

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Mantilla Espinosa, Fabricio
EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL EN FRANCIA Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE
LOS CONTRATOS EN COLOMBIA

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 16*, julio, 2011, pp. 187-241

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838889006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL *SOLIDARISMO* CONTRACTUAL EN FRANCIA Y LA *CONSTITUCIONALIZACIÓN* DE LOS CONTRATOS EN COLOMBIA*

CONTRACTUAL SOLIDARISMO IN FRANCE AND THE CONSTITUCIONALIZATION OF CONTRACTS IN COLOMBIA

O SOLIDARISMO CONTRATUAL NA FRANÇA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS NA COLÔMBIA

*Fabricio Mantilla Espinosa***

“Contratar no es ingresar a una religión,
ni tampoco comulgar en el amor por la humanidad,
es simplemente tratar de ‘hacer negocios’”¹

187

RESUMEN

Actualmente ha hecho carrera cierto discurso teórico que propugna por una nueva lectura de la teoría general del contrato, a la luz de postulados

* Este ensayo está basado en las conferencias que dicté en junio de 2010, en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, y enero de 2011, en la Université de Poitiers.

Agradezco en especial a mis colegas y amigos: Marion Bleusez, Alberto Arango Montes, Patrick Barros Ortiz, Mariana Bernal Fandiño, Juan Jacobo Calderón Villegas, Bruno Caprile Biermann, Pablo Cárdenas Rey, Fernando Castillo Mayorga, Juan Antonio García Amado, Luisa Fernanda García López, Thomas Genicon, Gabriel Hernández Villarreal, José Ignacio Lombana Sierra, Juan Sebastián Lombana Sierra, Yira López Castro, Paola Mesa Galindo, María del Rosario Oviedo Rojas, Antonio José Núñez Trujillo, Camilo Rodríguez Yong, Inés de San Martín, Éric Savaux y Francisco Ternera Barrios por sus valiosos comentarios y, sobre todo, por sus críticas a este texto. Todas las citas de textos en francés son traducciones libres.

** Profesor de la Universidad del Rosario (Colombia). Dirección postal: Calle 14, N° 6-25, Bogotá, Colombia. Artículo recibido el 8 de noviembre de 2010 y aceptado para su publicación el 24 de enero de 2011. Correo electrónico: fabricio_mantilla@yahoo.fr.

¹ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Ed. Dalloz, 2009, p. 44.

morales expresados a través de “principios”, más o menos precisos, que le conferirían al juez amplios poderes moderadores de los acuerdos económicos entre los particulares. El texto analiza, desde la perspectiva del Derecho Comparado, el caso francés y el colombiano, estudiando las distintas aplicaciones que esta tendencia ha tenido en los dos países. El ensayo, con enfoque eminentemente crítico, trata de develar las consecuencias prácticas detrás de la retórica doctrinal.

Palabras clave: principios generales del derecho, derechos fundamentales, buena fe contractual, equidad, equilibrio contractual, solidaridad contractual, derecho constitucional, derechos humanos.

ABSTRACT

Recently, a theoretical discourse that advocates a new reading of the general theory of contracts has taken hold. The theory maintains that in light of moral principles expressed through relatively precise “principles,” judges may employ broad powers in moderating economic relations agreed upon by the parties. The article examines, from the perspective of comparative law, the French and the Colombian cases, examining the different applications of this trend in the two countries. The paper uses an eminently critical approach in seeking to reveal the practical implications behind the scholarly rhetoric.

Keywords: General principles of law, fundamental rights, contractual good faith, equity, balanced contract, contractual solidarity, constitutional law, human rights.

RESUMO

Atualmente tem aparecido certo discurso teórico que propugna por uma nova leitura da teoria geral do contrato, à luz de fundamentos morais expressados através de “princípios”, mais ou menos precisos, que lhe confeririam ao juiz amplos poderes moderadores dos acordos econômicos entre os privados. O texto analisa, desde a perspectiva do direito comparado, o caso francês e o colombiano, estudando as distintas aplicações que esta tendência tem tido nos dois países. O ensaio, com enfoque eminentemente crítico, trata de revelar as conseqüências práticas que estão detrás da retórica doutrinal.

Palavras chave: princípios gerais do direito, direitos fundamentais, boa fé contratual, equidade, equilíbrio contratual, solidariedade contratual, direito constitucional; direitos humanos.

Una rápida mirada a la historia nos permite corroborar que el Derecho normalmente oscila entre períodos en los cuales las normas provienen de diversas fuentes², su conocimiento es difícil y su interpretación incierta, para pasar luego por procesos de sistematización, centralización y simplificación. Sin embargo, las normas, generales y finitas, terminan siempre siendo insuficientes para dar respuesta a esa marea incontenible de situaciones variopintas que nos presenta la vida cotidiana³. El Derecho debe, entonces, adaptarse poco a poco a los cambios de la sociedad que rige, flexibilizándose, especializándose –tanto respecto de sus fuentes como de su contenido– y multiplicándose hasta un punto tal que requiera nuevamente orden y sistematización...

Algunos se refieren a esta situación como *tendencias regresivas*⁴ del Derecho y otros, de forma metafórica, aluden a una *evolución pendular*⁵, para así dejar en claro que, en la historia del derecho, nada es irreversible⁶.

La sistematización del Derecho ha revestido algunas veces un carácter que podríamos denominar *nostálgico*, como fue el caso de la labor emprendida por el emperador oriental Justiniano con el fin de ordenar y seleccionar las constituciones en vigor y esa inmensa masa de edictos pretorianos y opiniones de jurisconsultos y, de esta manera, rescatar al Derecho Romano de su decadencia, devolviéndole la pureza y grandeza de la época de la Roma clásica⁷; pero, curiosamente, su validez no la derivó de su existencia

189

² Véase Alf ROSS, *Teoría de las fuentes del derecho*, traducción José Luis Muñoz de Baena Simón *et al.*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*. Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005 y Catherine THIBIERGE, “Sources du droit, sources de droit: une cartographie”, in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Jestaz*, Paris, 2006, pp. 519-546.

³ Consúltese Jacques CHEVALLIER, *L’État post-moderne*, Paris, Ed. LGDJ, 2008, pp. 99-157.

⁴ Véase Bruno OPPETIT, “L’apparition de tendances régressives”, in Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Ed. PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, pp. 113-127 y Pierre HEBRAUD, “Observations sur la notion du temps dans le droit civil”, in *Etudes offertes à P. Kayser*, Marseille, Ed. PUAM, 1979, tome II. p. 35.

⁵ Véase al respecto Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, pp. 201-229.

⁶ Véase Bruno OPPETIT, “L’hypothèse du déclin du droit”, in Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Ed. PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, pp. 110-111.

⁷ Consúltese Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Ed. Dalloz, 2003, pp. 85-92; Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1998, pp. 6 a 9 y Fabio ESPITIA GARZÓN, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 339-353.

previa sino de su nueva promulgación sistematizada⁸. El *Código* alemán de 1896, por su parte, pretendió hacer una reconstrucción científica del Derecho Civil alemán, visto como una expresión del espíritu del pueblo –*Volksgeist*–⁹, para la cual se sirvió de un profundo análisis histórico-sociológico¹⁰; situación que no deja de resultar paradójica si tenemos en cuenta que la gran mayoría de las instituciones allí plasmadas se cimentaron sobre un Derecho Romano “importado”¹¹ que, en el entender de la doctrina, consagraba “figuras jurídicas eternas”¹².

Otras veces, ha tenido un carácter *revolucionario*, como sucedió con las codificaciones francesas que pretendieron establecer un orden legal enteramente nuevo que rompiera con los vicios propios del *ancien régime*¹³. En efecto, antes del surgimiento de los Estados-nación, en Europa convivían de forma más o menos ordenada el académico *Ius commune* –compuesto por un Derecho Romano de segunda mano, manipulado por los canonistas–, el Derecho Canónico, las costumbres y leyes locales¹⁴ y las reglas prácticas que comenzaron a elaborar los mercaderes italianos a partir del Medioevo¹⁵. La Revolución Francesa no sólo intentó consolidar la idea de un derecho netamente nacional, proclamada con ocasión de la consolidación del Estado-nación francés¹⁶ sino que, además, trató de establecer una nueva estructura social que rompiera radicalmente con las instituciones sobrevivientes del feudalismo.

⁸ Véase John Henry MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, traducción Eduardo Suárez. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios, 2008, pp. 24-37 y 61.

⁹ Véase, *op. cit.*, pp. 66-70, y Claude WITZ, *Le droit allemand*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2001, pp. 12-19.

¹⁰ Sobre el historicismo ético y jurídico, véase Rudolf VON JHERING, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, traducción Federico Fernández-Chrehuet, Madrid, Ed. Trotta, 2008.

¹¹ Consúltase Harold BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, traducción Mónica Utrilla de Neira, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

¹² WITZ (n. 9), p. 14.

¹³ “Justiniano y los codificadores franceses trataron de destruir el derecho anterior por razones diferentes pero análogas: Justiniano trataba de restablecer un derecho más puro de una época anterior y los franceses querían establecer un orden legal enteramente nuevo. En ambos casos, los objetivos eran esencialmente utópicos”, en MERRYMAN (n. 8), p. 61.

¹⁴ Véase Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1992, pp. 43-53.

¹⁵ Véase Jean HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Ed. PUF, 1986, pp. 11-134.

¹⁶ “El surgimiento del estado nacional moderno destruyó la unidad legal aportada por la aceptación común del *jus commune* canónico romano en la Europa feudal. [...] El estado tendía a convertirse en la fuente única del derecho, la que reclamaba una soberanía en lo interno y en lo internacional. [...] La autoridad del príncipe sustituyó a la del *jus commune*. El contenido del derecho nacional podría seguir extrayéndose en gran medida del *jus commune*, pero su autoridad provenía del estado”, en MERRYMAN (n. 8), pp. 49-50.

En este orden de ideas, la restricción de las amplias facultades de los jueces constituyó uno de sus objetivos principales:

“En Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no sólo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley”¹⁷.

Con el fin de superar los inconvenientes que tuvo que afrontar la monarquía, los revolucionarios franceses elaboraron su célebre teoría de la separación de los poderes públicos y, de esta forma, pretendieron restringir la fuerza atomizadora del Derecho ejercida por los jueces, para concentrar así la toma de decisiones en cabeza del Legislativo, órgano de representación nacional, por oposición a la aristocracia terrateniente.

El *Código Civil* de 1804 refleja este *racionalismo revolucionario y utópico* que los llevó a creer que podían arrasar con su tradición pasada, mediante la elaboración de leyes directamente inspiradas por la razón y expresadas en forma tan diáfana que no sólo pudieran ser entendidas por todo el pueblo sino que, además, fueran susceptibles de aplicación directa por los jueces, sin que mediara interpretación alguna¹⁸. Esta concepción de la ley como instrumento para proteger las libertades individuales dentro del Estado moderno se cristalizó en el conocido *principe de légalité*¹⁹.

Resulta muy revelador de esta ideología el hecho de que la *Cour cassation*, en sus orígenes, no fuera el máximo tribunal de la rama judicial, sino un órgano adscrito al legislativo cuya única función era garantizar que los jueces aplicaran la ley de forma correcta y uniforme. Por esta razón, precisamente, no lleva el título de “*suprême*” y sus fallos se limitan a anular las decisiones de los jueces de instancia y a reenviarlas a otro tribunal de la misma jerarquía, sin posibilidad de proferir decisiones sustitutivas.

“Así pues, el tribunal civil y criminal de jurisdicción más elevada [...] es el descendiente directo de un tribunal legislativo originalmente creado para mantener la facultad de interpretación fuera del alcance de los jueces”²⁰.

¹⁷ MERRYMAN (n. 8), p. 40.

¹⁸ Consúltese Rémy CABRILLAC, *Las codificaciones*, traducción Paulina Pulido y Claudia Bulnes, Santiago, Ed. Flandes Indiano, 2009, pp. 118-129 y Xavier MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Ed. Dominique Martin Morin, 2003, pp. 129-157.

¹⁹ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Navarra, Ed. Aranzadi/Thomson Civita, 2006, pp. 17-43.

²⁰ MERRYMAN (n. 8), p. 83.

El legislador colombiano, luego de la independencia de España, intentó ordenar las diferentes normas provenientes de distintas fuentes que se encontraban dispersas en diversos ordenamientos. La técnica utilizada fue la elaboración de listas que establecían jerarquías²¹, sin embargo, la sistematización normativa resultaba compleja.

Para 1872, el orden de aplicación establecido por el artículo 1941 de la ley N° 57 bis (*Código Judicial de la Unión*) era el siguiente:

“1° Las leyes que expida el Congreso de este año, y las que en lo sucesivo expida la misma corporación; 2° Las expedidas por la Convención Nacional de 1863, y por los Congresos posteriores a ella, y anteriores al del presente año, en orden cronológico inverso; 3° Los decretos de carácter legislativo expedidos por el Gobierno provisorio desde 1861 hasta el 4 de febrero de 1863; 4° Las leyes expedidas por el Congreso de la Confederación Granadina de 1858; 5° Las expedidas por los Congresos de la Nueva Granada desde 1845 hasta 1857, en orden cronológico inverso; 6° Las de la Recopilación Granadina; 7° Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, expedidos hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo dicho Gobierno en el territorio que forma hoy la Unión Colombiana; 8° Las leyes de la Recopilación de Indias; 9° Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 10° Las de las Partidas”²².

En 1887 se produce una ruptura tajante con el orden legislativo anterior. El artículo 15 de la ley N° 153 dispuso de manera escueta: “Todas las leyes españolas están abolidas”,

y el artículo 1 de la Ley N° 57 estableció:

“Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las reformas de que se trata, los códigos siguientes: [...] El Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873 [...]”²³.

²¹ Véase, por ejemplo: Ley de Procedimiento Civil de 13 de mayo de 1825 (art. 1), Ley de Procedimiento Civil de 14 de mayo de 1834 (art. 1), Ley Orgánica del Poder Judicial de la Confederación de 23 de junio de 1858 (art. 49), ley N° 19 de 30 de abril de 1864 orgánica del Poder Judicial de la Unión, reformada por la ley N° 42 de 16 de mayo de 1865 (art. 17) y ley N° 57 bis de 7 de junio de 1872 –*Código Judicial de la Unión*– (art. 1941). Consúltese al respecto: Fernando MAYORGA GARCÍA, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 14, Santiago, 1991, separata, pp. 291-296.

²² MAYORGA (n. 21), p. 295.

²³ Véase Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, Bogotá, Ed. Temis, 2004, tomo I: parte general y personas, p. 32 y Fernando MAYORGA GARCÍA, “El

Éste no era otro que el *Código Civil* elaborado por Andrés Bello para la República de Chile, en buena medida inspirado en el *Código Civil* francés de 1804²⁴.

La Constitución Política de 1886, por primera vez, consagró entre las funciones de la Corte Suprema de Justicia “conocer de los recursos de casación, conforme a las leyes” (art. 151), lo cual permitió consolidar de manera definitiva sus funciones como órgano encargado de dar la interpretación de cierre de la ley –el *Código Judicial* de los Estados Unidos de Colombia de 1872 (adicionado por la ley N° 76 de 1873) ya había suprimido la función de consultar al Senado sobre las dudas de los jueces respecto de la interpretación de la ley, la cual pesaba sobre el máximo tribunal colombiano desde la ley de 11 de mayo de 1825²⁵.

Dejando de lado las particularidades de cada sistema, podemos afirmar que los países latinoamericanos²⁶, en general, y Colombia, en particular, se vieron altamente influenciados por esta concepción jurídica que entroniza al Poder Legislativo por sobre el Judicial y erige al profesor, al doctrinante²⁷, como el forjador de una verdadera ciencia jurídica; a diferencia de lo que sucede en los países del *Common Law*, donde el juez es, sin lugar a dudas, la figura protagónica en la elaboración de un conocimiento que, antes que pretenderse científico, se encuentra encaminado al ejercicio de diferentes oficios como son los de juez, abogado, profesor y notario²⁸.

193

proceso de codificación civil en Colombia”, en Óscar CRUZ BARNEY, *La codificación*, México, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 154-155.

²⁴ Consúltese Alejandro GUZMÁN BRITO, “El ‘Código de Napoleón’ y el ‘Código Civil de Chile’”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Medellín, Ed. Díké/Universidad Javeriana, Colección Internacional, 2009, pp. 19-36.

²⁵ Véase al respecto María Luz ARRIETA DE NOGUERA, *Corte Suprema de Justicia. Organización, estructura y funciones*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1988, pp. 11-26.

²⁶ Véase Alejandro GUZMÁN BRITO, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección de Derecho Privado, 2005, vol. II, pp. 27-60; Arnoldo WALD, “L'influence du Code civil en Amérique latine”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, pp. 855-870 y Matthew MIROW, “El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y de Vélez Sársfield”, en *Revista de derecho privado. Bicentenario del Código Civil francés (1804-2004)*, N° 33, Bogotá, 2004, pp. 1-21.

²⁷ Véase Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Ed. Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004.

²⁸ Consúltese Antoine GARAPON y Ioannis PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, traducción Viviana Díaz Perilla, Bogotá, Ed. Legis, 2006, pp. 23-51 y 137-162; MERRYMAN (n. 8), pp. 111-131; Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Cours, 2009, pp. 37-87 y Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, Ed. PUF, 2007, pp. 126-137.

En la actualidad, tanto en Francia como en Colombia, este ideal del Derecho unificado y organizado está lejos de ser una realidad. Atravesamos un nuevo período de *volatización*²⁹ del Derecho Privado donde el viejo *Código Civil* dejó de constituir una referencia precisa y segura de la estructuración del sistema normativo. Así, pues, tiene toda la razón el decano Jean Carbonnier cuando afirma:

“El derecho se percibe como un misterio de cuya incompreensión nos sentimos culpables. La ansiedad jurídica es así, antes que nada, el miedo de lo que no se puede conocer o, por lo menos, de lo desconocido”³⁰.

Por mi parte, me limitaré a hacer unos breves comentarios, desde la perspectiva del Derecho Comparado francés y colombiano, sobre la situación que se presenta en la actualidad en materia de contratos del Derecho Privado³¹, y dejaré para una futura oportunidad su análisis con un enfoque más general.

Dentro de esta óptica, hay que precisar que las reformas en la materia, introducidas en el *Código Civil* francés, han apuntado siempre a los regímenes especiales³², sin alterar el texto original del *Código* en lo referente a la teoría general de las obligaciones y del contrato³³, cuya adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea ha estado a cargo de la jurisprudencia que, mal que bien, ha logrado cierto equilibrio entre la flexibilidad y la previsibilidad de sus decisiones³⁴. Adicionalmente, se ha tratado de ordenar la *inflación legislativa*³⁵ mediante compilaciones de

²⁹ Véase NIETO (n. 5), pp. 201-229.

³⁰ Jean CARBONNIER, “La part du droit dans l’angoisse contemporaine”, in Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, Ed. LGDJ, 1998, p. 191.

³¹ Consúltase al respecto Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA, “Contratos comerciales presente y futuro”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas. 2010, pp. 137-175.

³² Como las leyes 2008-561 de 17 de junio de 2008, en materia de prescripción, y 2007-211 de 19 de febrero de 2007, en materia de fiducia, y la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 relativa a las garantías.

³³ Véase Charlotte GOLDIE-GENICON, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, Ed. LGDJ, 2009.

³⁴ Consúltase Henri CAPITANT, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Ed. Dalloz, 2008.

³⁵ Véase al respecto Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Ed. Flammarion, 2006, pp. 106-126; Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Ed. Répertoire du Notariat Defrénois, 1995, pp. 307-313; Bruno OPPETTI, *Essai sur la codification*, Paris, Ed. PUF, coll. Droit éthique société, 1998, pp. 25-56; Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Ed. Flammarion, 2004, pp. 91-96; Mauricio TAPIA, “Codificación: entre pasión y desencanto por las leyes”, en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA, *Sesquicentenario*

normas por materias llamadas “*codes à droit constant*”³⁶ que presentan una innegable utilidad práctica, pero que, a todas luces, no aportan una unidad conceptual ni establecen una jerarquía clara³⁷.

Finalmente, en estos últimos años, se ha despertado en Francia una nueva euforia codificadora cuyo estandarte es la reforma de los capítulos del *Código Civil* referentes a la teoría general de las obligaciones y del contrato con el fin no sólo de consagrar normativamente las soluciones de origen jurisprudencial sino, además, de adaptarlo a las nuevas necesidades sociales y económicas³⁸. En este orden de ideas, se han elaborado tres proyectos, dos por iniciativa académica³⁹ y uno gubernamental⁴⁰, que han entrado en franca competencia...⁴¹.

El legislador colombiano se sirvió del *Código de Comercio* de 1972 (adoptado mediante decreto N° 410 de 27 de marzo de 1971) para consagrar una teoría general del contrato paralela a la del *Código* de Bello y un gran número de contratos especiales que no sólo cristalizaron las decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sino que, además, y sobre todo, plasmaron nuevas teorías que el legislador, por excesivo respeto, no se había atrevido a introducir en el *Código Civil*⁴². Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴³ ha tratado, en la medida de lo

del *Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Ed. Universidad de Chile/LexisNexis, 2005, tomo II, pp. 967-985 y GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 19), pp. 47-51.

³⁶ En el Derecho Privado, los más representativos son: el *Code de la consommation*, el *Code des sociétés*, el *Code des assurances*, el *Code de la propriété intellectuelle*, el *Code des procédures collectives*, el *Code des baux*, el *Code de la copropriété*, el *Code des sociétés et des marchés financiers* y el *Code de la route*.

³⁷ Véase Nicolas MOLFESSIS, “Le Code civil et le pullulement des codes”, in *1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, pp. 309-338.

³⁸ Consúltase Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, “Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/Temis, 2010, tomo IV, volumen I, pp. 11-41; Rémy CABRILLAC, “Recodifier”, in *RTD civ.*, 2001, N° 4, Paris, oct-déc., pp. 833-846.

³⁹ Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006 y François TERRÉ et al., *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

⁴⁰ *Projet de réforme du Ministère de la justice*, juillet 2008 (Projet “Chancellerie”).

⁴¹ Consúltase Denis MAZEAUD, “La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence”, in Blandine MALLET-BRICOUT et Sarah BROS, *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Ed. Economica, 2010, pp. 329-360.

⁴² Consúltase Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, “La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio”, en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Ed. Universidad de Chile/Lexis Nexis, 2005, tomo I, pp. 611-646.

⁴³ Véase *Antología jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia. 1886-2006. 120 años Corte de Casación*. Bogotá, 2007, tomos I y II, Sala Civil.

posible, de amoldar a los cambios sociales el significado que le atribuye al texto de la ley⁴⁴.

Ahora bien, este nuevo período de desarticulación del Derecho presenta una característica particular: el papel cada vez más activo que ha asumido el juez respecto de las convenciones, lo cual lo ha llevado a ejercer un severo control de las cláusulas contractuales, a adicionar obligaciones al contrato –con base en lo dispuesto en los artículos 1603 del *Código Civil* y 871 del *Código de Comercio* de Colombia⁴⁵ y 1135 del *Código Civil* de Francia⁴⁶– e, incluso, a determinar condiciones de ejecución. Por esta vía, cierto sector de la doctrina ha terminado por erigir al juez en guardián y protector de ciertos principios fundamentales de justicia objetiva que deben ser impuestos aun en detrimento de lo estipulado libremente por los contratantes⁴⁷.

Esta posición doctrinal, que se suele presentar como una superación del viejo prejuicio respecto de los jueces, heredado de la Revolución, es conocida en Francia como *solidarismo contractual*⁴⁸, la cual, a pesar de tener importantes puntos en común:

- I) con el fenómeno de constitucionalización de los contratos que se vive actualmente en Colombia,
- II) no ha tenido un impacto equiparable en el derecho positivo.

Antes que todo, tengo que advertir al lector que este breve estudio arrojará, conclusiones frustrantes, ya que la misma amplitud del tema abordado impedirá realizar un análisis completo ni del Derecho francés ni del colombiano. Adicionalmente, existe un problema conceptual que dificultará aún más la labor emprendida: ni el solidarismo francés ni la constitucionalización colombiana –también conocida como *neoconstitucionalismo*– parecen corres-

⁴⁴ Consúltese Fabricio MANTILLA ESPINOSA, “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, Valparaíso, semestre II, 2009, pp. 537-597.

⁴⁵ Véase Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Vniversitas*, N° 108, Bogotá, diciembre 2004, pp. 282-315.

⁴⁶ Consúltese Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, Ed. LGDJ, 2006.

⁴⁷ Un estudio sintético en DOSSIER, “Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?”, in *Droit & patrimoine*, N° 58, Paris, Mars 1998. Consúltese también Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, in *RTD civ.*, 1997 N° 2, Paris, pp. 357-385.

⁴⁸ Una breve exposición en español de la doctrina solidarista francesa en Mariana BERNAL FANDIÑO, “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–”, in *Vniversitas*, N° 114, Bogotá, julio-diciembre 2007, pp. 15-30.

ponder a una doctrina claramente construida y, por lo tanto, resulta muy difícil precisar cuáles son sus postulados fundamentales.

Como bien lo precisa el profesor Juan Antonio García Amado:

“Por razón de ese grado de indefinición teórica del neoconstitucionalismo y del designio preferentemente político de sus cultivadores, admítanlo o no, acecha siempre el riesgo de errar en la descripción de dicha doctrina o tendencia y de proyectar las críticas sobre molinos de viento, sobre un espantajo teórico que no se corresponda en verdad con ninguna teoría efectivamente operante en la actualidad. Si así lo hiciéramos, incurriríamos en parecida caricatura a la que muchos de los que se dicen neoconstitucionalistas hacen del positivismo jurídico, al imputar a éste unos atributos teóricos y una percepción del Derecho que es propia únicamente, si acaso, del ingenuo y muy metafísico positivismo decimonónico, el de la Escuela de la Exégesis o la Jurisprudencia de Conceptos”⁴⁹.

Evitaré, entonces, toda aproximación teórica general y me limitaré a comentar:

- A) las consideraciones de tipo altruista e idealista comunes a las dos corrientes doctrinales,
 - B) para luego, estudiar de manera breve, mediante algunos ejemplos, cómo se aplican a los casos concretos.
- A. Animada por los más nobles deseos, cierta doctrina francesa sostiene:

197

⁴⁹ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, p. 343. Los positivistas jurídicos, por su parte, tomaron la decisión de aclarar su doctrina y someterla así, honestamente, a la crítica teórica. Consúltese al respecto: Genaro CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, pp. 321-371; Alf ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Alf ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, traducción Genaro Carrió, Eugenio Bulygin et al., México, Ed. Fontamara, 2001, pp. 7-27; Herbert L.A. HART, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Herbert HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962, pp. 1-64; Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, traducción Ernesto Garzón Valdés, México, Ed. Fontamara, 2001; Uberto SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique?*, traduction Colette Clavreul. Bruxelles/Paris, Ed. Bruylant/LGDJ, 1996; Norbert HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000; Eugenio BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Ed. Fontamara, Colección Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2006, pp. 61-129 y Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Ed. Fontamara, 2002, pp. 11-76.

“El contrato no es, no puede ser, un mero punto de equilibrio que culmina una negociación conflictual entre dos personas que se ponen de acuerdo sólo porque no les queda otra opción. Aquél se configura como el punto máximo de la sociabilidad y la amistad en donde cada una de las partes trata de hacerle justicia en todo a su contraparte⁵⁰.

Otros, menos optimistas, fundamentan su doctrina en

“[...] la constatación lúcida (casi marxista) de las profundas desigualdades de clases, lo cual no permite a todos los individuos –que, sin embargo, se reputan iguales– ejercer los derechos de los cuales son virtualmente titulares”⁵¹.

Según un importante doctrinante, el solidarismo sería la respuesta a la desigualdad contractual que aportaría los remedios necesarios para combatir los desequilibrios tanto objetivos como subjetivos:

“El solidarismo contractual consiste esencialmente [...], en una exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de tomar en cuenta y respetar el interés legítimo de su contratante. Esta ética contractual se manifiesta concretamente, entre otras, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia, proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo”⁵².

Como bien lo resume el profesor Éric Savaux,

“[d]esde este punto de vista, la doctrina solidarista ataca la concepción clásica, individualista y espiritualista del contrato, al igual que la teoría neoliberal que se contenta con limitarla en sus excesos”⁵³.

Dentro de esta óptica, y aludiendo a la *solidaridad*⁵⁴, parte de la doctrina francesa contemporánea afirma que, para conseguir tales objetivos,

⁵⁰ Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1998, p. 231.

⁵¹ Christophe JAMIN, “Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004, p. 160.

⁵² Denis MAZEAUD, “Solidarisme contractuel et réalisation du contrat”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004, pp. 58-59.

⁵³ ÉRIC SAVAUX, “Solidarisme contractuel et formation du contrat”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004, p. 45.

⁵⁴ Un excelente análisis del concepto de ‘solidaridad’ y de la poca o ninguna relación que el *solidarismo contractual* tiene con éste, en Marc MIGNOT, “De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité”, in *RRJ*, 2004, N° 4, Paris, pp. 2.153-2.197. Consúltense también Javier DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, México, Ed. Fontamara, 1998.

existen ciertos principios que rigen –o deben regir, para los menos optimistas– los contratos: la igualdad, el equilibrio, la lealtad y la fraternidad contractuales⁵⁵.

En el Derecho colombiano, la doctrina conocida como *neoconstitucionalismo* afirma:

“El principio de supremacía de la Constitución, además de asumir a la Constitución como norma jurídica y como norma que señala la manera de producir las demás normas, implica adicionalmente la constitucionalización del resto del derecho, la que opera, tanto en el plano interpretativo, como en el aplicativo. Este contenido de la supremacía constitucional implica un tránsito que va *de la legalización del derecho, a la constitucionalización del derecho*”⁵⁶.

Y, en su discurso, es común toparse con vocablos tales como ‘justicia’⁵⁷, ‘equilibrio contractual’⁵⁸ y ‘solidaridad’⁵⁹. Éstos se encuentran indefectiblemente vinculados con la expresión “Estado social de derecho”, que se halla en el artículo 1 de la carta política colombiana y que, en el entender de la Corte, cada una de las palabras que la componen tienen una *enorme carga semántica*⁶⁰.

⁵⁵ Véase THIBIERGE-GUELFUCCI (n. 47), pp. 377-382; Denis MAZEAUD, “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, in *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Ed. Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999, pp. 603-634 y Anne-Sylvie COURDIÉ-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Litec, 2006.

⁵⁶ Manuel QUINCHE RAMÍREZ, *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010, p. 101.

⁵⁷ “Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2º)”. C. Const. SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁸ “La onerosidad de dicha carga implicaría un desequilibrio económico del contrato que fue pactado en cuotas, precisamente para permitir el cumplimiento del deudor”. C. Const. T-520 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁹ “Si estas mínimas exigencias de humanidad y consideración no estuvieran fundadas en derechos y principios como los de dignidad del ser humano, solidaridad, lealtad y buena fe y no fueran jurídicamente exigibles en supuestos de afectación de derechos fundamentales, habría que concluir que la democracia constitucional colombiana ha sido suplantada por un rígido formalismo jurídico”. C. Const. T-170 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁰ C. Const. T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Gómez.

Una excelente crítica al respecto en Javier TAMAYO JARAMILLO, “Análisis de la interpretación valorista del derecho”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 70-135.

La Corte Constitucional ha ido, entonces, extrayendo⁶¹ principios encaminados a la protección y otorgamiento efectivo de los derechos de los individuos⁶².

Así las cosas, la Corte sostiene:

“[...] el Estado social no pretende la transformación radical de las estructuras sociales, sino la corrección sistemática de sus consecuencias más graves, y la promoción de sus efectos deseables. Así mismo, el Estado social permite la interacción de los agentes sociales, sin querer determinar sus relaciones por intermedio del Estado. Por el contrario, permite su libre juego, dentro de un marco que garantice la convivencia social presente y futura, tomando la dignidad humana como elemento indispensable para la continuidad de cualquier comunidad política.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que los deberes constitucionales son instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado”⁶³.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha establecido la influencia de las normas constitucionales en la contratación privada:

“Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera:

- (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia;
- (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común;

⁶¹ Esto me hace recordar la sofisticadísima “prensa hidráulico-dialéctica de interpretación” que conoció Rudolf von Jhering durante su visita al Cielo de los conceptos jurídicos. “Con ella se extrae de todo pasaje o texto lo que se necesita. De las dos bombas conectadas junto al cilindro principal, la una contiene el aparato dialéctico de infiltración, el inyector por el cual se introducen pensamientos, presupuestos y salvedades que eran totalmente desconocidas para el autor del pasaje. Es un invento de los teólogos; nosotros, los juristas, sólo lo hemos copiado, aunque la copia no resiste la comparación. Nuestro aparato rinde sólo una décima parte de lo que rinde el de los teólogos, que hace penetrar sistemas enteros en una sola palabra. Pero para los fines jurídicos el nuestro nos basta perfectamente. La otra bomba es el aparato de eliminación, el eliminador, que elimina manifestaciones positivas indeseables de los pasajes. Manejando bien esa máquina, se logran armonizar los pasajes más contradictorios”. Rudolf von JHERING, “El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”, en Rudolf von JHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, traducción Tomás Banzhaf, Madrid, Editorial Civitas, 1993, p. 225.

⁶² Véase C. Const. C-158 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶³ Sentencia T-520 de 2003, en www.corteconstitucional.gov.co/

- (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos;
- (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y
- (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe [...]”⁶⁴.

Y, en una sentencia reciente llega a utilizar la doctrina solidarista francesa como referente⁶⁵.

Pero esta fascinación por los *principios* no es exclusiva de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia ha llegado, incluso, a afirmar su origen puramente axiológico y su existencia y validez irrefutables, absolutas e independientes de toda consagración normativa⁶⁶.

Por su parte, cierta doctrina privatista colombiana, aludiendo en lo principal a la buena fe⁶⁷, ha adoptado un nuevo discurso de corte solidarista y “principalista”⁶⁸:

⁶⁴ T-468 de 2003, en www.corteconstitucional.gov.co/

⁶⁵ Véase C. Const. C-409 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁶ Véase C.S.J. Cas. Civ. 7 de octubre de 2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp: 05360-31-03-001-2003-00164-01.

“En 1886, *COCA-COLA: Delicious. Refreshing. Exhilarating. Invigorating. The new and popular soda* un anuncio de un refresco todavía poco conocido afirmaba lo siguiente: *fountain drink, containing the properties of the wonderful Coca plant and the famous Cola nuts*. [...] Posteriormente, estos extractos, con sus maravillosas propiedades, fueron considerados drogas y el refresco en cuestión hace tiempo que no contiene ningún extracto de coca; pero el nombre permanece. [...] De momento, el refresco se fabrica según una fórmula más moderna, pero la antigua todavía está en el recetario. El ilustrado puede y debe volver a abrir ese libro y leerlo en voz alta”. Hubert SCHLEICHERT, *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo*, traducción Jesús Alborés, Madrid, Ed. Siglo veintiuno de España, 2004, pp. 128-129.

⁶⁷ Un doctrinante contemporáneo llega, incluso, a presentar una estructuración del sistema basada en principios que, de acuerdo con la metáfora del árbol, constituirían el tronco del cual se desprenderían, como ramas, las reglas precisas: “La interpretación de la ley por principios se erige en guía fundamental en la innegable función creadora de derecho que realizan los jueces, de ahí que la función de un verdadero jurista está en elaborar un pensamiento regido por principios, develando, hasta sus últimas ramificaciones, cómo las diversas reglas que conforman el derecho positivo se encuentran ligadas entre sí, determinando de qué reglas derivan y, a su vez, estas reglas mayores de qué principios emanan”. Martha Lucía NEME VILLARREAL, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 379.

Un interesante estudio sobre la noción romana de *regulae iuris* y sobre la inexistencia de una teoría romana equivalente a las modernas teorías de los principios en David DEROUSSIN, “Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de *principia, praecepta et regulae iuris*”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008, pp. 127-148.

⁶⁸ “Resulta en vano buscar en el derecho en general algo que, desde el principio, ordene sus partes de la misma manera que un árbol o cualquier otro organismo estructurado. El

“La buena fe, entonces, se refiere a la situación propia de cada parte, y al mismo tiempo a la situación que se espera de la otra parte. Es lealtad recíproca, honradez recíproca, probidad y rectitud recíprocas”⁶⁹.

Afirmaciones como éstas, me recuerdan las agudas apreciaciones de Jean Carbonnier:

“Resulta sorprendente que en una época en la cual el matrimonio, poco a poco, se ha transformado en un contrato, algunos sueñen con transformar todo contrato en un matrimonio”⁷⁰.

Dentro de esta óptica, algunos doctrinantes llegan a imputarle a los contratantes *deberes* de cooperación⁷¹, “colaboración recíproca, armónica y generosa”⁷², conservación del equilibrio⁷³, seriedad⁷⁴, lealtad⁷⁵ y hasta fidelidad⁷⁶. Ahora bien, sostener que un contratante tiene un *deber* –de hacer algo– implica que el otro tiene un *derecho* –a algo⁷⁷– y, también, la potestad de exigir su cumplimiento ante los estrados judiciales⁷⁸.

derecho crece en donde se necesita de él, por aquí y por allá, sin orden alguno, sin un programa preestablecido, sin la disciplina necesaria para conformar una figura armoniosa. Sus partes no nacieron de un mismo tronco; éstas ni siquiera son los satélites de un derecho dominante. Si se quiere someterlas al dominio de un derecho preexistente, que llamaríamos derecho común, sólo podríamos hacerlo *a posteriori*, después de que aparecieron. En sus orígenes, éstas se formaron en su propio sector, a veces mordiendo el ámbito de las partes vecinas. Esto aclara las relaciones que existen entre ellas”. François GRUA, “Les divisions du droit”, in *RTD civ.*, N° 1, 1993, Paris, p. 62.

⁶⁹ Jorge CUBIDES CAMACHO, “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/Temis, 2010, p. 251.

⁷⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Ed. PUF, 1996, tome 4: Les obligations, p. 213.

⁷¹ Véase BERNAL FANDIÑO (n. 48), pp. 19-20 y José Félix CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 14, Bogotá, 2008, pp. 113-138.

⁷² Véase Claudia Patricia CORCHUELO BERNAL, “Teoría de la imprevisión”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES, *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Uniandes/Temis, 2009, tomo I, pp. 447-448

⁷³ Véase CUBIDES CAMACHO (n. 69), pp. 274-279.

⁷⁴ Véase *op. cit.*, p. 260.

⁷⁵ Véase BERNAL FANDIÑO (n. 48), pp. 21-22.

⁷⁶ Véase SOLARTE RODRÍGUEZ (n. 45), p. 310.

⁷⁷ “En realidad, toda obligación no es sólo ‘de alguien’, sino también ‘hacia alguien’ y ‘a algo’. En otras palabras, en el lenguaje jurídico no hay obligación sin deudor, acreedor y objeto”. Ricardo GUIBOURG, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987, p. 91.

⁷⁸ “El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda”. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1997, p. 218.

Así, pues, para conseguir estos fines altruistas, cierta doctrina colombiana, y principalmente los neoconstitucionalistas⁷⁹, al igual que algunos de los solidaristas franceses⁸⁰, propugnan por la intervención activa del juez para que ejerza su *poder moderador*⁸¹.

B. Dentro de esta concepción, es el juez el llamado a verificar que estos ideales de justicia, dignidad, equilibrio, solidaridad y buena fe se cristalicen en los contratos. Para los fines que persigo con este breve ensayo es suficiente analizar un caso del Derecho francés y otro del Derecho colombiano.

El caso francés⁸²: unos particulares celebraron un contrato de promesa de compraventa de una casa que se encontraba arrendada; el promitente comprador exigió que se incluyera en el contrato una condición suspensiva que supeditara la convención al hecho futuro e incierto de que, para la fecha prevista para la celebración de la compraventa, el arrendatario hubiera restituido ya el inmueble. Sin embargo, a pesar de la actuación diligente del promitente vendedor, la condición no se cumplió y se tuvo por fallida. Tres meses más tarde, el propietario vendió la casa a un tercero y el antiguo promitente comprador, molesto por la situación, interpuso demanda solicitando la nulidad de la venta y la indemnización de perjuicios.

La Corte de Apelaciones condenó a la indemnización de perjuicios argumentando que la obligación de ejecutar los contratos de buena fe (art. 1134 inc. 3 del CC. francés) imponía al vendedor el deber de proponer la casa en venta a los promitentes compradores originales, quienes habían resultado perjudicados por la actitud inconsecuente del arrendatario. La Corte de Casación casó el fallo de instancia argumentando que la obligación de ejecutar de buena fe presupone que haya un contrato entre las partes

⁷⁹ Consúltese Juan Jacobo CALDERÓN VILLEGAS, “La constitucionalización de las controversias contractuales”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Legis/Universidad del Rosario, 2007, pp. 751-769 y Juan Jacobo CALDERÓN VILLEGAS, “Las cruzadas de la constitucionalización del derecho comercial: buscando a los infieles”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas, 2010, pp. 14-26. Véase un enfoque más general en Diego LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis, 2006 y Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes/Temis, 2008. Y un interesante, aunque infructuoso intento de conciliar los planteamientos de los neoconstitucionalistas con aquéllos sostenidos por sus detractores en Carlos BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia. Colección Temas de derecho público, 2006.

⁸⁰ Un estudio detallado de las diferencias entre los distintos autores que se suelen considerar como *solidaristas* en Francia en Yves LEQUETTE, “Bilan des solidarismes contractuels”, in *Études offertes à Paul Didier*, Paris, Ed. Économica, 2008, pp. 247-287.

⁸¹ Denis MAZEAUD, “La réduction des obligations contractuelles”, in DOSSIER, “Que reste-t-il de l’intangibilité du contrat?”, in *Droit & patrimoine*, N° 58, Paris, Mars 1998.

⁸² C. Cass. 3 civ. 14 Septembre 2005, D. 2006, p. 761, note Denis Mazeaud, citado por LEQUETTE (n. 80), pp. 274-277.

y que, en el caso en cuestión, aquél no se había perfeccionado porque la condición suspensiva a la que estaba sujeto se tuvo por fallida.

Un prestigioso autor solidarista critica el fallo de casación y apoya la posición del juez de instancia sosteniendo: “la huella del pasado contractual legítima, en nombre de la buena fe, esta restricción a la libertad contractual”⁸³.

El caso colombiano⁸⁴: dos entidades bancarias, que habían celebrado un contrato de mutuo con intereses con un comerciante que luego fue secuestrado por la guerrilla, instauraron procesos ejecutivos contra éste por los incumplimientos en los que incurrió luego de su liberación. El mutuario interpuso acción de tutela invocando protección a sus derechos constitucionales *a la solidaridad, la protección del Estado y la igualdad*. La Sala Civil del Tribunal Superior del distrito de Bogotá, en primera instancia, denegó el amparo de los derechos invocados y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en segunda instancia, confirmó la decisión.

La Corte Constitucional, en uso de su facultad para revisar sentencias de tutela, se declaró competente y revocó las decisiones de instancia, concediéndole protección a los derechos *a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad* del accionante. En este orden de ideas, el máximo tribunal constitucional colombiano

204

- (i) mantuvo la suspensión de los procesos ejecutivos,
- (ii) ordenó la novación de los contratos de mutuo en el entendido de que las obligaciones sólo se hicieran exigibles un año después de la liberación del secuestrado,
- (iii) dispuso que, durante el tiempo del secuestro y un año más, las deudas sólo causaran intereses remuneratorios y
- (iv) excluyó la aplicación de las cláusulas aceleratorias de los créditos⁸⁵.

Según la Corte, esta solución se desprende de unos principios morales superiores⁸⁶:

⁸³ Note Denis Mazeaud, citado por LEQUETTE (n. 80), p. 275.

⁸⁴ Véase C. Const. T-520 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁵ “De tal modo, los bancos no pueden exigir judicialmente el pago de la deuda a una persona que ha sido secuestrada sino después del año siguiente a su liberación, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales. Interponer una demanda contra una persona que ha sido secuestrada, conociendo previa o posteriormente que su incumplimiento se debió al secuestro constituye una conducta contraria al principio de buena fe, y un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia”. C. Const. T-520 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁶ “Puesto que los fundamentos de ese neoconstitucionalismo, [...], son metafísicos y se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista, en las decisiones correspondientes de los tribunales, y muy en particular de los tribunales constitucionales, hay un fuerte *desplazamiento de la argumentación y de sus reglas* básicas. Dicha argumentación

“La aplicación judicial directa de la solidaridad resulta particularmente exigible en estos casos. La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (CN art. 95.2), también es un principio fundamental (CN art. 1º). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. [...] En virtud de lo anterior, es necesario concluir que el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección”⁸⁷.

La evocación de estos dos casos precisos nos pone de manifiesto el hecho de que el Derecho se desarrolla entre dos mundos: el de las palabras y el de los hechos, oscilando entre lo abstracto y lo concreto, entre la norma y el caso⁸⁸. Así, pues, las reglas, generales y finitas, no sólo resultan insuficientes para solucionar todas las situaciones específicas que se presentan en la vida cotidiana sino que, además, pueden conducir a soluciones que, para el caso particular y excepcional, choquen con los ideales de justicia y conveniencia de la sociedad que rigen. Pero no debemos creer que esta situación corresponde a una realidad propia de nuestro tiempo; éste no es un problema de nosotros los “modernos”. Aristóteles mismo, en su *Ética a Nicomaco*⁸⁹, la analizó detenidamente y propuso interesantes soluciones al respecto.

Los teóricos contemporáneos, por su parte, han tratado de responder a estas necesidades mediante la utilización de *principios*⁹⁰ que se invocan tanto

205

adquiere tintes pretendidamente demostrativos, puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso. Con ello, la argumentación constitucional se tiñe de metafísica y adquiere visos fuertemente esotéricos”. GARCÍA AMADO (n. 49), p. 29.

⁸⁷ Corte Constitucional, T-520 de 2003, en línea.

⁸⁸ “En definitiva, las palabras tienen la tendencia a ser generales, es decir, a designar múltiples objetos del mundo al mismo tiempo y la realidad, por su parte, es una increíble e inagotable diversidad de objetos particulares y concretos. Esta diferencia esencial entre la naturaleza de la realidad y aquella del lenguaje es fuente de confusiones”. Eduardo SILVA ROMERO, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, Ed. PUF. Coll. Droit, éthique et société, 2002, p. 53.

⁸⁹ Véase Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Ed. Livre de poche, 2007, pp. 223-234.

⁹⁰ Consúltase Riccardo GUASTINI, “Los principios en el derecho positivo”, en Riccardo GUASTINI, *Distinguiendo*, traducción Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999, pp. 142-178.

para colmar lagunas⁹¹ como para excluir un caso particular del campo de aplicación de una norma precisa. Los principios son *standards* o reglas de segundo nivel, es decir, prescripciones dirigidas no a los ciudadanos, sino a las autoridades encargadas de aplicar las normas de primer nivel –las únicas dirigidas a los ciudadanos–. Aquéllos:

“[p]roporcionan una guía de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcances darles; cómo combinarlas; cuándo otorgar precedencia a alguna de ellas; etc.”⁹².

En este orden de ideas, podría el juez excluir la aplicación de una norma a una situación, a pesar de que ésta corresponda al supuesto de hecho de aquella, argumentando que el caso en cuestión se trata de una excepción implícita –normas *prima facie*–⁹³ y que, por ende, la regla es *derrotable*⁹⁴.

Pero, ¿el razonamiento de los solidaristas franceses y de los neoconstitucionalistas colombianos corresponde realmente a esta aplicación de los principios como correctivos para casos excepcionales? En o personal, me inclino a pensar que no, y en esto radica la originalidad de estas dos corrientes doctrinales que, si bien presentan similitudes evidentes respecto

⁹¹ Véase Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Editorial Legis, 2008, pp. 298-326.

⁹² CARRÍO (n. 49), p. 205. Consúltese también Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

⁹³ Véase Carlos ALCHOURRÓN, “Para una lógica de las razones *prima facie*”, en Carlos ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 129-139.

⁹⁴ Por ejemplo, respecto de la norma “Está prohibido estacionarse frente a la estación de policía”, podrían entenderse como excepciones implícitas las siguientes: “salvo cuando el conductor del vehículo se encuentre en una emergencia médica”, “salvo cuando se trate de la escolta del Presidente, en visita oficial”, entre otras cuyo número no podemos determinar previamente. Consúltese al respecto Carlos ALCHOURRÓN, “Separación y derrotabilidad en lógica deóntica”, en Carlos ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 141-153; Daniel MENDONÇA, *Los derechos en juego*, Madrid, Ed. Tecnos, 2003, pp. 49-56; Robert SUMMERS, *La naturaleza formal del derecho*, traducción Pablo Larrañaga, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2001, pp. 117-124; Timothy ENDICOTT, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, traducción Pablo Navarro, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2004, pp. 73-83; Juan Carlos BAYÓN y Jorge RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003; Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, traducción Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004; Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “Norma jurídica”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000, pp. 143-146 y Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, *Teoría del derecho y decisión judicial*, España, Ed. Bubook Publishing, 2010, pp. 179-204.

de los postulados morales que pregonan, y la manera de aplicarlos a las convenciones celebradas entre particulares, han tenido un impacto muy distinto el derecho positivo⁹⁵.

II

La doctrina solidarista en Francia sólo ha logrado seducir a un limitado grupo de académicos⁹⁶; los jueces, ajenos a estas discusiones teóricas, han seguido sustentando sus providencias en las reglas de los códigos *Civil* y de *Comercio* y en la abundante legislación complementaria⁹⁷. En Colombia, la situación es bien diferente: la doctrina constitucional ha permeado completamente todas las esferas judiciales de tal manera que, hoy, resulta exótico encontrar una demanda o un fallo donde no se haga alusión a los principios constitucionales⁹⁸.

Si bien es cierto que, desde un punto de vista técnico, la aplicación directa de

- A) los principios a los contratos celebrados entre particulares presenta las mismas dificultades en los dos países,
- B) las particularidades de la realidad colombiana han sido tierra fértil para que el neoconstitucionalismo se imponga en los estrados judiciales.

207

⁹⁵ La petición de principio realizada por cierto doctrinante colombiano para que el solidarismo “[...] se extienda no solo en Francia sino en el mundo de los contratos en general, como un nuevo fundamento de la teoría general del contrato [...]”. BERNAL FANDIÑO (n. 48), p. 29 parece haber sido escuchada por ciertos magistrados de la Corte Constitucional colombiana.

⁹⁶ Consúltase al respecto Laurent LEVENEUR, “Le solidarisme contractuel: un mythe”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004, pp. 173-191.

A pesar de esto, cierta doctrina colombiana parece presentar al movimiento doctrinal solidarista como triunfante en la jurisprudencia francesa: “Con ocasión de lo que podríamos llamar un renacimiento del solidarismo, la jurisprudencia reciente francesa irriga el deber de coherencia de una nueva vitalidad”. Mariana BERNAL FANDIÑO, “El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*”, en *International Law. Revista colombiana de derecho internacional*. N° 13, Bogotá, noviembre 2008, p. 301.

⁹⁷ En un escrito reciente, un importante autor solidarista parece adaptar su posición al sostener que la socialización del Derecho de los Contratos, el *solidarismo contractual*, se evidencia en la intervención legislativa –antes que en la intervención judicial– que ha desplazado el centro de gravedad del Derecho Contractual del régimen común del *Código Civil* a los regímenes especiales aplicables a los distintos tipos de convenciones. Véase Christophe JAMIN, “Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux”, in Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, *Repenser le contrat*, Paris, Ed. Dalloz, 2009, pp. 184-187.

⁹⁸ Sobre la incertidumbre que implica la doctrina de los principios constitucionales, véase Fabricio MANTILLA ESPINOSA, “Constitucionalización del derecho privado”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (COORD.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 361-381.

A. Los principios mencionados, tal y como están formulados, presentan dos importantes características: una gran indeterminación –tanto del supuesto de hecho como de la sanción– y un altísimo contenido emotivo. Su aplicación generalizada puede conducir a graves situaciones de inseguridad y ansiedad jurídicas. Para evidenciarlo, basta con formularse unas preguntas simples: ¿cuál es el supuesto de hecho del principio que me exige actuar de *buena fe* o de forma *solidaria*? En virtud de los famosos *deberes* contractuales, ¿qué comportamiento tengo que asumir?, ¿qué actos precisos debo llevar a cabo?, ¿y cuáles serían las consecuencias de no hacerlo?, ¿qué sanción recibiría? y ¿cuánto me costaría no actuar así (¿de qué forma?)⁹⁹? ¿cómo discutir un argumento que se dice equitativo y solidario?, ¿cómo oponer los *intereses moratorios*, las *cláusulas compromisorias* y las *cláusulas penales* a la *libertad*, la *igualdad* y la *justicia*?

En palabras de Alf Ross:

“Invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. [...] La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”¹⁰⁰.

El impacto de la aplicación directa y generalizada de los principios conduce a la instauración de la justicia intuitiva del caso por caso¹⁰¹ que no

⁹⁹ “Podemos preguntarnos qué papel desempeña la idea de justicia en la formación del derecho positivo, en la medida en que ella es entendida como una exigencia de racionalidad. Esto es, una exigencia de que las normas jurídicas sean formuladas con ayuda de criterios objetivos, de manera tal que la decisión concreta tenga la máxima independencia posible frente a las reacciones subjetivas del juez, y sea, por ello, predecible”. Ross (n. 78), p. 346.

“La predecibilidad es el aspecto formal de la protección jurídica. Si el sistema jurídico fracasa al implementarla, entonces la base de la estabilidad social se verá sacudida. Si la aplicación del Derecho no es predecible sino caprichosa, hará que sea imposible la planeación de actividades y llevará, eventualmente, a la guerra de todos contra todos”. Aulis AARNIO, “Derecho y lenguaje”, en Aulis AARNIO, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, traducción Pablo Larrañaga, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2000, p. 17.

¹⁰⁰ ROSS (n. 78), p. 340.

¹⁰¹ “La ‘justicia del caso individual’ que se invoca en contraste con la ‘justicia de las normas’ ha llegado a ser en los últimos años un *leitmotiv* más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones *posmodernas* de la teoría del derecho. [...] Cuáles sean los criterios en

sólo genera una gran inseguridad jurídica sino que, además, termina por excluir la aplicación de las normas precisas, incluso, para situaciones que encuadran en sus supuestos de hecho. Ahora bien, con el fin de mantener el discurso perfectamente delimitado, continuaré mi razonamiento sirviéndome de los dos casos antes comentados.

Respecto del caso de la promesa de compraventa del Derecho francés, el profesor Yves Lequette hace un análisis crítico límpido que basta para demostrar los problemas del razonamiento solidarista:

“En el presente caso, de acuerdo con lo expresado por el eminente comentarista, parecería ser la existencia de la condición suspensiva, que se tuvo por fallida por la actitud inconsecuente del arrendatario, lo que justificaría la existencia de aquella obligación particular, derivada de la buena fe. Si consideramos la economía de la operación, resulta realmente difícil entender qué podría justificar una solución de esta índole [se refiere a la supuesta obligación que subsistiría de continuar prefiriendo a los antiguos promitentes compradores]. Evidentemente, la operación implicaba un riesgo, por la presencia del ocupante del inmueble [...]; riesgo que el promitente comprador no quiso asumir. Para tal efecto, consiguió que el promitente vendedor aceptara incluir una condición suspensiva en la promesa. [...] Para el profesor Mazeaud, la lealtad lo obligaba, por haber existido un contrato en el pasado, a ofrecer de nuevo el inmueble al antiguo promitente comprador. Jurídicamente, el análisis resulta sorprendente: como el contrato de promesa había desaparecido retroactivamente, el propietario tenía libertad de buscar un nuevo adquirente. Económicamente lo resulta también: ¿por qué el derecho habría de favorecer a la parte que se había negado a asumir los riesgos propios de la operación, en detrimento de aquella que los había gestionado oportunamente?¹⁰².

función de los que el juez debería determinar caso por caso en esta ‘justicia reequilibradora’ de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no desean siquiera imaginar ‘decisiones según criterios’, y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla [...] y, por lo tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez”. Michele TARUFFO, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, traducción Beatriz Quintero, Bogotá, Ed. Temis, 2006, pp. 182-183.

Véase, en el mismo sentido, Yves LEQUETTE, “D’une célébration à l’autre (1904-2004)”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, p. 24.

¹⁰² LEQUETTE (n. 80), pp. 275-276. En otro fallo, la Corte de Casación francesa llega, incluso, a afirmar que constituye un incumplimiento a su obligación de ejecutar los contratos

“[L]a visión tradicional del contrato reposa en la idea fundamental de que *la libertad tiene que estar acompañada de la responsabilidad*. Porque contratan libremente y se les provee de los medios para defender sus intereses, las partes deben asumir los riesgos que implican los contratos. Ahora bien, lo menos que podemos decir del solidarismo es que logra situarse en el polo opuesto de este razonamiento. ¿Para qué informarse, reflexionar, anticipar si el juez está ahí, como una ‘bonne à tout faire’¹⁰³, para corregir las omisiones, las negligencias, puesto que él sabe mejor que las partes mismas lo que es bueno para ellas?¹⁰⁴.”

“Desde este punto de vista, hay que resaltar el realismo de la concepción que guió a los redactores del Código Civil y que explica, probablemente, la perennidad de su obra. Animados por un pesimismo antropológico, percibieron al individuo como irremediabilmente imperfecto y egoísta. [...] Así las cosas, para organizar el derecho civil francés, no se fundaron en la hipótesis de la solidaridad humana, sino en el hecho de que los hombres, naturalmente, propenden más por sus intereses propios que por los ajenos¹⁰⁵.”

210

de buena fe el simple hecho de no informar a la empresa de acueducto por el olvido en la facturación del servicio. ¿Se le puede reprochar al suministrado el no haber advertido a su contratante por la falta de facturación? ¿Cómo se le sancionaría? ¿Mediante indemnización de los perjuicios causados al acreedor que no recibió el pago a tiempo –por no haberse dignado a cobrar–? ¿Se sancionaría al deudor por el simple hecho de no advertir al acreedor descuidado de la posibilidad de que le prescriban sus derechos? ¿La buena fe exige que el deudor renuncie a la prescripción? Cour Cass. Ch. Civ 1. 23 Janvier 1996. Juris-Data N° 000121. Véase un análisis en este sentido en Laurent LEVENEUR, *Droit des contrats. 10 ans de jurisprudence commentée. La pratique en 400 décisions*, Paris, Ed. Litec, 2002, pp. 113-115.

¹⁰³ La “bonne à tout faire” es la empleada doméstica que se ocupa de todas las actividades del hogar: la limpieza, la cocina, el cuidado de los niños, etcétera.

¹⁰⁴ LEQUETTE (n. 80), p. 268. En un célebre caso, la Corte de Casación francesa casó un fallo de segunda instancia, que había anulado una compraventa considerado que el comprador había adquirido a precio irrisorio ochenta y cinco fotografías de un reputado fotógrafo y, al no informar al vendedor de su verdadero precio, incumplió su obligación de contratar de buena fe. Ahora bien, como la identidad del artista era conocida por las dos partes –lo cual excluye la hipótesis de que el comprador hubiera incurrido en una reticencia dolosa–, este azar había entrado claramente en el campo contractual, y el error en el valor no recibe sanción legal. Mal podría ponerse en cabeza del comprador la obligación de informar al vendedor descuidado y negligente de las características y el precio de la cosa objeto del contrato. Cour Cass. Ch. Civ 1. 3 Mai 2000. Juris-Data N° 001683. Véase LEVENEUR (n. 102), pp. 35-37.

Consúltense también TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE (n. 1), pp. 229-230 y SAVAUX (n. 53), pp. 50-53.

¹⁰⁵ LEQUETTE (n. 80), p. 256.

¿No sería conveniente, como lo propone parte de la doctrina francesa contemporánea¹⁰⁶, servirse del principio de la *buena fe* como una suerte de barrera de contención, sólo para sancionar los procederes dolosos y temerarios de las partes en ejecución del contrato –distintos del ejercicio abusivo de las potestades contractuales¹⁰⁷, cuyo control se ejerce a través de la figura del *abuso del derecho*¹⁰⁸–, antes que continuar manipulándolo para justificar una “fraternidad contractual” que difícilmente existe en la realidad y a la cual no se puede obligar a las partes¹⁰⁹? ¿Por qué imponerle a un contratante comportamientos que no sólo son indeterminados sino que, además, van en contravía de sus intereses particulares, en aras de favorecer postulados que el juez considera justos (¿para quién?)¹¹⁰ y útiles (¿para qué?)¹¹¹?

¹⁰⁶ Consúltase Daniel COHEN, “La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, pp. 517-538.

¹⁰⁷ “[Admitir que el abuso del derecho deriva de la buena fe] conduciría inevitablemente a crear una noción de abuso del derecho para los contratos que habría que distinguir del abuso del derecho en general. La unidad de la noción se perdería definitivamente”. Béatrice JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Ed. Dalloz, 2001, p. 435.

¹⁰⁸ Un análisis de la noción de abuso frente a la noción de libertad en Henri CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, in *RTD civ*, 1928, Paris, pp. 365-376. Una visión de conjunto sobre el abuso en Philippe STOFFEL-MUNK, *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, Paris, Ed. LGDJ, 2000. Y una presentación clara y concisa del derecho colombiano en la materia en Ernesto RENGIFO GARCÍA, “El abuso del derecho”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Uniandes/Temis, 2010, tomo II, volumen 1, pp. 233-271.

¹⁰⁹ “Ciertos estados mentales y sociales parecen tener la propiedad de que sólo se producen como subproducto de acciones llevadas a cabo con otros fines. O sea, nunca pueden generarse de manera inteligente o intencional, puesto que en cuanto uno intenta producirlos, la tentativa misma impide que tenga lugar el estado que uno se propone generar”. Jon ELSTER, *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, traducción Enrique Lynch, Barcelona, Ed. Península, 1988, p. 67.

¹¹⁰ ‘Justicia’ parece, en principio, una palabra desprovista de contenido semántico, es decir, que su definición implica unos criterios materiales presupuestos. Me explico: si ‘justicia’ es *dar a cada uno lo suyo*, esto no responde a la pregunta, ¿qué es lo que le corresponde a cada uno? El criterio material para saber qué corresponde a cada cual es un presupuesto de la definición misma. “A cada cual lo suyo” puede servir para justificar cualquier orden social –capitalista, socialista, democrático o aristocrático–, ya que cada uno de éstos definirá qué es lo que corresponde a cada cual. Además, argumentar que ‘justicia’ significa *tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales*, tampoco tiene mucho sentido, puesto que en un mundo como el nuestro, lleno de diferencias, hay que establecer cuáles de éstas se tendrán en cuenta y cuáles no. Esta elección y jerarquización se encuentran presupuestas respecto de la definición de ‘justicia’. Un excelente análisis en este sentido en Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, traducción Ernesto Garzón Valdés, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2001. Consúltase también Daniel MENDONÇA y Ricardo GUIBOURG, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004, pp. 64-65.

¹¹¹ Véase Robert GOODIN, “La utilidad y el bien”, en Peter SINGER, *Compendio de ética*, traducción Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil, Madrid, Ed. Alianza, 2007, pp. 337-346.

No hay que olvidar que esta hipertrofia de la *buena fe* es característica de los países de Derecho romano-germánico –y de unos más que de otros, naturalmente¹¹²–. En palabras de Reinhard Zimmermann:

“Pues la *bona fides*, [...] se contó entre la más importantes fuerzas motrices que conformaron el Derecho romano de contratos, y su inherente dinamismo caracterizó más tarde también el Derecho común. [...] Al mismo tiempo, debe situarse aquí una distinción cardinal entre el *civil law* europeo continental y el inglés *common law*. Los juristas ingleses rechazan a menudo, con horror, una cláusula general como la que consiste en ‘una invitación al juez a que abandone el deber de fundar jurídicamente sus decisiones y a manifestarse de manera irreflexiva a través de la invocación mágica de valores personales’”¹¹³.

En efecto, en los países del *Common Law*, el papel fundamental que desempeñan los jueces está garantizado por su prudencia y humildad. Su prudencia en cuanto al respeto de la regla de derecho obligatoria, en su sistema, expresada por el precedente¹¹⁴, y su preferencia por la aplicación de las *rules* antes que los maleables *standards* –con el gran poder discrecional que éstos confieren–¹¹⁵. Y su humildad para no imponer a los justiciables sus propias concepciones morales¹¹⁶, ni mucho menos pretender darles una validez universal¹¹⁷.

¹¹² Consúltase al respecto Filippo RANIERI, “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *civil law*”, in *RIDC*, 1998 vol. 4, Paris, pp. 1.055-1.092 y JALUZOT (n. 107).

¹¹³ Reinhard ZIMMERMANN, *Europa y el Derecho romano*, traducción Ignacio Cremades Ugarte, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 75.

¹¹⁴ Véase LAITHIER (n. 28), pp. 79 a 87; Raymond LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Ed. Litec, 2008, pp. 74-76; John Anthony JOLOWICZ, *Droit anglais*, Paris, Ed. Dalloz, 1992, pp. 42-47 y Alain LEVASSEUR, “Les sources du droit”, in Alain LEVASSEUR (dir.), *Droit des États-Unis*, Paris, Ed. Dalloz, 1994, pp. 20-22.

¹¹⁵ Véase LAITHIER (n. 28), pp. 109-111.

¹¹⁶ “Mientras que en Francia se espera –del juez judicial, al menos– una función simbólica y no política, en Inglaterra, el juez es un personaje político que no cumple ninguna función simbólica particular para los individuos. Su conciencia no interviene; solamente se requieren su conocimiento de los precedentes y su habilidad para combinar estos últimos con lo que difusamente se espera de él en la sociedad y con su capacidad argumentativa”. GARAPON y PAPADOPOULOS (n. 28), p. 148.

¹¹⁷ “Mandar es, por cierto, un vocablo muy débil. Legislar es un placer de calidad más exquisita que ordenar. Ya no se trata de la vulgar orden que dirige el amo a su esclavo o el comandante al soldado, meros imperativos inmediatos y sin futuro. No, se trata de la *ley*, la orden sin rostro, universal y eterna, tal como la divinidad. Orden lanzada en el espacio y en el tiempo, al encuentro de la multitud anónima e invisible de generaciones”. CARBONNIER (n. 35), p. 240.

La excesiva intromisión del juez en los asuntos de los particulares se traduce en una política de control social, limitación a las libertades individuales y castración de la iniciativa privada. Como bien lo precisa Wolfgang Sofsky:

“Cada individuo sabe mejor que las autoridades lo que es bueno para él. El paternalismo es un engendro del pesimismo del Estado, y se apoya en la falsa idea de que los hombres no son capaces de cuidarse de sí mismos ni de conocer lo que les conviene. Con el pretexto de que busca lo mejor para ellos, el Estado moderno se entromete en todo, incluso en contra de la voluntad expresa de sus súbditos. [...] El Estado de derecho total pretende dirigir a la sociedad y educar a los súbditos. Reglas y preceptos incesantemente renovados se entrometen en la vida cotidiana. [...] La política prohibitiva recurre a conclusiones erróneas deliberadamente seleccionadas: lo que no está prohibido tampoco está permitido. Lo que no está mandado tampoco está permitido. Sólo está permitido, en definitiva, lo que es un deber. El imperio de las normas únicamente conoce mandatos y prohibiciones. Las libertades y los permisos caen inmediatamente bajo sospecha¹¹⁸.

El análisis del caso del contrato de mutuo del derecho colombiano resulta mucho más complejo debido a la gran carga emotiva¹¹⁹ que tiene la palabra ‘secuestro’ y al sentimiento de solidaridad que ésta genera en el público. Así y todo, es necesario examinarlo sin apasionamientos.

Tal y como consta en el fallo, las entidades bancarias sólo iniciaron los procesos ejecutivos una vez liberado el deudor y, por consiguiente, tenía posibilidad de defender sus intereses sirviéndose de los medios que le brinda el ordenamiento jurídico, los cuales deben ser presentados ante el juez en las oportunidades procesales pertinentes para que puedan ser objeto de contradicción por la contraparte y, de esta manera, oponerle sus argumentos

¹¹⁸ Wolfgang SOFSKY, *Defensa de lo privado*, traducción Marciano Villanueva Salas, Valencia, Ed. Pretextos, 2009, pp. 59 y 33.

¹¹⁹ “Una de las causas que hacen que la forma gramatical no sea una guía segura es que existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres. [...] Se trata de palabras que son usadas, en forma ostensible o encubierta, para exteriorizar, despertar o agudizar ciertas actitudes de aprobación o desaprobación. ‘Libertad’, ‘democracia’, ‘imperialismo’. ‘oligarquía’, ‘comunista’, ‘nacionalista’, son sólo un puñado de las numerosas palabras que, en determinados contextos, desempeñan tal función”. CARRIÓ (n. 49), p. 22.

de defensa¹²⁰. El artículo 784 numeral 12 del *Código de Comercio* le permitía al mutuuario interponer frente a los bancos las excepciones propias del contrato de mutuo que, para el caso en cuestión, se trataba de la fuerza mayor. La carga del mutuuario era alegarla y probarla en el proceso¹²¹ con el fin de lograr el convencimiento por parte del juez de que esta circunstancia le impidió cumplir su obligación no sólo durante el tiempo del secuestro propiamente dicho sino, además, durante el período del trauma possecuestro¹²². Ahora,

¹²⁰ Sin embargo, buena parte de la doctrina contemporánea parece preferir la intuición y el sentimiento de justicia del juez a las reglas preestablecidas, generales e imparciales del Derecho Procesal. Tiene toda la razón el profesor Adolfo Alvarado Velloso cuando afirma: “[...] a raíz de la *falsa antinomia ineficacia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales* [...], muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo como *método de discusión* y su reemplazo por la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada sobre la base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es la *justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad”. Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010, p. 177.

¹²¹ Art 64 del CC: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Art. 1604 inc. 3 del CC: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Art. 177 del CPC: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

¹²² Empero, cierta doctrina contemporánea parece abogar por una suerte de “solidaridad procesal” que impondría a cada parte la carga de presentar al proceso, *ab initio*, todas las pruebas, incluso aquellas necesarias para sustentar los argumentos de la contraparte...

“Ya no se puede seguir pensando en un escenario en donde se rinde culto a las actuaciones rígidas e insolidarias y desbordadamente egoístas, ayunas de lealtad, en donde las estratagemas defensivas se encaminan a socavar derechos sustanciales, antes que a defender limpiamente los intereses en conflicto con instrumentos nobles, así se trate de una *litis*. No en vano, la defensa, que no el combate (sic), no se puede hacer a partir del sacrificio de elementales principios jurídicos y éticos. Aún la confrontación, en su estado de mayor concentración e intensidad, conoce reglas. [...] Por eso, *ab initio*, ambas partes deben y deberán colaborar, imperativo que forma parte de la dimensión contemporánea y humanística del proceso, así como del Derecho, en general, hastiado de actitudes soberbias, personalistas y rayanas en la individualidad y, sobre todo, de un malentendido desenvolvimiento procesal. Ya no es posible defenderse con el manido argumento de que es el otro el que forzosamente debe probar, como si al que hace esta aseveración, tan común en el foro, no le importara la suerte del proceso, de proyección y pertinencia no solo privada, sino también social, según se explicitó. De ahí que, si enterado un sujeto procesal de esta nueva realidad, que no es retórica, ni poesía constitucional o procesal, no coopera, no colabora con la administración de justicia, como en buena hora lo dispone perentoriamente nuestra Constitución Política, entre varias, no puede luego rasgarse las vestiduras pretextando sorpresas, o extrañezas, con algo de inoportunidad –y hasta de ‘cinismo’, dirían otros–”. Carlos Ignacio JARAMILLO

en esta hipótesis, el carácter irresistible de la fuerza mayor no se analizaría como la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación de pagar una suma de dinero –bien fungible–, sino, más bien, como la imposibilidad relativa de cumplir con los pagos de las cuotas del contrato de mutuo, debido a la situación particular y excepcional del mutuuario¹²³.

El mutuario, en vez de ceñirse a las reglas sustanciales y procesales que regían la materia, se limitó a argüir, mediante acción de tutela, que la conducta de las entidades bancarias atentaba contra sus derechos constitucionales *a la solidaridad, la protección del Estado y la igualdad*¹²⁴. Y la Corte Constitucional, concediéndoles protección a los derechos *a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad*, sostuvo¹²⁵:

“[L]a sola posibilidad de alegar el secuestro dentro de las excepciones a la acción cambiaria no es suficiente para desplazar a la acción de tutela, pues la jurisprudencia exige que la protección otorgada por los medios que se presentan como principales tengan la misma eficacia que la protección que otorga la tutela a los derechos fundamentales. [...] [A]un a pesar de que pueda alegarse el secuestro como circunstancia de fuerza mayor dentro del proceso ejecutivo, de ahí no se desprende que el demandado tenga las mismas oportunidades procesales para su defensa que las que tiene en la acción de tutela. Del mismo modo, de la procedencia formal del secuestro dentro de la excepción consagrada en el artículo 784.12 C.Co. tampoco puede concluirse que el proceso ejecutivo provea una protección integral de los derechos fundamentales del demandado que lo alega”¹²⁶.

JARAMILLO, “Distribución de la carga de la prueba, su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho procesal*, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/Temis, 2010, tomo v, pp. 197-198.

Véase un análisis general de la noción de lealtad procesal en Marie-Emma BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Ed. Dalloz, 2003.

¹²³ “La calificación de la fuerza mayor se compone entonces de estándares jurídicos. Este enfoque de los criterios responde a la finalidad de excusa de la fuerza mayor. La corrección de la regla jurídica no impone una concepción drástica de la fuerza mayor. Una concepción relativa, marcada por el sello de la normalidad, resulta más satisfactoria [...]”. Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, Ed. LGDJ, 1992, p. 66.

¹²⁴ “La libertad supone la aceptación de las reglas del juego. [...] Soy libre de aceptar las reglas o no, y por tanto de jugar al juego correspondiente, pero una vez tomada la decisión de jugar no sería correcto por mi parte tratar de sacar ventaja prescindiendo de alguna de ellas”. Gregorio ROBLES MORCHÓN, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, p. 25.

¹²⁵ Véase un excelente análisis crítico al respecto en Fernando Alberto GARCÍA FORERO, “El ‘no obstante’ como fundamento de cierta hegemonía constitucional”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 296-325.

¹²⁶ T-520 de 2003, en www.corteconstitucional.gov.co/

A argumentaciones como ésta se encuentra dirigida la certera crítica del profesor Gabriel Hernández Villarreal:

“[...] sin ninguna justificación plausible [los profesionales del Derecho] se apartan de aplicar la regla, no obstante que los hechos debatidos se subsumen o encajan con precisión dentro de la hipótesis de ésta, y a cambio de ello optan por invocar un principio que pese a ser genéricamente incontrovertible (la solidaridad, el orden justo, el interés superior de los menores, etc.), no sólo no basta para solucionar el caso concreto sino que además, al no estar sometido a premisas que han debido ser construidas a lo largo de la actuación, tornan arbitraria, indebida e incluso *tramposa* su pretendida interpretación”¹²⁷.

Ahora bien, a pesar de las razones argüidas, se podría sostener que siempre resulta preferible que una persona jurídica como un banco soporte esta carga, consecuencia directa del flagelo del secuestro que azota a Colombia, y no la persona natural, víctima directa de la situación. En este orden de ideas, se podría, incluso, afirmar que ello conseguiría la socialización de estos costos, ya que las entidades bancarias los terminarían reflejando en sus estados contables y, a la larga, repercutirían en los precios que todos pagamos por los servicios bancarios¹²⁸.

No entraré a analizar los efectos económicos perversos que pueden implicar, a nivel macro, las decisiones judiciales que sólo toman en consideración el caso en cuestión, por dos razones principales: la primera es que ya existen excelentes estudios sobre el tema¹²⁹ y la segunda es la ten-

¹²⁷ Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL, “Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica”, en Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL (ed.) *Actualidad y futuro del derecho procesal. Principios, reglas y pruebas*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010, p. 76.

¹²⁸ “[...] se prescribe la exigencia de la solidaridad, y por lo que se refiere a la Ética, es decir, a la consideración de la solidaridad como principio ético, como virtud, la solidaridad aparece como reactualización de la fraternidad, como consecuencia de la culpa común y que se expresa, en cierto sentido, a través de la conciencia de la falta común [...]. Así deslindada y relacionada con la igualdad, la solidaridad como principio jurídico-político suele ser invocada como principio de la convivencia democrática y así es recogida en textos constitucionales [...], como fundamento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas [...]”. DE LUCAS (n. 54), pp. 20 y 29.

¹²⁹ Consúltese Antonio José NÚÑEZ TRUJILLO, “Herramientas analíticas de análisis de eficiencia y equidad. Metodología y aplicación a un caso de sector financiero”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 429-459; Antonio José NÚÑEZ TRUJILLO, *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Bogotá, Ed. Legis/Instituto desarrollo y libertad, 2005; Sergio CLAVIJO, *Fallos y fallas de la Corte Constitucional: el caso de Colombia 1991-2000*, Bogotá, Ed. Alfaomega, 2001 y Sergio CLAVIJO, *Descifrando la “nueva” Corte Constitucional. Una evolución del período 2001-2003*, Bogotá, Ed. Alfaomega, 2004. Véase también Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, “Viendo más allá del expediente. Los efectos de los fallos

dencia tan generalizada del hombre a ver con cierta indiferencia aquellas situaciones que, con o sin razón, piensa que no afectarán directamente sus intereses propios o que su repercusión será mínima. Me limitaré, entonces, a formular unas preguntas sencillas y precisas: ¿y si el mutuante fuera usted y no el banco? O, ¿si usted fuera un tercero de buena fe exenta de culpa que recibió el título valor mediante endoso (art. 784 N° 12 del *C.Co. colombiano*)¹³⁰? ¿Habría que sacrificar las reglas sobre la circulación y la abstracción de los títulos valores por el libre desarrollo de la personalidad del mutuario? Y peor aún, ¿habría que sacrificar sus intereses económicos particulares en el altar de la solidaridad? ¿Y si el mutuario no se encontrara imposibilitado para el pago como consecuencia del secuestro sino por un terrible accidente o una grave enfermedad¹³¹? ¿Por qué darle un trato distinto si la Constitución consagra el derecho fundamental a la *igualdad*¹³²? Los fallos en este sentido no se han hecho esperar¹³³.

judiciales a partir del análisis económico del Derecho”, en Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Ed. Palestra, 2006, pp. 51-67.

¹³⁰ Hasta el momento la Corte Constitucional ha circunscrito estas exigencias de *solidaridad* a las entidades bancarias, pero, ¿qué nos hace creer que no va a extenderlas a los demás particulares? En la misma sentencia T-520 de 2003 enuncia un postulado con alcance muy general: “[...] el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección”. Podría argumentarse también que esta carga se impone a las entidades bancarias como prestatarias de un *servicio público*, pero, ¿acaso la maleable noción de *servicio público* nos puede dar seguridad? Sólo a título ilustrativo, es importante ver un reciente fallo de la Corte Constitucional en el cual entendió que las compañías aseguradoras prestan también un *servicio público*... C. Const. C-432 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹³¹ “Si tenemos que querer nuestras máximas como leyes universales, tenemos que querer que sean respetadas en todas las situaciones que se parezcan entre sí según las características universales especificadas en la máxima”. Richard Mervyn HARE, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, traducción Joan Vergés Gifra, Barcelona, Ed. Ariel Filosofía, 1999, p. 145.

¹³² “El concepto de agente o deudor en materia de responsabilidad, como ocurre con todas las categorías jurídicas generales, es una abstracción necesaria para cualquier ordenamiento jurídico. Constituye una estandarización del individuo para efectos de aplicar a todas las personas un régimen legal general, impersonal y abstracto. Esta generalidad es un elemento que permite garantizar la aplicación homogénea de la ley y que le otorga un nivel de previsibilidad necesario para el funcionamiento de cualquier sistema económico. Sin embargo, el carácter general de esta presunción legal no puede traer como consecuencia el desconocimiento de las circunstancias vitales que motivaron el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado. Ello vulneraría su derecho a la igualdad, en cuanto sus condiciones particulares imponen un trato especial por parte del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe permitir que se tengan en cuenta las circunstancias vitales que impiden al deudor secuestrado cumplir su obligación, en la medida en que éstas sean susceptibles de ponderación jurídica”. C. Const. T-520 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³³ “Ante ese panorama la Sala concluye que se está frente a un manifiesto desconocimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad por parte de CONAVI. En efecto, no

Resulta muy tentador sucumbir al impulso de solidarizarse con las víctimas del secuestro y ser generosos con ellas, sirviéndonos del dinero de los bancos, pero, esto va en contra de un postulado moral fundamental: “Nunca actúes de manera tal que no aprobarías la acción si todos los intereses afectados fueran tuyos”¹³⁴.

B. Tanto Francia como Colombia atraviesan por un nuevo período de volatización de sus derechos¹³⁵ que, de cierta manera, se refleja en estas corrientes doctrinales de corte solidarista que proponen una solución radical orientada a desplazar el centro de gravedad del sistema jurídico del Poder Legislativo al Judicial, de la ley al juez¹³⁶. En Francia, las tres altas cortes

obstante que la apoderada de esa entidad financiera fue enterada por Betsi Solandy Sierra Rojas de las difíciles circunstancias por las que atravesaba su hogar en razón de habersele detectado a ella y a su esposo el virus del SIDA, de encontrarse desempleados y de tener que velar por el sostenimiento de sus cuatro niños, la citada profesional continuó con el trámite normal del proceso, no puso ese hecho en conocimiento del juez ni mostró interés alguno en una alternativa que les permitiera a los deudores cumplir la obligación a su cargo pero de una manera compatible con la circunstancia de debilidad en que se hallaban. [...] Pues bien, teniendo en cuenta esas circunstancias, la Sala dispondrá que, por el término de sesenta días, se continúe con la suspensión del proceso para que en ese lapso CONAVI considere la posibilidad de refinanciar el crédito concedido a los deudores, atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta en que se hallan”. C. Const. T-170 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

“Así las cosas, el secuestro en el caso de la T-520 de 2003 tuvo un límite de tiempo. Razón por la cual, la obligación de pagar los instalamentos vencidos durante este periodo no era exigible; mientras que, a diferencia del secuestro, el desplazamiento en el presente caso no tiene un límite de tiempo estimado, por lo tanto ordenar que no se haga exigible la obligación crediticia durante el periodo de tiempo que dura el desplazamiento resulta a todas luces desproporcional y ajeno a los fines constitucionales de la acción de tutela. [...] Para el presente caso la Sala concederá al señor Luis Eduardo Luján Arango la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital. En consecuencia, ante el incumplimiento de las obligaciones a partir del momento en que el accionante fue víctima del desplazamiento, se ordenará a Bancamía que se abstenga de cobrar judicial o extrajudicialmente los intereses moratorios del crédito financiero otorgado al accionante a partir del momento y hasta la fecha de notificada la presente sentencia. Sin perjuicio de los intereses de plazo y de los intereses moratorios causado con anterioridad a esa fecha”. C. Const. T-312 de 2010. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁴ Leonard Nelson citado por Ross (n. 78), pp. 342-344.

“En palabras de Hare, si nuestros juicios han de ser morales, deben ser ‘universales’. Con esto no quiere decir que deban someterse en todas las situaciones posibles, sino que debemos estar dispuestos a prescribirlos independientemente del papel que desempeñamos, lo que incluye prescribirlos independientemente de si ganamos o perdemos con su aplicación”, Peter SINGER, *Ética para vivir mejor*, traducción José Antonio de Prada, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 208-209

¹³⁵ OPPETT (n. 6), pp. 99-111.

¹³⁶ “Ha habido una traslación sustancial del poder, de la legislatura a los tribunales (y también de la legislatura al ejecutivo, pero ese es otro tema), lo que mina el ideal de

–Cour de cassation, Conseil d'État y Conseil constitutionnel– nacieron como órganos de los poderes Legislativo y Ejecutivo y poco a poco fueron franqueando la frontera hacia el Poder Judicial¹³⁷. Además, el Derecho Constitucional ha ido adquiriendo paulatinamente un nuevo enfoque¹³⁸ que ha llevado a cierta doctrina a calificarlo como verdadera “fuente del derecho de los contratos”¹³⁹.

Con todo, el Conseil constitutionnel, tradicionalmente, se ha mostrado muy prudente en cuanto a su intervención en materia contractual, dejando que el Poder Legislativo determine de manera directa los *principios fundamentales* concernientes a las *obligaciones civiles y comerciales* –de acuerdo con lo dispuesto por Constitución Política de 4 de octubre de 1958 (art. 34)– e interpretando de forma cautelosa el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, incorporado en el Preámbulo de la Constitución¹⁴⁰. Ahora bien, a través de dos leyes recientes, una de 23 de

la supremacía legislativa. Las facultades de los tribunales para revisar la legalidad de la acción administrativa y la constitucionalidad de la acción legislativa, y para interpretar los estatutos, minan el dogma de la separación estricta de los poderes. [...] El bastión de la ciencia jurídica ha sido tradicionalmente el derecho privado, y en particular el derecho civil romano. Hasta hace poco tiempo, el código civil ha desempeñado una especie de función constitucional en los sistemas de derecho civil [*civil law*], proveyendo un conjunto de derechos privados cuya protección y cuyo cumplimiento constituyen la responsabilidad primordial del gobierno. Los principios generales y las teorías generales del derecho, derivados primordialmente de los materiales del derecho privado, dominaron los procesos legislativos y judiciales. En consecuencia, el código civil y la obra doctrinal de los juristas del derecho civil aportaron el combustible ideológico del proceso legal. Pero con la adopción de las constituciones rígidas modernas, que incorporan nuevas concepciones sociales y económicas, y con el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación en importantes naciones de derecho civil [*civil law*], el centro legal de la gravedad ha empezado a experimentar lo que promete ser un desplazamiento drástico del código civil a la constitución, del derecho privado al derecho público, del tribunal ordinario al tribunal constitucional, del positivismo legislativo al principio constitucional”. MERRYMAN (n. 8), pp. 273, 274, 275 y 276.

¹³⁷ Consúltase HALPÉRIN (n. 35), pp. 100-103 y 184-186 y Louis FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Ed. PUF, coll. Que sais-je? 1992, pp. 86-95.

¹³⁸ Véase Bertrand MATHIEU, “Droit constitutionnel et droit civil: ‘des vieilles outres pour un vin nouveau’”, in *RTD civ.* 1994, N° 1, Paris, Janvier-Mars, pp. 59-65.

¹³⁹ Nicolas MOLFESSIS, “Les sources constitutionnelles du droit des contrats”, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations. Journées de l'Association Henri Capitant à Lille*, Paris, Ed. Litec, 1997, pp. 65-108.

Una visión del fenómeno global en Christian LARROUMET y Sebastián RÍOS LABBÉ, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Asociación Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁴⁰ Véase Guy CANIVET, “Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la ‘discretion’”, in Blandine MALLET-BRICOUT et Sarah BROS, *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Ed. Économica, 2010, pp. 75-96 y Bruno GENEVOIS, “Le Conseil constitutionnel et les principes”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008, pp. 351-375.

julio de 2008 y otra de 10 de diciembre de 2009, Francia consagró el control de constitucionalidad de la ley a posteriori¹⁴¹ –que entró en vigor a partir del 1 de marzo de 2010–, control que fue admitido, con menos filtros, en el Derecho colombiano mediante acto legislativo N° 3 de 1910 (art. 41)¹⁴².

Así y todo, la doctrina solidarista francesa no ha llegado hasta el punto de invocar el célebre ideal constitucional de “*liberté, égalité et fraternité*” –Preámbulo de la Constitución de 1958– para que sea aplicado directamente a los contratos del Derecho Privado, y la Cour de cassation parece encontrarse bastante lejos de sucumbir a esta suerte de tentaciones¹⁴³.

Ahora bien, este orden y medida que lograron establecer los franceses en casa se ha visto, en cierta medida, alterado desde el exterior¹⁴⁴. En efecto, mediante la interpretación extensiva del artículo 55 de la Constitución –que confiere a los tratados internacionales, regularmente ratificados, una autoridad superior a la de la ley¹⁴⁵–, se ha incorporado al Derecho francés, con un estatus superior al de la ley interna, el CEDH y la jurisprudencia de la CEDH¹⁴⁶, quien, en repetidas oportunidades, ha aplicado las disposiciones de aquél a asuntos contractuales. Esto ha traído como consecuencia

220

Aunque parte de la doctrina aboga por una interpretación más audaz y activista. Véase en este sentido Véronique CHAMPEIL-DESPLOTS, “Le Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, source de principes implicites: ‘La révolution permanente’”, en Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008, pp. 161-174.

¹⁴¹ Véase Cécile PÈRES, La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat”, in *RDC*, avril 2010, pp. 539-556; Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, “De la cohérence des contrôles de constitutionnalité: la *summa divisio* est-elle un atout ou un obstacle?”, in Baptiste BONNET et Pascale DEUMIER, *De l’intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, Ed. Dalloz, 2010, pp. 107-120 y Yves GAUDEMET et Hugues PORTELLI, “La question prioritaire de constitutionnalité. Droit au débat”, in *Revue de droit d’Assas*, N° 2, Paris, octobre 2010, pp. 11-16.

¹⁴² Consúltese Jaime VIDAL PERDOMO, *Introducción al control constitucional. Teoría y aproximación a la práctica en Colombia*, Bogotá, Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2007, pp. 12-21.

¹⁴³ Véase Sandrine CHASSAGNARD-PINET, “Les droits fondamentaux à l’épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l’homme”, in *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Ed. Dalloz, 2008, pp. 225-249 y JAMIN (n. 97), pp. 200-208.

¹⁴⁴ Véase Yves LEQUETTE, “Codification civile et intégration européenne”, in Christian LARROUMET et Mauricio TAPIA, *L’avenir de la codification en France et en Amérique Latine / El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*, Montrouge, Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Ed. Reprotechnique, 2004, pp. 203-213.

¹⁴⁵ Consúltese CARBONNIER (n. 35), pp. 35-37.

¹⁴⁶ Consúltese Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011 y Jean-Paul COSTA, “La Cour européenne des droits de l’homme et les principes”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008, pp. 369-375.

ciertas modificaciones en el Derecho interno¹⁴⁷, debido a la aplicación, más o menos directa, de las normas comunitarias que consagran derechos considerados como *fundamentales*...¹⁴⁸.

En palabras de Jean Carbonnier:

“En el cuerpo del derecho nacional se introdujo un cuerpo de derecho que proviene del exterior. No se trata de un conjunto de normas determinado, sino de un cuerpo viviente que continua produciendo derecho. Los intransigentes de la soberanía nacional lo presentan a través de la terrible imagen de la mujer que se dejó seducir –sin haber sido violada– y, sin comprender bien lo sucedido, se horroriza al sentir como vive y crece dentro de ella un niño que considera extraño¹⁴⁹.

A pesar de esto, el Derecho francés se encuentra lejos de una situación como la que atraviesa en la actualidad el Derecho colombiano, y esta idea de investir al juez de la noble misión de alcanzar unos ideales de justicia y solidaridad no pasa de ser el sueño de cierta doctrina minoritaria¹⁵⁰. Así las cosas, ni el *Código Civil* es la Constitución de Francia, ni la Constitución reemplaza al *Código Civil*¹⁵¹.

Personalmente, creo que el rechazo histórico al activismo judicial¹⁵², cultivado en Francia a partir de la Revolución, y la concepción francesa del *principe de légalité*¹⁵³ son insuficientes para explicar las diferencias¹⁵⁴. En mi

221

¹⁴⁷ Véase Christian LARROUMET, “Constitucionalización del derecho mercantil”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Comerciantes, 2010, pp. 5-13.

¹⁴⁸ Véase COSTA (n. 146), pp. 369-375; JAMIN (n. 97), pp. 187-220; CANIVET (n. 140), pp. 75-96 y Jean FOYER, “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in, *Archives de philosophie du droit*, Paris, Ed. Dalloz, 2007, tome 50: La création du droit par le juge, pp. 239-244.

¹⁴⁹ CARBONNIER (n. 35), p. 36.

¹⁵⁰ Consúltase LEVENEUR (n. 96), pp. 173-191.

¹⁵¹ Véase Elisabeth ZOLLER, “La Code civil et la Constitution”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004, pp. 975-996.

¹⁵² Como ejemplo del rechazo al activismo judicial en la doctrina contemporánea, consúltase François TERRÉ, “Un juge créateur de droit? Non, merci!”, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Ed. Dalloz, 2007, tome 50: La création du droit par le juge, pp. 305-311.

¹⁵³ Consúltase Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. “Principe de légalité” (Yves Gaudemet), Paris, Ed. Lamy/PUF, 2003, pp. 917 a 920 y Riccardo GUASTINI, “El principio de legalidad”, in Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Ed. Fontamara/DJC, 2003, pp. 117-129.

¹⁵⁴ “Pero, por debajo de esa apariencia externa, han surgido dos fenómenos que han afectado gravemente la situación privilegiada de la Ley. Uno es el resuelto destacamento sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, de una norma suprallegal, en la que los

opinión, sólo podemos encontrar las razones profundas de esta situación analizando la realidad colombiana contemporánea.

Para entender los rasgos característicos de la Constitución de 1991 hay que recordar que su gestación fue el producto de un verdadero movimiento popular que debió superar múltiples escollos tanto jurídicos como políticos¹⁵⁵. Como producto de este triunfo, se conformó una asamblea constituyente pluralista y participativa que tuvo por misión redactar una nueva carta política que cristalizaría los ideales nacionales –y no sólo los intereses de la elite burguesa– y permitiría resolver, en gran medida, las necesidades apremiantes del pueblo colombiano. Éste fue el origen del mito de la codificación colombiana contemporánea¹⁵⁶.

Para conseguir tales objetivos, la Constitución Política pasó de ser el conjunto de disposiciones que regulaban la organización del Estado, para ser tenida como el texto donde se consagran normas que reivindican un valor universal y absoluto, encontrándose por encima de cualquier sistema de Derecho Positivo, por ser *derechos inherentes a todos los hombres* (arts. 93, 94 y 95 N° 4 de la C.P.)¹⁵⁷. Adicionalmente, plasmó una nueva concepción del Estado como “de bienestar” o “social de derecho”, como lo denomina su artículo 1¹⁵⁸.

En este orden de ideas, la Constitución colombiana no sólo dispone la elaboración de planes de desarrollo económico y social sino que, además, consagra los famosos derechos sociales, económicos y culturales o “derechos

revolucionarios franceses no habían siquiera parado mientes, aunque sí los revolucionarios americanos, la Constitución. [...] La segunda gran crisis de la Ley, y seguramente la más grave, es la producida por la desvalorización que ha seguido a una inflación desmedida de Leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible, que, además, ha sido acompañada de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias, que complementan o ejecutan las Leyes”. GARCÍA DE ENTERRÍA (n. 19), pp. 40 y 47.

¹⁵⁵ Sobre el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución Política de 1991, véase QUINCHE RAMÍREZ (n. 56), pp. 33-58.

¹⁵⁶ Sobre el mito de la codificación como cimiento de una nueva sociedad ideal, véase CABRILLAC (n. 18), pp. 169-205 y OPPETIT (n. 35), pp. 67-69.

¹⁵⁷ Sin embargo, esta pretensión de validez universal de los derechos humanos no está exenta de críticas. En efecto, si tenemos en cuenta que (i) todo derecho es creado por los hombres –de forma más o menos reglada– y que (ii) las normas, como prescripciones que son, no pueden ser evaluadas con criterios de verdad o falsedad, tenemos que concluir, necesariamente, que no hay normas absolutas, ni morales ni jurídicas. “Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos”. Eugenio BULYGIN, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 624. Véase también Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Ed. PUF, 1998.

¹⁵⁸ Consúltase al respecto François-Xavier MERRIEN, *L'État-providence*, Paris, PUF, coll. Que sais-je?, 2007 y Daniel MENDONCA, *Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay*, Asunción, Ed. Intercontinental, 2007, pp. 76-92.

a...”, como el derecho a la educación y la cultura (arts. 44, 67 y 70 de la C.P.), a la honra (art. 21 de la C.P.), a la igualdad (arts. 13 y 43 de la C.P.), a la paz (art. 22 de la C.P.), a la salud (arts. 44, 48 y 49 de la C.P.), a no ser discriminado (art. 13 de la C.P.), etcétera.

Esta conquista popular no se limitó a enunciar derechos en cabeza del pueblo sino que, además, lo dotó de herramientas para su intervención directa en el ejercicio del poder. El inciso primero del artículo 103 lo expresa con total claridad:

“Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”.

Para salvaguardar la *integridad* y la *supremacía* de la carta política, y de todos los importantes logros que ésta consagró, se creó la Corte Constitucional (art. 241 de la C.P.)¹⁵⁹.

El texto constitucional colombiano pasó, entonces, a cristalizar los objetivos generales del Estado en cuanto a su intervención directa en las relaciones entre los particulares en busca de los ideales de justicia, bienestar y solidaridad. Sin embargo, hay que resaltar un punto que, normalmente, se pasa por alto: son todos los organismos estatales quienes, dentro del marco de sus funciones propias, deben propender por la realización de estos ideales. La Constitución no confiere a los jueces un papel ni exclusivo ni preponderante al respecto. Esto resulta evidente si recordamos que la función de los jueces en Colombia es resolver casos particulares y no problemas generales de la sociedad, los cuales son, en principio, responsabilidad de las otras ramas del poder público¹⁶⁰.

223

¹⁵⁹ “[D]etrás de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se ocultan hoy día dos teorías del derecho que los han inspirado y determinado: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el realismo jurídico norteamericano. [...] La influencia de la teoría de Kelsen se observa, en especial, en el culto que se le rinde en América Latina a la ‘norma fundamental’ de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, esto es, a la Constitución Política. [...] Por otra parte, la influencia del realismo jurídico norteamericano –y, dentro de éste, la importancia que se le atribuye a la función del juez en la creación y desarrollo del derecho– se observa en la importancia que, en ordenamientos jurídicos como el colombiano y el venezolano, se le concede al llamado ‘juez constitucional’”. Eduardo SILVA ROMERO, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”, en Christian LARROUMET y Sebastián RÍOS LABBÉ, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 341-342.

¹⁶⁰ “Al decisor jurisdiccional no le compete inmiscuirse en una lucha para imponerle a los contendientes la particular visión que tenga acerca de lo que es la justicia, y tratar de solucionar por esta vía el desempleo, la pobreza o las desigualdades sociales, sino que su

Esta nueva codificación colombiana fue tan utópica como la francesa: creó el mito de que con ella se lograría un nuevo orden social, pero, a diferencia del *Código de Napoleón*¹⁶¹, no lo sustentó en la ideología positivista que erigía a la ley como expresión suprema del racionalismo, sino que, por el contrario, lo fundamentó en unos principios morales que se dicen objetivos y verdaderos consagrados en el texto constitucional¹⁶² y aplicados por la Corte Constitucional, mediante diferentes mecanismos, como son la acción de tutela –recurso de amparo–, el control de constitucionalidad y la interpretación conforme¹⁶³.

Dentro de este marco, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una nueva teoría interpretativa basada en derechos fundamentales¹⁶⁴ y principios constitucionales cuyos conflictos se resuelven a través de un oscuro método de ponderación¹⁶⁵. Adicionalmente, olvidando la prudencia y la humildad, se ha encargado de ampliar el radio de su influencia¹⁶⁶ ordenando a los jueces que se “parcialicen con la verdad”, tomen, de oficio, las medidas que permitan alcanzar la “justicia material”¹⁶⁷ y prefieran la jurisprudencia de la Corte Constitucional a las normas jurídicas específicas aplicables a las causas que conocen¹⁶⁸.

determinación debe ser el resultado del respeto de ese método pacífico de debate llamado proceso, en el que después de haber escuchado a las partes y de hacer valer el principio de igual entre ellas, de manera imparcial alcance el objetivo de lograr la paz social [...]”. Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL, “El proceso civil adversarial”, en *30 Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Ed. Universidad Libre de Colombia, 2009, p. 318.

¹⁶¹ Sobre la influencia de las políticas de Napoleón en el texto del *Código Civil* francés, véase Jean-Louis HALPÉRIN, “L’histoire de la fabrication du code. Le code: Napoléon?”, in *Pouvoirs*, N° 107, Paris, 2003, pp. 11-21.

¹⁶² “En cierto sentido, la tendencia hacia las constituciones funcionalmente rígidas, con garantías de los derechos individuales contra la acción legislativa, puede verse como un ‘proceso de codificación del derecho natural’ para llenar el vacío creado por el rechazo del derecho natural católico y el *Jus commune* por una parte, y para desinflar por otra parte la imagen hinchada de la legislatura que surgiera del periodo revolucionario”. MERRYMAN (n. 8), p. 254.

¹⁶³ Consúltese MANTILLA ESPINOSA (n. 98), pp. 348-381.

¹⁶⁴ Véase Fabricio MANTILLA ESPINOSA, “Introducción. Constitución y controversia”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 16-17.

¹⁶⁵ Consúltese MANTILLA ESPINOSA (n. 98), pp. 369-372.

¹⁶⁶ Véase al respecto Carlos MOLINA BETANCUR, “Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 224-267; Juan Manuel ARBOLEDA PERDOMO, “Corte Constitucional o Corte Constituyente”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009, pp. 268-295 y Mauricio PLAZAS VEGA, “Reflexiones sobre el activismo de la Corte Constitucional de Colombia”, en *XXI Concurso José Ignacio de Márquez sobre derecho económico*. Artículo ganador.

¹⁶⁷ Véase C. Const. T-264/2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶⁸ C. Const. C-119/2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra., y C. Const. T-522/2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Para asegurar este objetivo, la Corte misma, y haciendo caso omiso de las disposiciones constitucionales y legales (arts. 230 de la C.P. y 17 y 25 del CC), determinó que la interpretación que ella hace de la ley tiene carácter obligatorio y general y que sólo a ella le compete establecer cuáles serán los efectos que producirán sus sentencias¹⁶⁹.

Para terminar, advirtió a los jueces que si se apartan de la interpretación por ella establecida, pueden incurrir en el delito de prevaricato¹⁷⁰. Así se ha conseguido el ideal de los neoconstitucionalistas de *constitucionalizar* el resto del Derecho colombiano¹⁷¹, “tanto en el plano interpretativo, como en el aplicativo”¹⁷².

En una sociedad como la colombiana, con grandes inequidades en la distribución de la riqueza y un aparato judicial sumergido por el peso de los miles y miles de expedientes que reposan en sus despachos¹⁷³, un discurso que aluda a la justicia¹⁷⁴, la verdad¹⁷⁵ y la solidaridad¹⁷⁶ resulta siempre

¹⁶⁹ C. Const. C-113/1993. M.P. Jorge Arango Mejía y C-131/1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁰ “Corolario de lo anterior es que cuando los servidores públicos se apartan de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes en casos en los cuales se presenta una simple subsunción, pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. La anterior afirmación se ajusta a los dictados del artículo 230 Superior, según el cual los jueces en sus sentencias están sometidos ‘al imperio de la ley’”. C. Const. C-335/2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷¹ “El entramado funciona a la perfección porque los jueces ven en esa doctrina la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de oráculos de la Constitución profunda, mientras que los profesores colman sus aspiraciones cuando ven a los jueces construir la nueva Constitución con los elementos que ellos les van proponiendo”. GARCÍA AMADO (n. 49), p. 27.

¹⁷² QUINCHE RAMÍREZ (n. 56), p. 101.

¹⁷³ Sobre la congestión judicial en Colombia, véase José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ *et al.*, “Colección reformas en la rama judicial. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH”, en *Descongestión de la Jurisdicción Civil*. Bogotá, 2005, tomo II; Diego YOUNES MORENO et María Aurora MEJÍA NOVOA, “Colección reformas en la rama judicial. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH”, *Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Bogotá, 2006, tomo I et Manuel RESTREPO MEDINA *et al.*, *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa. Análisis y propuestas de solución*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.

¹⁷⁴ “Las invocaciones a la Justicia, al Progreso, al Orden social son meramente retóricas, puesto que todos saben de sobra que se trata de conceptos huecos, de cajas vacías en las que cada uno mete lo que le conviene”. NIETO (n. 5), p. 59.

¹⁷⁵ Sobre el mito de la verdad judicial, como valor absoluto, véase Adolfo ALVARADO VELLOSO, *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010.

¹⁷⁶ “[L]os intereses generales no son, ni más ni menos, que un instrumento descarnado de manipulación ideológica, con los que se pretende legitimar intereses espúreos que repugnan a la conciencia democrática. Porque, dada su evanescencia, o no significan nada o sirven de cobertura al absolutismo estatal que [...] expresan los intereses de individuos, grupos y

seductor, incluso, si esto implica la concentración de un poder absoluto en un puñado de jueces elegidos por el Senado de la república¹⁷⁷.

Pero, ¿cómo consigue el juez constitucional pasar por alto las normas civiles y comerciales que rigen los contratos para *hacer justicia*¹⁷⁸? Mediante un sofisticado método que se aplica en tres tiempos¹⁷⁹:

- En primer lugar, atribuye una valoración absoluta a unos principios morales descritos de forma general e imprecisa.
- En segundo lugar, les confiere un campo de aplicación general que comprende toda suerte de relaciones jurídicas. La Corte Constitucional misma lo explica con total claridad:

“[...] debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubre todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al ‘orden objetivo de valores’ establecido por la Carta política de 1991”¹⁸⁰.

- En tercer lugar, describe los hechos de forma tal que encuadren necesariamente en los principios constitucionales¹⁸¹.

226

clases dominantes [...]. Sin perjuicio del confusionismo que hoy existe sobre este punto, parece claro que los juristas modernos están tratando de utilizar los intereses generales como un caballo de Troya democrático en los alcázares de un Poder, cuyo funcionamiento real no es tan democrático como formalmente pregona”. Alejandro NIETO, “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Alejandro NIETO, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 155-156.

¹⁷⁷ Véase NÚÑEZ TRUJILLO (n. 129), p. 43 y Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, traducción José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 254.

¹⁷⁸ “La Justicia en singular y en abstracto no existe. Cada uno tiene su propia idea de Justicia y, si raramente coincide con la de los demás, es siempre contraria a la del adversario”. Alejandro NIETO, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 33.

¹⁷⁹ “Una Constitución, por sí sola, es únicamente un pedazo de papel, o un mito que los políticos invocan en tiempos en los que el debate está particularmente encendido. Lo interesante de una Constitución es lo que se hace con ella”. Lawrence SAGER, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, traducción Víctor Ferreres Comella, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, p. 31.

¹⁸⁰ T-160 de 2010, en www.corteconstitucional.gov.co/.

¹⁸¹ “La combinación de constitución axiológica, confianza en la prefiguración constitucional –en esa parte axiológica– de la (única) respuesta correcta, la negación de la discrecionalidad y el método ponderativo llevan a las cortes constitucionales a convertirse en *suprainstancias judiciales de revisión*, pero, al tiempo, les proporcionan la excusa teórica para negar ese desbordamiento de sus funciones, ya que justifican su intromisión revisora aludiendo a su cometido de comprobar que en el caso los jueces ‘inferiores’ han respetado el contenido que constitucionalmente corresponde necesariamente a cada derecho”. GARCÍA AMADO (n. 49), p. 30.

Me explico: el significado y la función de las cosas del mundo son necesariamente atribuidos por el observador y dependen, en gran medida, del código de valores que utilice y de los intereses que persiga. Partiendo de esta premisa, entendemos cómo unos mismos hechos pueden ser descritos como acciones distintas:

“el presidente de la compañía trazó unas líneas con su bolígrafo sobre un papel”, “el presidente firmó el contrato para la fusión de la compañía”, “el presidente salvó a la compañía de la quiebra”.

Así, pues, “[h]ay más tipos de acciones que de movimientos físicos, las acciones tienen descripciones preferenciales [...]”¹⁸².

Dentro de esta óptica, tendremos tantas acciones como descripciones podamos hacer. Sólo hay que *expandir* o *contraer* el acordeón¹⁸³; pero, ¿hasta qué punto puede el juez *estirar* los hechos para hacerlos corresponder a los principios constitucionales y aplicarles éstos en vez de las reglas precisas del Derecho Privado que los regulan? ¿Puede, incluso, *expandirlos* de forma tal que se subsuman tanto en éstas como en aquéllos?¹⁸⁴.

¹⁸² John SEARLE, *Mentes, cerebros y ciencia*, traducción Luis Valdés, Madrid, Ed. Cátedra, 2001, p. 69.

¹⁸³ “Me propongo llamar ‘efecto acordeón’ a la característica, muy conocida en nuestro lenguaje, en virtud de la cual la acción de un hombre puede describirse tan estrecha o ampliamente como nos plazca, porque un acto, como el instrumento musical plegadizo, puede apretarse y reducirse al mínimo o bien puede estirarse. Dio la vuelta a la llave, abrió la puerta, asustó a Pedro, mató a Pedro; podemos decir que todas éstas son cosas que Juan hizo mediante una serie idéntica de movimientos corporales”. Joel FEINBERG, “Action and Responsibility”, in Alan WHITE, *The Philosophy of Action*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 1968, p. 106, citado por Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, Alicante, Ed. Universidad de Alicante, 2001, p. 38.

Consúltese también Daniel GONZÁLEZ LAGIER, “Derecho y acción”, en Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá, Ed. Externado de Colombia, 2006, pp. 109-135.

¹⁸⁴ “En todo caso, es preciso anotar que en virtud de los artículos 8 y 9 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela puede ser presentada de manera simultánea con otras acciones administrativas o judiciales, pues la finalidad y alcance de estas acciones son diferentes, los fundamentos de las mismas no necesariamente guardan relación entre sí y los jueces de conocimiento tienen competencias y facultades precisas para decidir cada una de ellas. Así las cosas, se entiende que la interposición de la acción de tutela de manera simultánea con la presentación una acción o recurso, por sí sola no hace improcedente la solicitud de amparo constitucional”. C. Const. T-058 de 2009. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sin embargo, en sentencia posterior, la Corte Constitucional parece negar la posibilidad de interponer simultáneamente el recurso de anulación contra laudos arbitrales y la acción de tutela. Véase C. Const. T-408 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa. Después de esto, sólo resta una pregunta: ¿qué decidirá la Corte en su próxima sentencia?

En el entender de la Corte, los hechos se pueden *expandir* si considera que las normas precisas que les son aplicables no resultan idóneas “[...] para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”¹⁸⁵. Sobra decir que es el juez constitucional mismo quien determina cuáles son los objetivos concretos, ciertos y reales a los que aspira la carta política¹⁸⁶.

“En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”¹⁸⁷.

En este orden de ideas, es el juez constitucional quien decide cuándo *expande* el acordeón para subsumir los hechos en los principios constitucionales y cuándo no. Así, en un fallo reciente, la Corte decidió amparar los derechos constitucionales de una modelo víctima de toda suerte de incumplimientos contractuales por parte de la agencia de modelaje para la cual trabajaba, aun si estos mismos reclamos hubieran podido hacerse a través de las acciones propias del Derecho Privado. En palabras de la Corte:

228

“Pero al margen de las estipulaciones contractuales a las cuales se ha hecho mención, es la situación fáctica que rodea la ejecución del contrato la que ha agravado la situación de indefensión de la demandante y la que en consecuencia justifica la procedencia de la tutela en este caso concreto”¹⁸⁸.

Sin embargo, en otra sentencia, proferida sólo tres meses antes, la misma Corte revocó la decisión de segunda instancia, que confirmaba el fallo de primera instancia, y declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por un importante industrial colombiano frente a una sociedad fiduciaria, argumentando:

“[...] teniendo en cuenta las públicamente conocidas circunstancias personales y comerciales del cliente que en este caso obra como

¹⁸⁵ Corte Constitucional, T-160 de 2010, en www.corteconstitucional.gov.co/

¹⁸⁶ “Pues si Dios existe, la justicia absoluta existe; y como el hombre necesita creer en la existencia de Dios aun cuando no sea capaz de comprender su naturaleza, el hombre necesita creer en la existencia de la justicia absoluta, aun cuando no pueda saber lo que realmente significa. La justicia es un misterio –uno de los muchos misterios– de la fe”. Hans Kelsen, “La idea de justicia en las sagradas escrituras”, en Hans Kelsen, *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, traducción Ulises Schmill *et al.* México, Ed. Fontamara, 2004, p. 112.

¹⁸⁷ Corte Constitucional, C-113 de 1993, en www.corteconstitucional.gov.co/

¹⁸⁸ Corte Constitucional, T-160 de 2010, en www.corteconstitucional.gov.co/

accionante, así como las del negocio que le vincula con la fiduciaria demandada, no se aprecia una situación de desequilibrio como la que es usual encontrar, por ejemplo, entre los bancos y sus deudores. Por el contrario, en este caso se trata de un sujeto plenamente hábil, tanto en sentido legal como material, en capacidad de desplegar una activa defensa que le permita afrontar con todos los instrumentos jurídicos disponibles el incumplimiento contractual [...]”¹⁸⁹.

¿Esto significa que la justicia constitucional es una nueva vía, rápida y justiciera, para aquéllos que, según la Corte, no son “sujetos plenamente hábiles” ni cuentan con importantes medios económicos? ¿Para los que considera acaudalados y poderosos se reservan los lentos procesos ordinarios civiles y las condenas en aras de la solidaridad¹⁹⁰?

“[E]s un hecho bien conocido –precisa Karl Olivecrona– que una constitución puede ser ‘interpretada’ en un sentido totalmente diferente del original. Las constituciones están más expuestas a interpretaciones varias y arbitrarias que las leyes comunes, porque su aplicación no es generalmente hecha por jueces imparciales sino por políticos; el único control de éstos es frecuentemente la opinión pública que ellos pueden manipular en una considerable medida”¹⁹¹.

229

Dentro de este contexto, es natural que el neoconstitucionalismo resulte irresistible para abogados y jueces: ¿para qué fundamentar demandas y sentencias en normas de menor jerarquía si los derechos constitucionales están disponibles, son más flexibles, efectivos y, por si fuera poco, pertenecen al noble linaje de la justicia, la equidad, la solidaridad y la buena fe?

“Todo es posible y, al tiempo, nada es seguro. Iniciar un pleito es interrogar a un adivino que, después de consultar unas cartas confusamente barajadas, nos dará la respuesta más inesperada”¹⁹².

¹⁸⁹ Corte Constitucional, T-910 de 2009, en www.corteconstitucional.gov.co/

¹⁹⁰ “De nada nos vale, en efecto, la garantía de la igualdad constitucionalmente declarada si no sabemos hasta dónde llega en el caso concreto, si luego resulta que a cualquier ley –y en último extremo en el Tribunal Constitucional– pueden darle el contenido más inesperado de acuerdo con los intereses, caprichos, ideologías e influencias de un puñado de magistrados”. NIETO (n. 5), p. 52.

¹⁹¹ KARL OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, traducción José Julio Santa Pinter, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1959, p. 52.

¹⁹² Alejandro NIETO, *El desgoberno judicial*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 61.

Personalmente, creo que el péndulo alcanzó su punto máximo de elevación¹⁹³: el Derecho Privado colombiano contemporáneo constituye un gran misterio de cuya incompreensión todos somos culpables. El mito constitucional, la congestión del aparato judicial, las necesidades patentes de la sociedad colombiana, el facilismo de abogados y jueces y la ambición de poder de la Corte Constitucional han permitido a los neoconstitucionalistas la creación de su doctrina basada en dogmas morales absolutos¹⁹⁴ y teorías abstrusas¹⁹⁵ que, en medio de la inseguridad y la ansiedad jurídicas, ha dado lugar a toda suerte de abusos de poder entonados como una oda romántica y popular a ritmo de acordeón.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “Derecho y lenguaje”, en Aulis AARNIO, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, traducción Pablo Larrañaga, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2000.
- ALCHOURRÓN, Carlos, “Para una lógica de las razones *prima facie*”, en Carlos ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- 230 ALCHOURRÓN, Carlos, “Separación y derrotabilidad en lógica deóntica”, en Carlos ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010.
- ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio BULYGIN, “Norma jurídica”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Las cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010.

¹⁹³ “El dilema prueba, pues, que cuando cada uno escoge individualmente lo que más le conviene, es posible que todos terminen en una situación peor que si cada uno hubiera elegido aquello que conviene al interés colectivo”. SINGER (n. 134), p. 162.

¹⁹⁴ “El constitucionalismo, por su parte, ha sustituido la dogmática religiosa por una dogmática política no menos rigurosa, en la que hay que aceptar ciertos principios como artículos de fe, sin posibilidad de crítica; en la que hay una línea clara que separa la ortodoxia de la heterodoxia; y donde las ideas y las personas de la heterodoxia más que refutadas son condenadas al silencio y al olvido. En lo que aquí importa operan dos dogmas intangibles: el de que la organización política se encarga de dotar a la sociedad de leyes justas y el de que aquélla garantiza la aplicación de éstas a través de funcionarios justos. Quien cuestione estos dogmas se automargina sin remisión”. NIETO (n. 178), p. 56.

¹⁹⁵ “Y no hace falta aclarar que la oscuridad puede utilizarse como herramienta de control social: permite a los que manejan la jerga evitar responder a las objeciones, y hasta evitar que sus ideas sean sensatamente escudriñadas”. Alan SOKAL y Jean BRICMONT, Prólogo, traducción Laura Wittner, en Jacques BOUVERESSE, *Prodigios y vértigos de la analogía. Sobre el abuso de la literatura en el pensamiento*, traducción Helena Alapin, Buenos Aires, Ed. Libros del Zorzal, 2005, p. 16.

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010.
- ALLAND, Denis et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. “Principe de légalité” (Yves Gaudemet), Paris, Ed. Lamy/PUF, 2003.
- Antología jurisprudencial. Corte Suprema de Justicia. 1886-2006. 120 años Corte de Casación*. Bogotá, editorial, 2007, tomos I y II.
- ANTONMATTEI, Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la forcé majeure*, Paris, Ed. LGDJ, 1992.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1998.
- ARBOLEDA PERDOMO, Juan Manuel, “Corte Constitucional o Corte Constituyente”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Ed. Livre de poche, 2007.
- ARRIETA DE NOGUERA, María Luz, *Corte Suprema de Justicia. Organización, estructura y funciones*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1988.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- BAYÓN, Juan Carlos y Jorge RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, traducción Mónica Utrilla de Neira, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana, “El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*”, en *International Law. Revista colombiana de derecho internacional*. N° 13, Bogotá, noviembre 2008.
- BERNAL FANDIÑO, Mariana, “El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–”, en *Vniversitas*, N° 114, Bogotá, julio-diciembre 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia. Colección Temas de derecho público, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, traducción Ernesto Garzón Valdés, México, Ed. Fontamara, 2001.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ José Alejandro *et al.*, “Colección reformas en la rama judicial. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH”, en *Descongestión de la Jurisdicción Civil*. Bogotá, 2005, tomo II.
- BOURSIER, Marie-Emma, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Ed. Dalloz, 2003.
- BULYGIN, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Viendo más allá del expediente. Los efectos de los fallos judiciales a partir del análisis económico del Derecho”, en Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Ed. Palestra, 2006.

- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Ed. Fontamara, Colección Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2006.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo, “La constitucionalización de las controversias contractuales”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Francisco TERNERA BARRIOS, *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Ed. Legis/Universidad del Rosario, 2007.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo, “Las cruzadas de la constitucionalización del derecho comercial: buscando a los infieles”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Commercialistas, 2010.
- CANIVET, Guy, “Le Conseil constitutionnel et le contrat. Variations sur la ‘discretion’”, in Blandine MALLET-BRICOUT et Sarah BROS, *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Ed. Economica, 2010.
- CAPITANT, Henri, “Sur l’abus des droits”, in *RTD civ*, Paris, 1928.
- CAPITANT, Henri, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Ed. Dalloz, 2008.
- CABRILLAC, Rémy, “Recodifier”, in *RTD civ.*, 2011 N° 4, Paris oct-déc.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, Paris, Ed. PUF, 1996, tome 4: Les obligations.
- CARBONNIER, Jean, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Ed. Flammarion, 2006.
- CARBONNIER, Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Ed. Répertoire du Notariat Defrénois, 1995.
- CARBONNIER, Jean, “La part du droit dans l’angoisse contemporaine”, in Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, Ed. LGDJ, 1998.
- CABRILLAC, Rémy, *Las codificaciones*, traducción Paulina Pulido y Claudia Bulnes, Santiago, Ed. Flandes Indiano, 2009.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “Contratos comerciales presente y futuro”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Commercialistas. 2010.
- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.
- CATALA, Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006.
- CLAVIJO, Sergio, *Descifrando la “nueva” Corte Constitucional. Una evolución del período 2001-2003*, Bogotá, Ed. Alfaomega, 2004.
- CLAVIJO, Sergio, *Fallos y fallas de la Corte Constitucional: el caso de Colombia 1991-2000*, Bogotá, Ed. Alfaomega, 2001.
- COHEN, Daniel, “La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004.
- COHEN-TANUGI, Laurent, *Le droit sans l’État*, Paris, Ed. PUF, 2007.
- CORCHUELO BERNAL, Claudia Patricia, “Teoría de la imprevisión”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES, *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Uniandes/Temis, 2009, tomo I.

- COSTA, Jean-Paul, “La Cour européenne des droits de l’homme et les principes”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- COURDIER-CUISINIER, Anne-Sylvie, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Litec, 2006.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge, “Los deberes de la buena fe contractual”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Javeriana/Temis, 2010.
- CHAMIE, José Félix, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: el deber de revisión del contrato”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 14, Bogotá, 2008.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, “Le Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, source de principes implicites: ‘La révolution permanente’”, en Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, “Les droits fondamentaux à l’épreuve du lien contractuel. Contrat et convention européenne des droits de l’homme”, in *Libre droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Ed. Dalloz, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques, *L’État post-moderne*, Paris, Ed. LGDJ, 2008.
- DEROUSSIN, David, “Le droit romain a-t-il connu des principes? Sur les significations (possibles) de *principia*, *praecepta* et *regulae iuris*”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- DOSSIER, “Que reste-t-il de l’intangibilité du contrat?”, in *Droit & patrimoine*, N° 58, Mars 1998.
- ELSTER, Jon, *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, traducción Enrique Lynch, Barcelona, Ed. Península, 1988.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, “De la cohérence des contrôles de constitutionnalité: la *summa divisio* est-elle un atout ou un obstacle?”, in Baptiste BONNET et Pascale DEUMIER, *De l’intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?*, Paris, Ed. Dalloz, 2010.
- ENDICOTT, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, traducción Pablo Navarro, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2004.
- ESPITIA GARZÓN, Fabio, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009.
- FAVOREU, Louis, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Ed. PUF, coll. Que sais-je? 1992.
- FEINBERG, Joel, “Action and Responsibility”, in Alan WHITE, *The Philosophy of Action*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 1968.
- FOYER, Jean, “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Ed. Dalloz, 2007, tome 50: La création du droit par le juge.
- GARAPON, Antoine y Ioannis PAPADOPOULOS, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, traducción Viviana Díaz Perilla, Bogotá, Ed. Legis, 2006.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, *Teoría del derecho y decisión judicial*, España, Ed. Bubook Publishing, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Navarra, Ed. Aranzadi/Thomson Civita, 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Ed. Fontamara, 2002.
- GAUDEMET, Yves et Hugues PORTELLI, “La question prioritaire de constitutionnalité. Droit au débat”, in *Revue de droit d’Assas*, N° 2, Paris, octobre 2010.
- GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1992.
- GENEVOIS, Bruno, “Le Conseil constitutionnel et les principes”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- GIRAR GENEVOIS, Bruno, “Le Conseil constitutionnel et les principes”, in Sylvie CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Ed. Dalloz, 2003.
- GOLDIE-GENICON, Charlotte, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, Ed. LGDJ, 2009.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Derecho y acción”, en Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá, Ed. Externado de Colombia, 2006.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Las paradojas de la acción*, Alicante, Ed. Universidad de Alicante, 2001.
- GOODIN, Robert, “La utilidad y el bien”, en Peter SINGER, *Compendio de ética*, traducción Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil, Madrid, Ed. Alianza, 2007.
- GRUA, François, “Les divisions du droit”, in *RTD civ.*, Paris, 1993, N° 1
- GUASTINI, Riccardo, “El principio de legalidad”, in Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Ed. Fontamara/DJC, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, “Los principios en el derecho positivo”, en *Distinguiendo*, traducción Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo, *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El ‘Código de Napoleón’ y el ‘Código Civil de Chile’”, en Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil chileno-colombiano*, Medellín, Ed. Diké/Universidad Javeriana, Colección Internacional, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Colección de Derecho Privado, 2005, vol. II.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Ed. Flammarion, 2004.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, “L’histoire de la fabrication du code. Le code: Napoléon?”, in *Pouvoirs*, N° 107, Paris, 2003.

- HARE, Richard Mervyn, *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, traducción Joan Vergés Gifra, Barcelona, Ed. Ariel Filosofía, 1999.
- HART, Herbert L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Herbert L.A. HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962.
- HEBRAUD, Pierre, “Observations sur la notion du temps dans le droit civil”, in *Etudes offertes à P. Kayser*, Marseille, Ed. PUAM, 1979, tome II.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel, “El proceso civil adversarial”, en *30 Congreso colombiano de derecho procesal*, Bogotá, Ed. Universidad Libre de Colombia, 2009.
- HERNÁNDEZ VILLARREAL, Gabriel, “Los principios constitucionales, el proceso civil y la seguridad jurídica”, en Gabriel HERNÁNDEZ VILLARREAL (ed.) *Actualidad y futuro del derecho procesal. Principios, reglas y pruebas*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010.
- HILAIRE, Jean, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Ed. PUF, 1986.
- HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, traducción Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000.
- JALUZOT, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Ed. Dalloz, 2001.
- JAMIN, Christophe, “Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux”, in Gregory LEWKOWICZ et Mikhaïl XIFARAS, *Repenser le contrat*, Paris, Ed. Dalloz, 2009.
- JAMIN, Christophe, “Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio, “Distribución de la carga de la prueba, su flexibilización en el derecho procesal contemporáneo”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho procesal*, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/ Temis, 2010, tomo V.
- JESTAZ, Philippe, *Les sources du droit*. Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.
- JESTAZ, Philippe et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Ed. Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004.
- JOLOWICZ, John Anthony, *Droit anglais*, Paris, Ed. Dalloz, 1992.
- KELSEN, Hans. “La idea de justicia en las sagradas escrituras”, en Hans KELSEN, *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, traducción Ulises Schmill *et al.*, México, Ed. Fontamara, 2004.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, traducción Ernesto Garzón Valdés, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2001.
- LARROUMET, Christian y Sebastián RÍOS LABBÉ, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- LAITHIER, Yves-Marie, *Droit comparé*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Cours, 2009.

- LARROUMET, Christian, “Constitucionalización del derecho mercantil”, en *II Congreso internacional de derecho comercial. Memorias*, Bogotá, Colegio de Abogados Comercialistas, 2010.
- LEGEAIS, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Ed. Litec, 2008.
- LEQUETTE, Yves, “Bilan des solidarismes contractuels”, in *Études offertes à Paul Didier*, Paris, Ed. Économica, 2008.
- LEQUETTE, Yves, “Codification civile et intégration européenne”, in Christian LARROUMET et Mauricio TAPIA, *L’avenir de la codification en France et en Amérique Latine / El futuro de la codificación en Francia y en América Latina*, Montrouge, Association André Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Ed. Repro-technique, 2004.
- LEQUETTE, Yves. “D’une célébration à l’autre (1904-2004)”, in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004.
- LEVASSEUR, Alain, “Les sources du droit”, in Alain LEVASSEUR (dir.), *Droit des États-Unis*, Paris, Ed. Dalloz, 1994.
- LEVEUR, Laurent, *Droit des contrats. 10 ans de jurisprudence commentée. La pratique en 400 décisions*, Paris, Ed. Litec, 2002.
- LEVEUR, Laurent, “Le solidarisme contractuel: un mythe”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Ed. Legis, 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes/Temis, 2008.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2008.
- LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Ed. Fontamara, 1998.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabrizio, “Constitucionalización del derecho privado”, en Fabrizio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabrizio, “Interpretar: ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado”, en *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIII, Valparaíso, semestre II, 2009.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabrizio, “Introducción. Constitución y controversia”, en Fabrizio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabrizio y Francisco TERNERA BARRIOS, “La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano: entre el Código de Bello y el Código de Comercio”, en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Universidad de Chile/Lexis Nexis, 2005, tomo I.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l’Homme*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011.

- MARTIN, Xavier, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Ed. Dominique Martin Morin, 2003.
- MATHIEU, Bertrand, “Droit constitutionnel et droit civil: ‘des vieilles outres pour un vin nouveau’”, in *RTD civ.*, Paris, Janvier-Mars 1994, N° 1.
- MAYORGA GARCÍA, Fernando, “El proceso de codificación civil en Colombia”, en Óscar CRUZ BARNEY, *La codificación*, México, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006.
- MAYORGA GARCÍA, Fernando, “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 14, Santiago, 1991, separata.
- MAZEAUD, Denis, “La réduction des obligations contractuelles”, in DOSSIER, “Que reste-t-il de l’intangibilité du contrat?”, in *Droit & patrimoine*, N° 58, Mars 1998.
- MAZEAUD, Denis, “La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence”, in Blandine MALLET-BRICOUT et Sarah BROS, *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, Ed. Économica, 2010.
- MAZEAUD, Denis, “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, in *L’avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Ed. Dalloz/PUF/Juris-classeur, 1999.
- MAZEAUD, Denis, “Solidarisme contractuel et réalisation du contrat”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004.
- MENDONCA, Daniel, *Los derechos en juego*, Madrid, Ed. Tecnos, 2003.
- MENDONCA, Daniel, *Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y la desigualdad en Paraguay*, Asunción, Ed. Intercontinental, 2007.
- MENDONCA, Daniel y Ricardo GUIBOURG, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2004.
- MERRIEN, François-Xavier, *L’État-providence*, Paris, PUF, coll. Que sais-je?, 2007.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, traducción Eduardo Suárez. México, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios, 2008.
- MIGNOT, Marc, “De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité”, in *RRJ*, N° 4, Paris, 2004.
- MIROW, Matthew, “El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y de Vélez Sársfield”, en *Revista de derecho privado. Bicentenario del Código Civil francés (1804-2004)*, Bogotá, 2004.
- MOLFESSIS, Nicolas, “Le Code civil et le pullulement des codes”, in *1804-2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004.
- MOLFESSIS, Nicolas, “Les sources constitutionnelles du droit des contrats”, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations. Journées de l’Association Henri Capitant à Lille*, Paris, Ed. Litec, 1997.

- MOLINA BETANCUR, Carlos, “Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional”, en Fabrizio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- MOULY-GUILLEMAUD, Clémence, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, Ed. LGDJ, 2006.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2010.
- NIETO, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Ed. Trotta, 2002.
- NIETO, Alejandro, “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Alejandro NIETO, *Estudios de derecho y ciencia de la administración*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno judicial*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio José, “Herramientas analíticas de análisis de eficiencia y equidad. Metodología y aplicación a un caso de sector financiero”, en Fabrizio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio José, *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Bogotá, Ed. Legis/Instituto Desarrollo y Libertad, 2005.
- OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, traducción José Julio Santa Pinter, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1959.
- OPPETIT, Bruno, *Essai sur la codification*, Paris, Ed. PUF, coll. Droit éthique société, 1998.
- OPPETIT, Bruno, “L'apparition de tendances régressives”, in Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Ed. PUF, coll. Doctrine juridique, 1998.
- OPPETIT, Bruno, “L'hypothèse du déclin du droit”, in Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Ed. PUF, coll. Doctrine juridique, 1998.
- PÈRÈS, Cécile, La question prioritaire de constitutionnalité et le contrat”, in *RDC*, avril 2010.
- PLAZAS VEGA, Mauricio, “Reflexiones sobre el activismo de la Corte Constitucional de Colombia”, en *XXI Concurso José Ignacio de Márquez sobre derecho económico*. Artículo ganador.
- Projet de réforme du Ministère de la justice*, juillet 2008 (Projet “Chancellerie”).
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2010.
- RANIERI, Filippo, “Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *civil law*”, in *RIDC*, 1998, N° 4.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, “El abuso del derecho”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.). *Derecho de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Uniandes/Temis, 2010, tomo II, volumen 1.

- RESTREPO MEDINA, Manuel *et al.*, *Dimensión de la congestión en la jurisdicción administrativa. Análisis y propuestas de solución*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio. *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en Alf ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, traducción Genaro Carrió, Eugenio Bulygin *et al.*, México, Ed. Fontamara, 2001.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1997, p. 218.
- ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, traducción José Luis Muñoz de Baena Simón *et al.*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- SAGER, Lawrence, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, traducción Víctor Ferreres Comella, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007.
- SAVAUX, Éric, “Solidarisme contractuel et formation du contrat”, in Luc GRYNBAUM et Marc NICOD, *Le solidarisme contractuel*, Paris, Ed. Économica, 2004.
- SCARPELLI, Uberto, *Qu’est-ce que le positivisme juridique?*, traduction Colette Clavreul. Bruxelles/Paris, Ed. Bruylant/LGDJ, 1996.
- SCHLEICHERT, Hubert, *Cómo discutir con un fundamentalista sin perder la razón. Introducción al pensamiento subversivo*, traducción Jesús Alborés, Madrid, Ed. Siglo Veintiuno de España, 2004.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, traducción Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2004.
- SEARLE, John, *Mentes, cerebros y ciencia*, traducción Luis Valdés, Madrid, Ed. Cátedra, 2001.
- SÉRIAUX, Alain, *Droit des obligations*, Paris, Ed. PUF, 1998.
- SILVA ROMERO, Eduardo, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”, en Christian LARROUMET y Sebastián RÍOS LABBÉ, *Constitucionalización del derecho privado. Actas del tercer congreso internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latinoaméricains*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- SILVA ROMERO, Eduardo, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, Paris, Ed. PUF. Coll. Droit, éthique et société, 2002.
- SINGER, Peter, *Ética para vivir mejor*, traducción José Antonio de Prada, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.
- SOKAL, Alan y Jean BRICMONT, Prólogo, traducción Laura Wittner, en Jacques BOUVESSE, *Prodigios y vértigos de la analogía. Sobre el abuso de la literatura en el pensamiento*, traducción Helena Alapin, Buenos Aires, Ed. Libros del Zorzal, 2005.
- SOFSKY, Wolfgang, *Defensa de lo privado*, traducción Marciano Villanueva Salas, Valencia, Ed. Pretextos, 2009.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, en *Vniversitas*, N° 108, Bogotá, diciembre 2004.

- STOFFEL-MUNK, Philippe, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, Ed. LGDJ, 2000.
- SUMMERS, Robert, *La naturaleza formal del derecho*, traducción Pablo Larrañaga, México, Ed. Fontamara, Colección BÉFDP, 2001.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, "Análisis de la interpretación valorista del derecho", en Fabrizio MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2009.
- TAPIA, Mauricio, "Codificación: entre pasión y desencanto por las leyes", en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago, Ed. Universidad de Chile/LexisNexis, 2005, tomo II.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Perspectivas de la recodificación y racionalización del derecho civil", en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, Bogotá, Ed. Universidad Javeriana/Temis, 2010, tomo IV, volumen I.
- TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, traducción Beatriz Quintero, Bogotá, Ed. Temis, 2006.
- TERRÉ, François *et al.*, *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.
- TERRÉ, François, "Un juge créateur de droit? Non, merci!", in *Archives de philosophie du droit*, Paris, Ed. Dalloz, 2007, tome 50: La création du droit par le juge.
- TERRÉ, François, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*. Paris, Ed. Dalloz, 2009.
- THIBIERGE, Catherine, "Sources du droit, sources de droit : une cartographie", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*. Paris, 2006.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", in *RTD civ.*, N° 2, Paris, 1997.
- VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, Bogotá, Ed. Temis, 2004, tomo I: parte general y personas.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Introducción al control constitucional. Teoría y aproximación a la práctica en Colombia*, Bogotá, Ed. Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2007.
- VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Ed. PUF, 1998.
- VON JHERING, Rudolf, "El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía", en Rudolf VON JHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Ridendo dicere verum*, traducción Tomás Banzhaf, Madrid, Ed. Civitas, 1993.
- VON JHERING, Rudolf, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, traducción Federico Fernández-Chrehuet, Madrid, Ed. Trotta, 2008.
- WALD, Arnoldo. "L'influence du Code civil en Amérique latine", in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Ed. Dalloz, 2004.
- YOUNES MORENO, Diego y María Aurora MEJÍA NOVOA, "Colección reformas en la rama judicial. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)

GmbH”, *Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Bogotá, 2006, tomo I.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, traducción José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

WITZ, Claude, *Le droit allemand*, Paris, Ed. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el Derecho romano*, traducción Ignacio Cremades Ugarte, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009.