo planteado por nuestra doctrina constitucional? O, aceptar la distinción hecha entre reglas y principios, en el entendido que ambas son normas, pero de diversa clase? Qué hacer cuando los principios son incorporados a la legislación escrita? Por esa razón se degradan a la categoría de regla?

La Corte Constitucional se ha ocupado del tema en sentencia C-1287/01 en la que recoge buena parte de las anteriores consideraciones:

“5. El problema de las antinomias o contradicciones internas del ordenamiento jurídico, y específicamente el de las antinomias constitucionales, ha sido abordado usualmente por la doctrina a partir de la connotación de sistema que se predica del ordenamiento jurídico, y que exige la coherencia interna del mismo.

A juicio de Bobbio, "un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, "sistema" equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es un relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad."....en este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino

sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás"

En virtud del anterior postulado, Bobbio afirma que "el derecho no admite antinomias", entendiendo por antinomia, propiamente hablando, aquella situación en la que se dan dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento y tienen un mismo ámbito de validez. Para resolver las antinomias acude entonces a ciertos criterios tradicionales, entre los cuales menciona el cronológico, el jerárquico y el de especialidad. Sostiene enseguida, que tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporáneas, es decir que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están validamente incorporadas al sistema; Empero, las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de validez, mas si de eficacia. Bobbio llama a este tipo de antinomias, antinomias insolubles.

6. Por fuera de la perspectiva de esta analítica jurídica de corte positivista, otros sectores de la doctrina jurídica contemporánea hacen un análisis descriptivo del ordenamiento distinguiendo en él la presencia de distintos tipos de normas. Así por ejemplo, Dworkin, dentro del clásico debate que sostuvo con Hart, expuso que el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como "principios, directrices políticas y otros tipos de pautas", a los cuales llamó genéricamente "principios." Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que

han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin un diferencia lógica. Las reglas son aplicables "a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión." En cambio los principios no "establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas", puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.

De manera general, la filosofía jurídica contemporánea, con miras a establecer fórmulas para la resolución de antinomias, especialmente de las que se presentan dentro de las constituciones, se ha preocupado por precisar la diferencia que existe entre los valores, los principios y las reglas constitucionales.

En lo que concierne a la noción de valores constitucionales, es posible apreciar un acuerdo en cuanto al contenido esencial de dicha noción en los autores que abordan el tema. En primer lugar la doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente

en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento.

Frente a las disposiciones que reconocen valores, las que consagran los principios también serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa. Así, finalmente la distinción entre principios y valores, sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia.

En lo que concierne a las reglas, tales serían las disposiciones jurídicas en las que se "define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social" Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos.

Sobre la distinción entre reglas y principios, Alexy señala que "las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o

permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas "mandatos definitivos". Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. **Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios".** (Destaca la Corte)

Por su parte, para este mismo autor, la diferencia entre valores y principios viene dada porque los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico. En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. Por ello afirma que "lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido".

Ahora bien, como se ha dicho, la doctrina jurídica expuesta propone que cuando surgen conflictos entre normas que reconocen valores o principios, es

decir cuando parecen contraponerse, es menester acudir a la ponderación para lograr su armonización. Así las cosas, la distinción entre las nociones mencionadas, acaba siendo un método de interpretación constitucional válido para lograr la coherencia interna práctica de las normas superiores, que supera el criterio formalista de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad.”

ii. Principios y valores

Surge así un nuevo concepto que debemos incorporar a nuestro análisis: el valor, de forma que siguiendo al jurista alemán, nuestra Corte incorpora en la hermenéutica la axiología como elemento esencial del estudio del derecho.

Se expresa así la doctrina constitucional en la misma sentencia citada:

“Es clara pues la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda a cerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado. Esta realidad ha sido admitida sin ambages por la jurisprudencia, que en lo que concierne a la fuerza normativa de las disposiciones superiores que consagran valores o principios”.

No podemos dejar pasar un cuestionamiento adicional: Principio constitucional y principios generales del derecho son conceptos diferentes? El problema debe ser resuelto, pues resulta claro que los principios constitucionales e, incluso, los valores constituyen un criterio principal de interpretación para el juez; no obstante, la C.P. dispone que los principios generales del derecho apenas alcanzan la calificación de principios auxiliares. Es evidente que si estamos hablando de los mismos principios hay una contradicción.

Ahora bien, si entendemos los principios generales del derecho como reglas generales, debemos concluir con Cossio que se trata de reglas jurídicas, incorporadas por tanto al sistema y, en consecuencia, en el ámbito del sentido dado a la ley, como ordenamiento, lo cual puede ocurrir igualmente cuando el legislador incorpora en la ley escrita el principio, como ocurre en Colombia en el código de comercio con los principios de la buena fe, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa; o, lo que es lo mismo, constituyen un criterio principal de interpretación. Por qué se le mencionó como auxiliar?

Para tratar de resolver los cuestionamientos, es útil lo expresado en la sentencia T-406/92 varias veces citada:

“7. Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico³

pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, c. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que

consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.

b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de

la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor

especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta ⁴, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto”

iii Principios y Estado Social

Continúa la cita de la sentencia del insigne magistrado:

“C. Principios y Estado Social

8. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales:

el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 ("Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial").

9. Pero esta no es la única razón que explica el cambio anotado: el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo.

La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmado la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley

sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración "la realidad viviente de los litigios", el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel⁵. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

10. De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho”.

Citando al maestro Monroy Cabra¹⁴⁵, los principios generales del derechos para los positivistas “son aquellos que históricamente y en forma contingente han inspirado u orientado una legislación determinada”, mientras para los naturalistas “ se refiere a los principios universales y

¹⁴⁵ Ob, cit, p. 343 ss.

eternos de justicia”. Luego de citar algunos autores¹⁴⁶ expresa: “En resumen: la referencia a los principios generales de derecho no solo se hace al derecho positivo sino que pueden no estar consagradas (sic) positivamente y deben ser aplicados mientras no sean incompatibles con el ordenamiento.”

“Colombia acepta la concepción iusnaturalista de los principios generales de derecho que son un medio de integración del orden jurídico frente a las lagunas de la ley al tenor del artículo 8° de la ley 153 de 1887. El análisis del Código Civil y de sus fuentes permite concluir que se aceptó al escuela clásica de filiación iusnaturalista.”

“El artículo 4° de la ley 153 de 1887 expresamente cita los principios de derecho natural como orientación para interpretar la Constitución y las leyes. Esta norma hay que interpretarla conforme al artículo 230 de la Constitución, que dice que los principios generales de derecho son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

“Sin pretender enumerar los principios generales de derecho, se pueden citar: la igualdad de las personas ante la ley, el cumplimiento de los contratos y tratados internacionales, la buena fe, el respeto de los derechos humanos, el deber de indemnizar cuando se ha causado un daño, la función social de los derechos, la condena al enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, el rechazo al fraude a la ley, el reconocimiento de la teoría de la imprevisión, la justicia, la responsabilidad de los

¹⁴⁶ Cita a Del Vecchio, para quien los principios son los del derecho natural; a Díaz Couselo para quien son “aquellos juicios de valor”, anteriores a la formulación normativa, son el “fundamento del derecho positivo” y le sirven de fuente en sentido técnico; Legaz y Lacambra, sostiene que “constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del derecho”; García Valdecasas, entre otros.

particulares, de los funcionarios públicos y del Estado, etc.”.

iv. El procedimiento de la ponderación

Arriba dijimos que cuando surgen conflictos entre reglas éstos se desatan conforme al método de todo o nada propuesto por Dworkin, que Alexy denomina de subsunción. Nuestro ordenamiento se refiere a las incompatibilidades entre normas, las que desata mediante un método tradicional de aplicación de la ley, según el cual una descarta a la otra.

Igualmente se mencionó que los conflictos entre principios y entre valores se desatan mediante el método de la ponderación. Surge, entonces, el problema de establecer en qué consiste la ponderación, pues constituye “la forma de aplicación del derecho que caracteriza los principios”.

Para resolverlo, el propio Alexy propone un procedimiento elaborado por la teoría de los principios, que describe en la siguiente forma:

“El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad (VerhältnismaBigkeitsgrundsatz). Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación (Grundsatz der Geeignetheit), la regla de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit), y la regla de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der VerhältnismaBigkeit im engeren Sinne). Me referiré primero a la primera y segunda reglas, esto es, la regla de adecuación y la regla de necesidad. Ambas están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible. Supongamos que el legislador introduce la norma N con la intención de mejorar la seguridad del

Estado. N infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido aun bien colectivo. A este principio le podemos llamar P_1 . La libertad de expresión puede ser concebida como un derecho individual fundamental que se basa en un principio. A este principio le llamaremos P_2 . Supongamos ahora que la norma N no es adecuada para promover P_1 , esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo, infringe P_2 , o sea, la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida N , que aceptando la validez de N . Aceptar la validez de N no conlleva ninguna ganancia para P_1 sino sólo pérdidas para P_2 . Tal solución no sería un óptimo de Pareto. Los derechos como principios exigen óptimos de Pareto.”

“La deducción de la segunda regla, la regla de la necesidad, es muy similar. Supongamos que hay una alternativa N' a N , que es suficientemente adecuada para promover P_1 , y que infringe menos P_2 que N . En esta situación, P_1 y P_2 prohíben conjuntamente N . N' no es necesaria para realizar P_2 , porque P_1 puede ser cumplido con un costo menor. De nuevo se trata de un óptimo de Pareto.”

“La tercera subregla de la regla de proporcionalidad, la regla de proporcionalidad en sentido estricto, tiene un carácter distinto. Esta regla se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. Consideremos a un legislador que quiere prevenir, de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una ley que prescribe que todos los sujetos infectados de SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda de que la salud pública y, por lo tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el SIDA sea controlado en la mayor medida posible. En esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto requiere que se tome en cuenta el derecho de aquéllos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga sólo un principio, esto es, el ser fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera: Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.”

“La regla nos dice cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro. Tenemos que investigar la intensidad de la

interferencia, en nuestro ejemplo, la intensidad de la interferencia con los derechos de aquéllos (sic) que serían puestos en cuarentena de por vida, y la importancia de las razones para tal interferencia. Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado. Alguien que no considere a los derechos individuales como algo con gran valor puede aplicar la regla para favorecer el bien colectivo de la salud pública. Al hacer esto, llegaría al resultado de que la cuarentena de por vida está justificada. Alguien para quien los derechos individuales son muy valiosos llegaría al resultado contrario aplicando la misma regla de ponderación.”

“Un crítico de la teoría de los principios podría sostener que la posibilidad arriba señalada de llegar a resultados divergentes muestra que toda esta teoría, o al menos el concepto de ponderación, es inútil. Pero esto sería un error. En el razonamiento práctico general, así como en el razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento. Es difícil negar que las estructuras implicadas al concebir los derechos como principios son racionales. Por ello, me gustaría proponer, como resultado intermedio, que los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios. Con esto tenemos algo más que nada, pero todavía no es suficiente.”¹⁴⁷

Queda claro que cuando surge un conflicto entre principios lo que se presenta en una “tensión entre ellos” de forma que mediante la ponderación se prefiere a uno sobre el opuesto que simplemente cede, sin que deba ser considerado inválido.

Ilustrado el tema como se encuentra, podemos concluir que dentro del ordenamiento jurídico nacional la normativa superior goza de unos principios de carácter superior, los cuales, obviamente corresponden a principios generales del derecho, pero que habrán de

¹⁴⁷ Alexy, ob. cit. 23- 35

distinguirse de aquellos que sólo se predicán del derecho privado, sin que alcancen la dimensión de servir a la Constitución, pero que deben corresponder a postulados que encajen dentro de ella. Unos y otros gozan de la calificación de principios, por consistir en mandatos de optimización, por tratarse de “normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios”¹⁴⁸

v. Principios generales de derecho mercantil

Hemos visto que existen principios constitucionales y que el derecho común reconoce la existencia de principios generales de derecho; debemos, ahora, establecer si existen principios generales de derecho mercantil.

Medina Vergara sostiene que el derecho mercantil, como rama especial del derecho privado, tiene sus propios y peculiares principios “distintos y, muchas veces, opuestos a los principios generales civiles, en cuanto se aplican a los actos realizados en masa”¹⁴⁹

Curiosamente, el legislador mercantil se apresuró a escribir principios generales que la doctrina y la jurisprudencia civilista reclama como suyos. Tal es el

¹⁴⁸ Alexi, ob,cit,p. 75

¹⁴⁹ Ob, cit., p. 98

caso, del fraude a la ley, del enriquecimiento sin causa, del abuso del derecho. En otros casos escribió principios propios del derecho común como la buena fe y la autonomía de la voluntad.

No obstante, muchos otros principios se encuentran en el derecho mercantil: El dinero se presume fructífero; las obligaciones se suponen siempre contraídas *in solidum*; Es libre la prueba de los actos jurídicos; En caso de duda se prefiere el sentido que favorezca la circulación; son algunos expresados por la doctrina nacional contemporánea¹⁵⁰. También son principios generales del derecho mercantil: la confianza; la transparencia en la información; la calidad de los productos, bienes o servicios; la libre forma de expresión de la voluntad para obligarse.

3.3.3. La doctrina

Criterio auxiliar que ayuda al operador a encontrar el significado y alcance de la norma jurídica. No obstante, en la creación de la ley es la doctrina una de las herramientas más importantes con que cuenta el derecho, conformada por “todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del derecho positivo que guían las reformas de la legislación, así como son pauta para la aplicación del derecho”¹⁵¹, al decir del profesor Monroy Cabra.

Ya habíamos planteado el problema de establecer si las fuentes están dentro del derecho o, por ser su origen, se

¹⁵⁰ Medina Vergara, ob, cit, p. 100

¹⁵¹ Ob.cit.p. 181

localizan en sus inicios o principios. También hemos puesto de presente que el operador jurídico es, fundamentalmente, el juez, encargado de aplicar la ley a los casos concretos que se someten a su juicio. No obstante, no podemos desconocer que el legislador es un protagonista del derecho, ni más ni menos que se trata de quien crea formalmente la ley y quien, constituye la fuente interpretativa auténtica de nuestra legislación¹⁵².

Un tercer protagonista entra en la escena jurídica y es el científico del derecho que sin estar encargado de redactar la norma escrita¹⁵³ y sin tener la obligación de juzgar una situación fáctica y concreta sometida a su jurisdicción, se ocupa del estudio del derecho.

Antes de seguir adelante en nuestro estudio debemos resolver un primer problema. Nos corresponde ahora armonizar la noción de jurisprudencia que hemos adoptado con el texto del artículo 26 de la codificación civil que califica la decisión judicial como una forma de interpretación por vía de doctrina. El problema surge por cuanto en el capítulo anterior manifestamos que la decisión del juez constituye jurisprudencia y el citado artículo establece que *“Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina”*

El problema se agudiza un poco cuando nos detenemos en el contenido del artículo 4° de la ley 69 de 1896 que expresa: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un*

¹⁵² Se recomienda la lectura de la sentencia C820 de 2006 sobre este aspecto.

¹⁵³ También se habla de regla o de estatuto para referirse a esta manifestación de la norma jurídica.

mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ...", pues siguiendo el artículo 17 del código civil, *"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas..."*.

Son, en consecuencia, las decisiones judiciales: jurisprudencia o doctrina?

Siguiendo el origen etimológico de la expresión, debemos entender por doctrina, del latín *doctrina*, el "conjunto de ideas u opiniones (en este caso jurídicas) sustentadas por una persona o grupo"¹⁵⁴. Al referirse al significado legal: "jurisprudencia: doctrina que se deduce del conjunto de las sentencias de los tribunales". También se entiende la doctrina como "un conjunto coherente de enseñanzas o instrucciones que pueden ser: un cuerpo de enseñanzas basadas en un sistema de creencias; principios o posiciones respecto a una materia o cuestión determinadas; una serie de enseñanzas sobre una rama de conocimiento o de ciencia concreta. Podría definirse doctrina como un sistema de opiniones o postulados más o menos científicos, frecuentemente con la pretensión de posesión de validez general. A nivel jurídico, significa el conjunto de opiniones efectuadas en la interpretación de las normas por los conocedores del derecho y forma parte de las fuentes del derecho aunque en un lugar muy secundario"¹⁵⁵.

Para el profesor Monroy Cabra, "La jurisprudencia implica que exista una serie de principios y doctrinas o normas generales, que se han deducido de la repetición uniforme de fallos judiciales y que sirven para orientar casos

¹⁵⁴ "Diccionario de la Lengua Española", 22ª ed. www.rae.es

¹⁵⁵ WIKIPEDIA. www.es.wikipedia.org

similares”¹⁵⁶. Cita en su obra a García Máynes para quien la jurisprudencia “es el conjunto de principios y de doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales”

Así las cosas, todo parece indicar que por doctrina se habrá de entender la opinión de los estudiosos del derecho, sean particulares o jueces, que se expresa a través de los diferentes medios de comunicación, esto es, en libros, textos, revistas, conferencias, sentencias, etc., pero que adoptan diversa denominación según se trate de particulares o de operadores investidos de jurisdicción.

La Corte Constitucional asigna este significado a la doctrina cuando estudia la exequibilidad del artículo 12 de la ley 153 de 1887 en sentencia C-037/00, al expresarse en los siguientes términos:

“En relación con “la doctrina legal más probable”, que es tomada como pauta de referencia a la cual deben someterse las órdenes y actos ejecutivos del gobierno so pena de no ser considerados obligatorios, la Corte encuentra que para adelantar el juicio de exequibilidad respectivo, es preciso aclarar primero a qué concepto hace referencia la expresión.

Prima facie, excluye que la norma se refiera a los conceptos vertidos por los tratadistas en sus estudios o publicaciones, pues nuestra tradición jurídica colombiana no ha considerado a la doctrina así entendida como fuente formal del derecho, aunque sí como fuente material. En este sentido es considerada como factor o elemento que puede llegar a determinar el contenido de las normas, mas no como expresión de preceptos vinculantes propiamente dichos. Entiende entonces la Corte,

¹⁵⁶ Ob cit., p. 182

que la frase hace relación a la jurisprudencia, más no a la “constitucional”, pues la referencia a la “legal” es explícita.”

3.3.4. Equidad

El diccionario de la lengua española la define como la "bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley". Igualmente, identifica la equidad con la "justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva". Etimológicamente equidad viene del latín *aequitas* que traduce *igual*.

“Equidad e igualdad son dos principios estrechamente relacionados, pero distintos. La equidad introduce un principio ético o de justicia en la igualdad. En definitiva, la equidad nos obliga a plantearnos los objetivos que debemos conseguir para avanzar hacia una sociedad más justa. Una sociedad que aplique la igualdad de manera absoluta será una sociedad injusta, ya que no tiene en cuenta las diferencias existentes entre personas y grupos. Y, al mismo tiempo, una sociedad donde las personas no se reconocen como iguales, tampoco podrá ser justa.”¹⁵⁷.

Aristóteles identificada la equidad con lo justo, con lo igual. En La Política sostiene que “Entre criaturas semejantes no hay equidad, no hay justicia más que en la reciprocidad, porque es la que constituye la semejanza y la igualdad. La desigualdad entre iguales y la disparidad entre pares son hechos contrarios a la naturaleza, y nada

¹⁵⁷ <http://www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/eq/>

de lo que es contra naturaleza puede ser bueno.”¹⁵⁸. Mas adelante afirma categóricamente “La igualdad es la identidad de atribuciones entre seres semejantes, y el Estado no podría vivir de un modo contrario a las leyes de la equidad.”¹⁵⁹ Similar afirmación hace de la justicia, de forma que también la equipara con igualdad.

El problema surge en torno a establecer qué criterios habrán de considerarse a fin de establecer la igualdad: algunos sostienen que se trata de igualdad ante la ley, y se ha hecho de ese postulado el eslogan de las revoluciones a partir del XVIII..

En nuestro ordenamiento, si bien el artículo 230 C.P. ha encasillado la equidad como un criterio auxiliar para el operador judicial; No obstante, en su artículo 2° dispuso “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” De otra parte, el numeral 1° del artículo 38 del código de procedimiento civil consagra: “El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza.”. El artículo 116 C.P. dispone que los fallos arbitrales puedan ser en equidad y el artículo 338 *ibidem.*, establece que la legislación tributaria debe consagrar el principio de equidad. El art. 32

¹⁵⁸ Ob. Cit., p. 115

¹⁵⁹ O. Cit., p. 132

del código civil ordena tener a la equidad como criterio final de interpretación.

Pero, cómo debe entenderse el concepto de equidad?

Si de la equidad que debe ser aplicada por el juez se trata, así se ha expresado la Corte Constitucional:

“12. Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.

La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del

legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.

Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto. ¹⁶⁰

De lo anterior se deduce que, en tratándose de la labor del juez al aplicar la ley, debe también considerar que dicha aplicación no conduzca a inequidades, de donde se deduce que su decisión debe estar revestida de una dosis de equidad, obviamente no entendida como igualdad, sino como el criterio que le permite graduar, dosificar, modular la norma general al caso concreto. Para poder hacerlo debe hacer uso de su capacidad decisoria, pero en manera alguna de su discrecionalidad, pues ello ocasionaría inseguridad jurídica. Consideramos, con Dworkin, que el derecho debe propender por llegar a encontrar la solución o la respuesta correcta. Sólo así el particular estará tranquilo frente a las decisiones judiciales.

Para Monroy Cabra “la equidad no significa sino que se dé una solución justa a los casos concretos”¹⁶¹, lo que nos genera el problema de dar un significado coherente y

¹⁶⁰ T-518/98

¹⁶¹ Ob., cit, p. 349

concreto a lo justo. “al interpretar la ley, el juez debe hacerlo del modo que parezca más justo para resolver el problema que decide. La equidad es una fuerza ética que le da vida al orden jurídico y coordina lo universal y metafísico con lo singular y concreto”.

Como Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos al referirse a la exequibilidad del arriba transcrito numeral primero del artículo 38 de la codificación procesal civil¹⁶²:

“3. Partiendo de la falibilidad del legislador, esta Corporación afirmó que las reglas jurídicas, aun cuando estén impecablemente diseñadas desde el punto de vista técnico, no pueden llegar a contemplar todas aquellas hipótesis de hecho que hacen parte del acontecer social. En efecto, el derecho, como fenómeno de institucionalización y sistematización de cierto tipo de reglas, principios y valores, es un proceso social que se construye históricamente.

4. Dado el carácter histórico de este proceso, y particularmente respecto del derecho legislado, la equidad resulta de la aplicación de la justicia al caso concreto, según la máxima que prescribe que se debe “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.” Sin embargo, en un Estado pluralista, que reconoce la autonomía de los individuos, la realización de dicha máxima a partir de un conjunto limitado de categorías de igualación de las personas atribuida por la ley, no está exenta de problemas. Por ello, al estar inserta en el momento de la aplicación de la ley, la equidad permite llevar a la realidad dicha máxima y, en tal medida, corregir o moderar al menos dos problemas que surgen del carácter general de la ley.

¹⁶² C-1547/00

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos "límites", resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social, es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad-al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto-permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes. En virtud de la importancia que tiene para el sistema jurídico este momento crítico de aplicación de la ley, esta Corte ha reiterado la idea de que "Más fácil se concibe un

sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es” (Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

De lo anterior es necesario concluir que el hecho de que los operadores jurídicos y, en particular los jueces, tengan en cuenta la equidad y atribuyan a las partes los efectos de sus decisiones de acuerdo con un conjunto más completo de circunstancias de la realidad social no resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional. Por el contrario, contribuye a desarrollar el artículo 13 de la Carta, en la medida en que dicha norma establece que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)”.

Tratándose del principio de equidad en materia tributaria, es claro que se entiende como el tratamiento de igual a los iguales y desigual a los desiguales. En esta materia se ha llegado a hablar incluso de equidad horizontal o vertical para referirse a la forma como ha de entenderse el principio de equidad¹⁶³.

Queda claro, en consecuencia, que son tres los sentidos que se da a la equidad; ya sea como igualdad, al consagrarse el principio de equidad; ya como un criterio del que ha de servirse el juez en sus decisiones para evitar inequidades o injusticias; ya como fuente de derecho que ha de ser considerado por el juez o por el árbitro cuando los particulares le soliciten un fallo en equidad. Este último sentido nos pone frente al problema de dar un significado a los criterios que ha de tener el juez

¹⁶³ Sobre estas formas de equidad se puede consultar la sentencia C-804/01

en las decisiones en equidad, al que no nos dedicaremos en esta oportunidad.

Para García Máynez el criterio de equidad sirve cuando el operador judicial se encuentra ante una laguna de la ley que le “permite conciliar las exigencias de la justicia con las de la seguridad jurídica”¹⁶⁴, planteando así un aspecto que parece dejarse de lado cuando se difiere al juez para que discrecionalmente, no solo aplique el criterio de equidad, sino que determine el sentido y alcance de lo que ha de entender por equidad. Tal vaguedad no puede generar sino inseguridad jurídica. Medir el criterio de equidad con los parámetros de la justicia logra colocar al intérprete en un galimatías¹⁶⁵ que no puede otra cosa que generar un urgente reclamo por la búsqueda de la seguridad jurídica que el mismo derecho exige y necesita, entendiendo por tal concepto la noción de Atienza, consistente en la “capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsible, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad”¹⁶⁶ y concluye que “la justicia no es otra cosa que la seguridad de que el derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad”.

¹⁶⁴ Ob, cit, p. 378

¹⁶⁵ Kelsen sostiene que “Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto” Ob, cit, p. 75

¹⁶⁶ Atienza distingue tres niveles de seguridad: Orden, certeza y seguridad, concibiendo ésta última “como un valor adjetivo respecto de los otros dos que componen la idea de justicia”. Puede consultarse la descripción de diferentes concepciones de justicia. Ob,cit, p. 107 ss.

3.3.5. *Ius cogens*

“La declaración universal de derechos humanos y los instrumentos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional, en un movimiento que no puede desearse sino progresivo y continuo, se han esforzado por crear una conciencia general de la dignidad del hombre y definir por lo menos algunos de los derechos inalienables del hombre. Permítaseme enumerar algunos de ellos entre los más importantes y que son universalmente conocidos: el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a la alimentación, al vestido, a la habitación, a la salud, al reposo y al ocio; el derecho a la libertad de expresión, a la educación y a la cultura; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el derecho a manifestar su religión, individualmente o en común, tanto en la vida privada como en público; el derecho de elegir su estado de vida, de fundar una familia y de disfrutar de todas las condiciones necesarias a la vida familiar; el derecho a la propiedad y al trabajo, a condiciones equitativas de trabajo y al justo salario; el derecho de reunión y de asociación; el derecho a la libertad de movimiento a la inmigración y emigración; el derecho a la nacionalidad y a la residencia; el derecho a la participación política y el derecho a participar en la libre elección del sistema político al que uno pertenece. El conjunto de los derechos del hombre corresponde a la sustancia de la dignidad del ser humano, concebido de manera integral y no reducido a una sola dimensión. Refiéranse esos derechos a la satisfacción de las necesidades esenciales del hombre, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con las demás personas, y siempre y dondequiera al hombre, a su plena dimensión humana.” manifestaba ante la ONU Juan Pablo II el 2 de octubre de 1979. Es ésta una

acertada referencia a lo que en torno a los derechos humanos podemos referir al *ius cogens*, entendido como normas imperativas internacionales.

El *ius cogens* surge como fuente de derecho en el marco de un criterio integracionista que busca la unidad normativa del derecho, de forma que partiendo de la tesis monista cuyo gestor más destacado es Kelsen, el derecho tiende a la unificación donde las normas internas deben ceder a las normas internacionales. Lo integran las normas fundamentales de derechos humanos y de convivencia internacional.

La Ley 32 de 1985 aprobó la “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados” suscrita el 23 de mayo de 1969, en cuyo texto se consagra:

“ARTICULO 53.- Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens) : Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

“ARTICULO 64.- Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens): “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

En sentencia C-225 de 1995 tuvo oportunidad la Corte Constitucional de ocuparse del *ius cogens*, al cual se refirió en los siguientes términos:

"7-El derecho internacional humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de derecho internacional humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del ius cogens. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma ius cogens o norma imperativa de derecho internacional general "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario. Al respecto dijo esta Corporación:

"En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de

Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del ius cogens o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle mas adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

El derecho internacional humanitario es, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo.^{167[15]}"

8-El respeto del derecho internacional humanitario es un asunto que interesa a la comunidad internacional como tal, como lo demuestra la creación, el 17 de noviembre de 1993, en la Haya, de un tribunal internacional para juzgar los crímenes cometidos en la guerra civil en la antigua Yugoslavia. En efecto, la Corte de la Haya se encargará de juzgar a través de este tribunal, integrado por once magistrados de diferentes países, a quienes hayan ordenado o cometido crímenes de guerra o violaciones al derecho

internacional humanitario desde 1991 en ese territorio.

...

Colombia cuenta con el honor de ser una de las primeras naciones independientes en haber defendido el principio de que la obligación humanitaria no se funda en la reciprocidad. En efecto, mucho antes de que en Europa se suscribieran los primeros Convenios de Ginebra o de la Haya, el Libertador Simón Bolívar firmó con el General Morillo un "tratado de regulación de la guerra" con el fin de "economizar la sangre cuanto sea posible". Este convenio, según el jurista francés Jules Basdevant, es uno de los más importantes antecedentes del derecho de los conflictos armados a nivel mundial, puesto que no sólo contiene cláusulas pioneras sobre trato humanitario de heridos, enfermos y prisioneros sino, además, porque constituye la primera aplicación conocida de las costumbres de la guerra a lo que hoy llamaríamos una guerra de liberación nacional^{168[17]}. Pocos meses después, el 25 de abril de 1821, Bolívar envió una proclama a sus soldados, por medio de la cual les ordenaba respetar los artículos de la regularización de la guerra. Según el Libertador, "aun cuando nuestros enemigos los quebranten, nosotros debemos cumplirlos, para que la gloria de Colombia no se mancille con sangre"(subrayas no originales)^{169[18]}.

10-En el caso colombiano, estas normas humanitarias tienen además especial imperatividad, por cuanto el artículo 214 numeral 2º de la Constitución dispone que "en todo caso se

*respetarán las reglas del derecho internacional humanitario". Esto significa que, como ya lo señaló esta Corporación, en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el **ius cogens**. "*

El profesor Monroy Cabra sostiene que las normas del *ius cogens* hacen relación al objeto lícito, al orden público internacional, y prevalecen sobre el derecho interno por cuanto son aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto¹⁷⁰, por tanto, "serían violatorias del *ius cogens* los actos contrarios a la prohibición de la esclavitud y de otras tratas humanas, actos contrarios a las normas de la guerra, discriminación racial, agresión y uso ilegítimo de la fuerza," entre otros. Concluye que "las normas de *ius cogens* rigen por la aceptación que les otorga la comunidad internacional, y en forma independiente del derecho internacional convencional.

El derecho mercantil goza de una alta tendencia a la internacionalización y no son pocas las materias que se han venido unificando en torno a temas como los títulos valores, el transporte marítimo y aéreo, revistiendo de especial significación al derecho internacional mercantil privado. Son claros ejemplos la integración la comunidad andina (CAN), la comunidad económica europea (CEE), el ALCA, etc.

¹⁷⁰ Ob, cit, p.131 y 132

Si bien estos avances integracionistas comerciales no constituyen *ius cogens*, como quiera que éste se circunscribe actualmente al aspecto meramente humanitario, no podemos desconocer una tendencia mundial a seguir sus lineamientos y principios, los que muy seguramente mas pronto que tarde se incorporarán a las tendencias del derecho mercantil.

No podemos desconocer que la actividad mercantil juega un papel demasiado determinante en la satisfacción de las necesidades del ser humano y, por ende, también determina la plenitud de derechos fundamentales, de forma que el derecho mercantil, que nació como un derecho hecho por y para los comerciantes, estaría llamado a desaparecer si su evolución trasegara sobre los antiguos y tradicionales de su actividad, desconociendo otros protagonistas. No tiene solución diversa a ocuparse de la sociedad, del consumidor e, incluso, del trabajador, como se analizará en el capítulo siguiente.

He aquí la influencia del *ius cogens* en el derecho comercial del futuro.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *“El concepto y la validez del derecho”*. Ed. Gedisa. Barcelona. 2004.
- ALEXY, Robert. *“Derecho y razón práctica”*. Ed. Fontamara, México, 1993
- ARISTÓTELES, *“Las Leyes”*, Ed. Espasa- Calpe, Madrid, 1974.
- ARISTÓTELES, *“Política”*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Trad. Patricio de Azcárate.
- ATIENZA, Manuel. *“Introducción al Derecho”*, Doctrina jurídica contemporánea. México. 2000
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *“Sobre reglas y principios”*. Revista DOXA.
- CARNELUTTI, Francesco, *“Cómo nace el derecho”*, Ed. Temis, Bogotá, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *“Los derechos en serio”*, Ed. Ariel. España. 2002.
- ENGELS, Federico. *“El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado”*.
- GARRIGUES, Joaquín, *“Curso de derecho mercantil”*, T I y II, Ed. Porrúa S.A., México, 1984.
- GÉNY, Francisco. *“Método de interpretación y fuentes en derecho privadopositivo”*. Ed. Comares. Granada. 2000.
- HART, H L A. *“El concepto de derecho”*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- KANT, Immanuel, *“Qué es la ilustración?”*, Ed. Nova, Buenos Aires.
- KANT, Immanuel, *“Fundamentación de la metafísica de las costumbres”*. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.
- KELSEN, Hans. *“Teoría pura del derecho”*, Ed. Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1979.

KELSEN, Hans. “¿Qué es la justicia?”. Ed. Fontamara. México. 2001

LOPEZ GUZMAN, Fabián, “*Preguntas y respuestas de derecho comercial general*”, Ed. Ibáñez. Bogotá. 2000.

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E. “*Principios de derecho comercial*”, Ed. Temis, Bogotá, 1986.

MEDINA VERGARA, Jairo. “*Derecho comercial general*”, Ed. Ibañez. Bogotá, 2006

MONROY CABRA, Marco Gerardo, “*Introducción al derecho*”, Ed. Temis, Bogotá, 2000.

NARVÁEZ GARCIA, José Ignacio, “*Introducción al derecho mercantil*”, Ed. Bonnet, Bogotá, 1976.

NIETO ARTETA, Luis Eduardo, “*La interpretación de las normas jurídicas*”. Ed. Tiempo presente. Bogotá. 1976.

PINZON, José Gavino, “*Derecho comercial general*”, Ed. Temis, Bogotá, 19.

PLATON, “*La República o de lo justo*”, Ed. Bedout, Medellín, 1975.

RAVASSA, Gerardo, “*Historia del comercio y del derecho mercantil*”, USTA, Bogotá, 1990.

RAVASSA, Gerardo. “*Formación del derecho mercantil internacional*”, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez - USTA, Bogotá, 2002

REYES, Alfonso, “*Obras completas*”, Ed. Letras mexicanas, México, 1966, T XVII.

ROCCO, “*principios de derecho mercantil*”

SMITH, Adam, “*Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*”, Fondo de cultura económica, México, 1981.

WITKER, Jorge, “*Curso de derecho económico*”. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional. México. 1989
