

Contenido

Una publicación necesaria	1
Retrato en sepia a la justicia del trabajo	2
Globalización desde el mundo laboral	8
Las transformaciones en los contratos	12
El principio de concentración	53
Límite de la apelación a decisiones mixtas.....	61
Escolios acerca de la reforma a la justicia	63
¿Jueces sometidos a jurisprudencia obligatoria?	75
Declaración de la Corte Suprema de Justicia	81

ADVERTENCIA

Las afirmaciones y opiniones expresadas en los artículos firmados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no comprometen el pensamiento institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Oficina de Comunicación y Prensa
Palacio de Justicia – Calle 12 No. 7-65 – Piso 4
Tels: 5629080 – 5622000 Ext. 1081

E-mail:

GermanG@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Diagramación realizada por el **CENDOJ** para la Página Web. Tomado del Diseño Gráfico elaborado por la Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, D. C., Colombia – Octubre 2004

Corte Suprema de Justicia

Presidente:	Silvio Fernando Trejos Bueno
Vicepresidente:	Carlos Isaac Náder

Sala de Casación

CIVIL

Pedro Octavio Munar Cadena
(Presidente)
Manuel Isidoro Ardila Velásquez
Jaime Alberto Arrubla Paucar
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Silvio Fernando Trejos Bueno
César Julio Valencia Copete
Edgardo Villamil Portilla

Sala de Casación

LABORAL

Isaura Vargas Díaz (Presidenta)
Gustavo José Gnecco Mendoza
Carlos Isaac Náder
Eduardo Adolfo López Villegas
Luis Javier Osorio López
Francisco Javier Ricaurte Gómez
Camilo Humberto Tarquino Gallego

Sala de Casación

PENAL

Herman Galán Castellanos (Presidente)
Sigilfredo de Jesús Espinosa Pérez
Alfredo Gómez Quintero
Edgar Lombana Trujillo
Alvaro Orlando Pérez Pinzón
Mariana Pulido de Barón
Jorge Luis Quintero Milanés
Yesid Ramírez Bastidas
Mauro Solarte Portilla

Consejo

Editorial

Silvio Fernando Trejos Bueno
Manuel Isidro Ardila Velásquez
Herman Galán Castellanos
Eduardo Adolfo López Villegas

Edición y

Redacción

Germán Gómez Rojas

Durante el primer semestre del año 2004 cumplieron su período constitucional los magistrados **Jorge Aníbal Gómez Gallego**, **José Fernando Ramírez Gómez** y **Fernando Vásquez Botero** y **renunció el magistrado Luis Gonzalo Toro Correa.**

Publicación necesaria

Tna vez más sale a la luz pública la revista de la Corte Suprema de Justicia, cuya limitación en número de ejemplares, apenas de 2000 –antes era de 4000– escapa a las previsiones de la Corporación que ha visto otra vez disminuida la edición, sin razón valedera que lo justifique, así se haya elevado ahora el número con relación a la anterior edición; seguramente no alcanzan a dimensionar los administradores encargados de financiar su difusión la importancia de que exista tal medio de comunicación, no solo para que se difundan las actividades del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, sino también para permitir que los magistrados expresen su pensamiento mediante artículos que sirven de orientación a la comunidad jurídica, más allá de su quehacer judicial. En ese sentido, bien vale la pena que en el futuro la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reexamine su posición restrictiva, la cual no quiere ver la Corte como una manifestación más de displicencia para con ella y para con los tribunales y jueces que son los destinatarios naturales de la revista.

Empero, hay que seguir adelante y ahora se ofrece una edición, la No.18 , de muy variado y ameno contenido. Se trata de robustecer el conocimiento que debe tener la comunidad jurídica de la historia de la institución, de su importancia, de sus integrantes y de hacia adonde ha apuntado y apunta el pensamiento de la misma, en el pasado y en el presente; no se intenta hacer un adoctrinamiento indebido, sino se señalan los rumbos de la administración de justicia con sentido crítico responsable, sin que implique, claro está, ninguna renuncia al libre raciocinio ni a la libre expresión. La política judicial de hoy y de mañana para el bien de Colombia no puede ser tema ajeno a las preocupaciones del juez y del ciudadano a quien tantas veces se le envían mensajes equivocados sobre su ejercicio y, principalmente, cuando se ha abierto peligrosamente la tesis de que sus sentencias pierdan toda su fuerza y respeto haciendo valer indiscriminadamente instrumentos por fuera de los procesos. Nada más grave para el común de las gentes que se desvirtúen, sin razón, los fallos judiciales, pues siendo imprescindibles para la solución de los conflictos de intereses, no puede prohibirse el irrespeto a las definiciones contenidas en ellos.

Sirvan estas líneas, entonces, para hacer un llamado a la comunidad jurídica en general y a la judicial en particular a fin de que, justamente en respeto de la independencia, como valor democrático, defiendan la permanencia de medios de expresión que, como el presente, no buscan vanaglorias sino la presencia de un vehículo que de manera periódica permita enterarlas de la vida judicial, con un ánimo constructivo que haga posible, en alguna medida, dar a conocer el pensamiento original de la Corte Suprema, evitando de paso distorsiones innecesarias e inconvenientes.

*Silvio Fernando Trejos Bueno
Presidente Corte Suprema de Justicia*

Retrato en sepia a la justicia del trabajo

Mirada retrospectiva de dos de los pioneros del Derecho del Trabajo a los primeros pasos de esta especialidad jurídica.

En su génesis, como bien lo afirma el profesor Guillermo González Charry, el Derecho del Trabajo colombiano fue una especie de minería jurídica que perforó las rocas del Derecho Civil para abrirse paso en el mundo jurídico. A partir de allí, el Tribunal Supremo del Trabajo y, luego, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, comenzaron, a mediados del siglo XX, la construcción de un horizonte jurisprudencial tan sólido que aún mantiene vigente gran parte de sus postulados, en decir del profesor Jorge Vélez García.

La atmósfera que se vivió en la época en que tuvo lugar esta gesta, crucial para el rumbo de las relaciones laborales contemporáneas, es recreada desde la memoria de estos dos ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Su voz autorizada de auténticos pioneros de la Jurisdicción Especial del Trabajo es recogida en el diálogo espontáneo que sostuvieron para esta sección.

GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY. Para empezar, es preciso recordar que los primeros magistrados supremos de la Jurisdicción Especial del Trabajo fueron los doctores Castor Jaramillo Arrubla, Diógenes Sepúlveda Mejía y Luis Alberto Bravo. Todos muy ilustres, inteligentes y capaces. Les correspondió la tarea de organizar en todo el país una jurisdicción nueva; no solamente como elemento en la estructura judicial, sino por su contenido, del cual se requería una especial sensibilidad en los magistrados y jueces, porque se entendía que esa jurisdicción estaba intelectualmente más inclinada a proteger los intereses de los trabajadores que de los empresarios.

JORGE VELEZ GARCÍA. Yo no recuerdo bien, doctor González, si en ese momento ya estaba el Código en vigencia o si funcionaba por medio de unos decretos transitorios de Estado de Sitio...

G.G.: Estaban las reglas aplicables del Código Judicial, porque todavía no teníamos Código Procesal del Trabajo, el cual fue elaborado más tarde por el doctor Castor Jaramillo Arrubla, el doctor Blas Herrera Anzoátegui y otros procesalistas que intervinieron entonces. Pero, los primeros pasos se dieron, digamos, apoyados en lo que era utilizable del Código de Procedimiento Civil.

J.V.: Sí, pero luego eso tuvo otro nombre, ¿o no? Empezó como Tribunal Supremo.

G.G.: Se abrió un debate público sobre si convenía tener una nueva jurisdicción o si se incorporaba a la ya existente. Muchas personas dijeron que no, que el país no necesitaba más cortes de justicia, y que la Corte de Justicia Laboral sobraba. Otros sostuvieron que había que mantener esa estructura separada, por razones ideológicas. El final de la discusión terminó en las leyes actuales que incorporaron los organismos de la justicia laboral dentro del esquema judicial tradicional. Por eso tenemos una Sala Laboral en la Corte Suprema y salas laborales en todos los tribunales del país.

J.V.: Sí. Precisamente ahí empieza la segunda etapa de la justicia laboral en Colombia, que es la que prácticamente me tocó inaugurar a mí, con compañeros muy distinguidos como fueron el mismo Luis Alberto Bravo –personaje conspicuo, saliente, notable y conocedor a fondo del Derecho Laboral–, con el doctor Roberto de Zubiría, quien a pesar de venir del sector privado era autor de una compilación jurisprudencial de mucho uso y muy bien recibida por los medios judiciales; y el doctor Luis Fernando Paredes, ex gobernador del departamento del Cauca, que era un abogado avezado, muy estudioso y que aportó, como los demás, sus luces a la continuidad del trabajo de ustedes. Porque ustedes, realmente, aunque no crearon, sí pusieron en marcha y de moda la jurisprudencia laboral, ya que no existía en el país. Es decir, el primer Tribunal Supremo del Trabajo fue el punto de partida de toda la jurisprudencia venidera; en muchos puntos se ha mantenido firme en su estado original y, en otros, ha sido variada. ¿Usted se acuerda de eso?

G.G.: Como pasa con todas las instituciones nuevas, ésta no pasó sin lastimarse al campo del triunfo. Fue muy atacada. Se consideró que era innecesaria, que los jueces civiles podían tratar esos casos, que sobraba un recurso de casación para esos negocios que se suponían que no debían ser largos, y toda esta temática que se forma alrededor de una jurisdicción nueva. Pero, la verdad es que el final del capítulo la jurisdicción fue creada con funcionarios especializados y hoy funciona así, aunque dentro del esqueleto judicial tradicional.

J.V.: Yo no me acuerdo dónde funcionaban ustedes. ¿En qué casa?

G.G.: Que recuerde, el primer Tribunal Supremo funcionaba frente al Palacio Presidencial, en la Carrera Séptima, en la casa que fue de don Jorge Holguín. Después estuvo un tiempo en la Carrera Octava con la calle 16, tal vez. Transitoriamente, por esas cosas en que a las oficinas públicas nuevas hay que ir acomodándolas donde se pueda, para terminar ya después con su propia sede, con sus propios tribunales y jueces en todo el país.

J.V.: Sí, porque a nosotros nos tocó inaugurar la Sala Laboral de la Corte en un sitio un tanto desapacible que era la calle 11, en el último piso del edificio de la Beneficencia. Era un lugar no muy apropiado para desarrollar un pensamiento jurídico denso. Sin embargo, había que sobreponerse a la situación. Era, prácticamente, una continuación de San Victorino.

G.G.: Evidentemente lo que pasó con esas oficinas es lo que ha pasado con todas: hay que irles buscando acomodamiento locativo en la ciudad para que haya comodidad y decoro en la presentación de los magistrados. Entonces, hubo varias sedes donde el Tribunal Supremo se alojó y lo mismo el Tribunal Seccional de Cundinamarca. Pero, finalmente, cuando la institución se afirmó, vino su localización más decorosa, más correcta.

J.V.: Si, porque en la época mía, la de la primera Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, la Corte funcionaba en ese hermoso edificio que antecedió al Museo Botero, en la calle 11 con Carrera Cuarta. Era un edificio hermosísimo y fue muy bien adaptado, aunque a algunas secciones, como era la Sala Laboral, le tocaba en la calle 11 abajo porque allá ya no había puesto, no había cupo. A la Sala Plena subíamos por la calle 11 hasta el edificio que luego fue hemeroteca del Banco de la República, la Hemeroteca Luis López de Mesa. Ese edificio de la esquina luego fue lastimosamente demolido para hacer el Museo Botero en esa parte, construido sobre la plazuela Vásquez y Cevallos, llamada antiguamente así porque en el sur oriente de la Carrera Cuarta con calle 11 quedaba la casa del pintor Vásquez y Cevallos.

Bueno, pero usted debe tener mucho anecdotario del principio, de la época de Sepúlveda, de Castor Jaramillo, de Luis Alberto. Luis Alberto era una especie de tótem sabio que venía de asesorar, yo me acuerdo, a las cúpulas liberales en materia de derecho laboral y en materia de economía social.

G.G.: Sí, Luis Alberto Bravo fue un personaje muy brillante y notable en su época. Él era tolimense, un hombre de izquierda que le aportó mucho intelectualmente a la jurisdicción del trabajo. Especialidad nueva y, por tanto, desconocida en el país, no solamente en su organización estructural, sino en su contenido, como un instrumento estatal para aliviar o ayudar a mejorar las condiciones de la clase trabajadora. Esa fue la idea que sirvió de base a la estructura de una jurisdicción que no fuera la civil, de la cual se decía, o decíamos en esa época, que era muy reaccionaria y que no tenía la sensibilidad propia para manejar el Derecho del Trabajo. Hay que confesar que nos engañamos, porque el tiempo ha demostrado que sí la tiene.

J.V.: Bueno, no tanto, porque la Sala Laboral de la Corte pues ya tenía una jurisprudencia hecha por el Tribunal Supremo. Y de eso nos valimos los nuevos magistrados y seguimos los pasos establecidos por ustedes en muchas jurisprudencias. ¡Claro que hubo variaciones! Hubo variaciones, por ejemplo, en el tema de los salarios caídos, que ha sido cosa tan discutida y tan dura en la historia laboral del país. El que se le pague a un empleado el salario durante todo el tiempo en que estén pendientes todas las demás prestaciones o indemnizaciones, ¿no?. Se le pagué su salario diario. Eso, que venía presentado de una manera contundente fue morigerado por medio de una noción jurisprudencial de la cual yo fui autor, entre otros, con el doctor Roberto de Zubiría especialmente, consistente en el principio de la buena fe patronal. Es decir, si el patrono tiene buena fe, considera que no debe y se prueba eso o se demuestra su buena fe en el curso del proceso, hay que tomar otra perspectiva. Se morigeró, además, con la consignación que suspendía prácticamente el cobro desde que la consignación hubiera sido hecha de buena fe y correspondiera razonablemente a lo que debiera el patrono. ¿Usted se acuerda de todo eso?

G.G.: Eso es cierto y fue un avance notorio en la jurisdicción del trabajo que no tenía una norma distinta, como sabemos, de que los salarios o las remuneraciones terminaban al tiempo con la relación, sin importar la causa. Aquí no, desde el principio, el Código del Trabajo previó que si la terminación del contrato era injusta comenzaban a correr lo que llamamos salarios caídos para el trabajador, hasta que se hiciera una consignación razonablemente correcta en el campo cuantitativo, o hasta que hubiera una decisión judicial que definiera el caso. Pero esos son pasos obligados en una jurisprudencia nueva, en una estructura nueva, que fue dándole la vuelta a las normas civiles hasta poder lograr una ubicación protectora, digámoslo así, que era lo que se quería con su fundación.

J.V.: Efectivamente. Nosotros contábamos con la jurisprudencia de ustedes, que está todavía vigente en las tres cuartas partes de su volumen. Es una jurisprudencia tan sabia que aún sigue prestándole servicio al país en ese manejo. Sin embargo, hubo, por ejemplo y que recuerde en la nuestra época, otro cambio: el de la invención del ficto contrato de trabajo, que se configuraba cuando existían los tres elementos propios del contrato, aunque no se diera ni siquiera una manifestación expresa oral de que eso era contrato, ni existiera mucho menos un escrito, se presumía que era contrato. Y luego ha sido acogido, o ya había sido recogido por el Código del Trabajo en aquella declaración según la cual si se dan los tres elementos (servicio, subordinación y remuneración) hay contrato de trabajo. Todo eso es inspiración de la antigua jurisprudencia, y yo debo refrescarlo hoy ante uno de sus autores, porque es bueno que de eso quede constancia.

G.G.: En eso hubo una tarea y un empeño generalizado por todos los elementos de la jurisdicción laboral de forzar la máquina, para sacarla de las reglas civiles hasta colocarla en un sitio de

sensibilidad social que se adecuara al propósito de su existencia. No tenía objeto crear otra jurisdicción para que siguiera diciendo lo mismo.

J.V.: Porque es que en el Código Civil se trataba el contrato de trabajo como un contrato de arrendamiento de esfuerzo.

G.G.: Exactamente. Y había que probar su existencia. De eso al brinco que se ha dado hoy, a que se presume la existencia del contrato con el solo hecho de prestar un servicio, hay una diferencia. Y esa diferencia es tan grande que por esa brecha entra toda la protección al trabajador, quien antes no la tenía.

J.V.: Antes no había. Usted qué opina, ¿el Código del Trabajo, el individual del contrato de trabajo, que fue hecho por Castor, por Sepúlveda, en fin por otros sabios, está muy modificado en la actualidad o sigue siendo básicamente el mismo?

G.G.: No. Yo creo que esa fue una obra tan sólida que es muy poco lo que realmente se ha modificado en su fondo. Las reglas que se dejaron escritas, en lo que se llamó el Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo, en el cual intervino mucho Castor Jaramillo, por ejemplo, y Blas Herrera Anzoátegui, es fundamental la diferencia. Fundamental porque antes había que entrar por probar que existía el contrato de trabajo. Ahora ya no hay que probar. Ahora basta con probar que se trabajó para alguien y el juez dirá si es o no un contrato, pero existe la presunción de que eso es un contrato de trabajo y que, por consiguiente, tiene toda la protección para ese contrato.

J.V.: Sí. Yo recuerdo otras variaciones jurisprudenciales que hubo en la sala. Por ejemplo, en los contratos internacionales del trabajo ejecutados en Colombia se resolvió que prevaleciera la legislación del lugar de ejecución, que fue una gran cosa, porque en ese momento para los trabajadores ser pagado por un sistema laboral extranjero, europeo, no era tan halagüeño como ser pagado por el recién estrenado sistema laboral colombiano. Había más prestaciones en Colombia, más cuidado del trabajo, más defensa de la parte débil en el contrato, más indemnizaciones. Ese también fue un avance de la jurisprudencia. Claro que a ustedes quizá no les tocó caso alguno de conflicto de leyes en el campo internacional, de derecho internacional privado. Eso sí ocurrió en mi época y creo que esa jurisprudencia de que prevalece la legislación del sitio de ejecución todavía se sigue aplicando.

G.G.: Se sigue aplicando porque es una norma protectora. En eso hay dos cosas envueltas: la noción de soberanía del Estado y luego la noción de preferencia para la norma más favorable. Entonces, desde esa época, nosotros sí tuvimos un caso en donde se hizo prevalecer la legislación colombiana sobre una legislación extranjera, que se invocaba como excepción de competencia. Cosa gravísima, porque una excepción de esas, si prospera, quita de las manos de la jurisdicción nacional el conocimiento del caso. En cambio, se le dio la vuelta y se lograron englobar así, dentro de su propio código, todas las relaciones de trabajo del país.

J.V.: Había dicho antes que me tocó un lugar inadecuado para pensar jurídicamente, en el sector de la calle 10 entre las calles 9ª y 10ª, lugar de ventas callejeras, de vendedores ambulantes. Pero, no. Debajo quedaban los juzgados laborales, en donde estaba un grupo de jueces bastante bien orientado. Entre ellos, por ejemplo, el doctor Rafael Baquero Herrera y no recuerdo quienes más, pero había...

G.G.: Álvaro Díaz Granados...

J.V.: Claro, Álvaro Díaz Granados...

G.G.: Estaba Carlos Restrepo Piedrahíta. Eran juristas de primerísima línea...

J.V.: Valiosísimos. Recuerdo que, a veces, valía más la base que el tope de la pirámide, porque abajo era donde estaba la gente que sabía.

G.G.: La verdad es esa. Y tal vez obedece a esto: fue un momento de fervor por el Derecho Laboral. Y a eso nos dedicamos un poco de muchachos de la época que trabajamos en el Ministerio con el doctor Adán Arriaga Andrade y con el doctor Blas Herrera Anzoátegui. De manera que cuando se creó la jurisdicción, a nosotros, que estábamos de inspectores de Trabajo, nos iban pasando a los juzgados y a los tribunales del Trabajo para aprovechar lo que ya sabíamos.

J.V.: Yo recuerdo con mucho cariño a mis compañeros de Sala.

G.G.: A mí me tocó entre los años 44, últimos años del segundo gobierno del doctor Alfonso López Pumarejo, y el año 47, más o menos. Después pasé a otras actividades. En ese tiempo disponíamos de un equipo de trabajo de primerísima línea, tanto que muchos de ellos se convirtieron en personajes de la vida nacional. Y el Derecho Laboral de la época no es como el de hoy, que tiene su Código Procesal, su Código Sustantivo y todo organizado. Era una especie de minería jurídica que debía perforar las rocas del Derecho Civil para sacar unos granitos de oro para el Derecho Laboral.

J.V.: Era un derecho pretoriano, jurisprudencial en gran parte. Hubo unas sentencias audaces en ese momento, que causaban verdadera sensación en el país. Era también un momento muy agitado desde el punto de vista laboral. Recuerdo, por ejemplo, la huelga del río Magdalena, la de Fedenal, que puso en vilo al Gobierno Central. Tanto que el Presidente Lleras Camargo, ante una situación que prácticamente paralizaba el país porque el río Magdalena era la única vía de comunicación entre la Costa y el Centro, dijo: ‘aquí no puede haber dos gobiernos, uno en Bogotá y otro en el río Magdalena’, y disolvió la Fedenal. Fue un paso duro en la época del Tribunal Supremo del Trabajo, pero eso no le correspondía revisarlo propiamente a este tribunal, sino a unas comisiones.

G.G.: Había unas comisiones de conciliación y arbitraje, tanto en Barranquilla como en Bogotá, para revisar y ocuparse de los conflictos que ocurrieran en el río Magdalena, porque era la única vía de acceso a la Costa. Entonces, tenían una especie de jurisdicción administrativa laboral con dos sedes: una en Barranquilla y otra en Bogotá.

A propósito, recuerdo que tuvimos una discrepancia, claro que muy amistosa y cordial, con el doctor Arriaga Andrade, quien fue el autor de toda la legislación laboral, cuando nos llamó a Carlos Restrepo Piedrahíta, a Carlos Gámez Macías, a mí y a otro jefe del Ministerio, a comunicarnos que el Presidente de la República había tomado la determinación de disolver la Fedenal. Entonces, nosotros dijimos: “eso es imposible, no lo podemos creer, que Alberto Lleras, un jefe liberal, un presidente liberal, vaya a disolver un sindicato”. Me acuerdo mucho que, entonces, el doctor Arriaga nos respondió: “no, la cosa no hay que mirarla así, nosotros acabamos de hacer la ley que prohíbe la huelga de los servicios públicos y no podemos comenzar violándola”.

J.V.: Eso tenía otra cuerda. Realmente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia empieza el primero de enero de 1958. Ya había Código, Código de Procedimiento y una tradición. Nos tocó a los tres magistrados, conmigo cuatro, de que hablé antes, y a mí me parece muy interesante hacer una semblanza breve de cada uno de ellos.

El doctor Luis Alberto Bravo era una persona sobresaliente y quizá quien más derecho laboral sabía en el país.

El doctor Luis Fernando Paredes representó en el campo laboral un caso hermoso y ejemplar, porque él era civilista. Ejercía la profesión de abogado civilista en Popayán, había sido gobernador de su departamento, profesor de la Universidad del Cauca, pero tenía una capacidad de absorción verdaderamente magistral. Él cogía una ley y, prácticamente, conocía el porqué y el para qué y el qué de la ley, después de leerla completamente una sola vez. Eso hay que abonarle al doctor Paredes.

Roberto de Zubiría venía también del sector entre privado y público, porque era el abogado asistente laboral de Paz del Río, que en ese momento estaba en un auge tremendo. Se había fundado en 1950 y tenía todas las protecciones arancelarias del mundo, no se vendía otro hierro que el que producían los altos hornos de Boyacá y tenía un sector laboral muy importante en la minería del hierro, en la siderurgia. Esa persona que, no obstante venir del sector privado, también había hecho incursiones en el derecho laboral, autor de una compilación jurisprudencial que era de gran recibo en los medios de la cuestión laboral, del litigio, del concepto, de los conflictos, del derecho colectivo laboral, huelgas, arreglos directos, paros intempestivos, todo eso.

De manera que esos personajes le aportaron a la jurisprudencia grandes contribuciones, continuando con la línea que ustedes habían trazado. Significó una consagración, no sólo de la jurisprudencia antigua, sino también de las posibilidades que daba como un material muy plástico, muy elástico, para mejorarla o, por lo menos, para ver dentro de la misma línea de acción, soluciones de problemas que no se habían presentado.

G.G.: A propósito de esas publicaciones importantes de la época, recuerdo una muy importante: la del doctor Campo Elías Barón Serrano.

J.V.: Lo recuerdo todavía. Un texto inmenso.

G.G.: Un texto muy amplio que recogía toda la legislación, desde la ley de protección a la maternidad expedida en el gobierno del doctor Santos, hasta los años 45. Era de una utilidad increíble en las universidades y en los despachos ministeriales porque contenía la legislación laboral sobre todas las materias.

J.V.: Y antes. Desde la legislación que hubo durante el régimen conservador.

G.G.: Claro, antes porque recogía ya lo del día de descanso dominical, que es muy anterior.

J.V.: Las vacaciones también.

G.G.: De manera que el despliegue doctrinario de obras, a raíz de esa transformación social, fue y ha sido muy grande. A partir de entonces se ha escrito mucho sobre Derecho Laboral y Derecho Colectivo, se han tratado algunos temas apenas mencionados en la ley, pero ninguno de los cuales había sido objeto de un estudio profundo. Además, tanto el derecho sustantivo como el colectivo se convirtieron en materia de cátedras universitarias y de colegios de especialización. La Universidad Nacional, hasta cuando fui profesor, tenía un departamento especial para estudios laborales, así como la Universidad Libre y el Rosario.

J.V.: Departamentos especializados que siguen y seguirán existiendo.

Globalización desde el mundo laboral

▪ Por *CARLOS ISAAC NADER*
Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia

Estas alturas todo indica que ya no habrá marcha atrás: la globalización es una realidad del mundo contemporáneo al igual que su incursión en la esfera de las relaciones locales e internacionales. Desde la etapa iniciada en los años setenta, acelerada a fondo en el decenio de los noventa, su naturaleza de atravesar límites se ha incrustado paulatinamente en los campos económico, político y cultural. Así las cosas: ahora sólo estamos de cara a una nueva fase de la globalización. En pocos meses, como signo inequívoco de ese escenario, se conocerán los resultados de la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos.

Hasta aquí, la travesía enseña que la apertura de las fronteras nacionales se mueve en el marco de tensión de dos vías cruzadas: la inclusión y la exclusión. La primera, en un ambiente de cooperación e integración, estimula el desarrollo. La segunda, bajo un clima hostil de dominio del más fuerte, conduce a mayor marginación y atraso de las naciones más débiles.

Pero la globalización en sí misma -en ello coinciden los expertos- no es buena ni mala. Presenta, simultáneamente, oportunidades y desafíos. Su impacto depende de la actitud, preparación y capacidad de transacción de los países, para atenuar los efectos negativos y aprovechar las ventajas que ofrece.

Es en este contexto que resulta crucial para Colombia aprehender, apropiarse y sumergirse en la comprensión de la dinámica socio política del proceso globalizador en curso. Sin duda, la profundidad de sus repercusiones, riesgos u oportunidades, trazará en gran medida nuestro devenir como Nación.

Salvo algunas excepciones sin sesgo simplista, la mayor parte de las investigaciones que se han dado a conocer acerca de los retos mundiales, y los problemas que de ellos se derivan, centran su atención principalmente en temas relativos a las políticas macroeconómicas, los aranceles y el intercambio de productos y mercancías, situando allí los factores críticos del proceso aperturista.

Desde nuestro radio de acción, entonces, es preciso formular específicos interrogantes: ¿Qué incidencia tienen los cambios vertiginosos del mundo globalizado en las relaciones entre trabajadores y empleadores? ¿Productores y empleados tienen conciencia de la ruta en que se hallan inmersos? ¿Están listos para enfrentar idónea y competitivamente estas corrientes que atraviesan fronteras? ¿Cuál es el grado de compromiso que tienen empresas y trabajadores? ¿Es adecuado nuestro ordenamiento jurídico ante la creciente gama de formas de interacción e integración en continuo movimiento? ¿Qué sucederá en los desarrollos de esta dinámica social?

En fin, serían múltiples las inquietudes por abordar. No obstante, no debemos caer en la tentación de distraernos en la emisión de profecías o juicios de valor, en tanto lo que nos corresponde es ocuparnos

* Apartes de las palabras de instalación del XXII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Mayo de 2004.

de la comprensión científica de los fenómenos que inciden negativamente o aportan solidez en la regulación de las relaciones laborales. De ello depende el éxito, el cual solo lograremos con la necesaria actitud, templanza, preparación y capacidad que ofrezcamos, como abogados expertos en derecho laboral, al país en la señalada ruta de la inclusión del mundo globalizado.

Para empezar, los invito a sondear sucintamente el rumbo de nuestro Derecho del Trabajo, en su vigencia, incertidumbres y fortalezas.

Hace sólo un par de semanas, el profesor Guillermo González Charry, decía con la sapiencia que lo caracteriza:

“Un país no resiste una política social por la cual no pueda responder ni tampoco una legislación laboral que no se pueda pagar, porque eso destruye empresas y es mayor el mal que el beneficio. De esta manera, hay que tener cuidado para lograr que la política social se acomode a la realidad financiera, para no estancar el desarrollo industrial y comercial. Hasta ahora, afortunadamente, la legislación laboral ha resistido, porque es moderada, justa y equilibrada”¹.

En efecto, la legislación laboral ha resistido y, ustedes todos, absolutamente todos, tienen la obligación de que no desaparezca. Confío, por tanto, que estén equivocados quienes vaticinan el eclipse total del Derecho del Trabajo. De todos modos, las duras embestidas de los últimos años debe mantenernos atentos a fin de no ser sorprendidos, porque si bien hasta ahora hemos resistido, lo saben bien, los riesgos siguen latentes.

El desconocimiento de la jurisdicción laboral, contenciosa u ordinaria, escudada en el comodín de amparar derechos fundamentales por el camino de la acción de tutela, constituye una grieta abierta al edificio del Derecho del Trabajo, levantado a golpe de concienzudos esfuerzos a lo largo de más de medio siglo. El Colegio de Abogados del Trabajo, el mismo que hoy nos brinda la hospitalidad de este congreso, ha sido constructor y testigo de excepción de tan colosal obra jurídica.

Y esa peligrosa grieta, ampliamente conocida, comienza cuando se invaden las competencias de los Jueces naturales, por sobre todo la de los órganos límites, hecho que no sólo atenta contra la independencia judicial, sino que hunde abismalmente, y en mayor grado, su nociva influencia en el equilibrio del sistema de regulación de las relaciones laborales.

Para minimizar la dimensión de la crisis generada, en reciente foro celebrado ante el Congreso de la República, se dijo que en 12 años, de 32 providencias, sólo se habían fallado 18 amparos contra la Corte Suprema de Justicia. ¡Ese no es el problema! Si de cantidad se tratara, una sola tutela habría bastado para ocasionar la ruptura y los problemas en que nos encontramos.

Por mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia guardó prudente silencio, estuvo alerta y a la expectativa de un conciente replanteamiento en la elástica senda de la jurisdicción constitucional. La espera fue infructuosa, en tanto desafortunadamente no se produjo y la problemática, eso personalmente creo, amenaza con llegar a magnitudes insospechadas.

Ese es el origen de la Declaración Pública de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del pasado 3 de marzo y su clamor por una reforma a la Carta Política, que oriente la salida del actual laberinto jurídico. Todo tal cual están las cosas, es de perplejidad y asombro, nadie sabe a que atenerse y a

¹ Ámbito Jurídico. 26 de abril al 9 de mayo de 2004, Pág. 9B. Bogotá.

donde realmente se debe acudir en demanda de justicia. Es como si el nacimiento y el secreto del derecho no estuviesen precisamente, en palabras de Carnelutti, en “que los hombres no pueden vivir en el caos”, porque “el orden les es tan necesario como el aire que respiran”².

En el mundo nada puede funcionar en el desorden. De allí que la Corte Suprema de Justicia también se hubiere dado a la tarea de exhortar a los otros órganos de cierre, para que a través del diálogo constructivo se busquen fórmulas que redunden en beneficio del conglomerado humano, del usuario del servicio, lo cual en el caso nuestro asumiremos con dinamismo y afán patriótico.

Con justa razón advertía don Miguel Antonio Caro: “No hay nada tan maléfico y perturbador del orden social, como aquella forma de legislación política que pone al gobernante en la dura necesidad de violarla para cumplir con sus más elementales deberes. Luego que se ha demostrado que es forzoso atropellar la Ley para gobernar, la puerta que se derribó para el bien, queda desguarnecida y allanada para el mal. La Ley es una promesa, la más solemne promesa, y si los enunciados que envuelve la justicia distributiva se escriben en forma teórica e ineficaz, y no logran cumplida ejecución, la mala fe viene a ser inherente al Gobierno, la confianza en las instituciones y el temor a la espada de la justicia se pierden, la autoridad se relaja y se entroniza la arbitrariedad”.

Desde esta perspectiva, ¿cómo entender la responsabilidad del juez ante la sociedad? Por fuerte que sea la avalancha modernizadora, su misión jamás puede consistir, eso creo, en plasmar su punto de vista personal, sino en aplicar y respetar el ordenamiento jurídico. Definitivamente, cabe reiterarlo, los Juzgadores tienen que abandonar la ley del encaje de que hablaba el Quijote a Sancho cuando éste se aprestaba a irse de gobernador a la ínsula de Barataria. Su conducta, por el contrario, debe ceñirse estrictamente a la Constitución y la Ley, sin olvidarse de las características que la filosofía socrática atribuía a todo Juez: “escuchar con cortesía, responder con sabiduría, ponderar con prudencia y decidir con imparcialidad”.

Cuando esta función se realiza adecuadamente, el Juez legitima su actuación y vínculo de cercanía con el usuario del servicio y la justicia que éste exige.

En esa tarea estamos comprometidos. Queremos una justicia de progresiva calidad, pero jamás declinaremos en la defensa del ordenamiento jurídico, pues no creemos que los valores y postulados de la Carta Política de 1991 hayan borrado de tajo los principios democráticos y del Estado de Derecho, relegando el papel de las leyes a la conciencia de los Jueces de turno.

La democracia, en sentir de Norberto Bobbio, “es el gobierno de las leyes por excelencia. En el mismo momento –afirmaba– en que el régimen democrático pierde de vista este principio inspirador que le es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos”³.

Se trata, desde esta óptica, de un conjunto de reglas para la toma de decisiones colectivas donde se prevé y propicia la mayor participación posible de los interesados en las determinaciones que los afectan. De eso trata justamente el espíritu de nuestra Constitución.

² CARNELUTTI, Francesco. 1997. *Cómo nace el derecho*. Bogotá. Editorial Temis.

³ BOBBIO, Norberto. 1984. *El futuro de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, primera reimpresión de la segunda edición, 1997.

Y la ley, si bien no tiene en nuestros días el significado que tuvo antaño, mantiene la función de orientadora de los procesos, permitiendo, a su vez, la fijación de las políticas públicas – responsabilidad de los poderes Ejecutivo y Legislativo, por implicar decisiones políticas– que desarrollan los mandatos constitucionales en el ámbito social, económico, judicial, laboral, cultural y político.

Con esta visión no se desconocen tampoco, como se pretende presentar con argumentos efectistas, las transformaciones del Estado social de derecho contemporáneo. Estado que es un actor más en las tendencias internas y externas en que se mueven, entre otras, las relaciones sociales, permeables a los vientos de la globalización.

En el momento actual, cuando se busca dar la firmeza que requiere el ordenamiento jurídico en los complejos tiempos que vivimos, algunos sectores se oponen a la reforma a la acción de tutela, usada indebidamente para quebrar las reglas democráticas, invirtiendo el valor de los principios.

Tampoco se puede confundir la concepción del Estado social como el Estado que prescinde del Derecho. La propia Constitución es fuente de varios principios procesales⁴, entre ellos el de legalidad. Un Estado que no se sujete a las reglas del Derecho establecidas, sencillamente, es arbitrario, por más ropaje de social que pretendan mostrar los agentes estatales que actúen por fuera de su ordenamiento jurídico.

Permítanme recordar, como certeramente aparece descrito en el salvamento de voto a la sentencia T-565 de 1991, que “El Estado social de Derecho exige una política real de justicia. No pide a sus jueces que en las sentencias, mediante actos caritativos, concedan sosiego a sus conciencias”.

¿Qué explicación darle a los 15 millones de empleados colombianos que a diario trabajan para algún día tener un retiro digno, mediante la jubilación, cuando el juez de tutela otorga pensiones y seguridad social sin el lleno de los requisitos legales?

Sin lugar a dudas, el juez constitucional que ordena prestaciones sociales a quien aún no las ha ganado no sólo está emitiendo un mensaje equivocado a la comunidad, sino está poniendo en serio riesgo la lógica del sistema contributivo de seguridad social, exponiéndolo a la amenaza de colapso.

Aquí, parafraseando nuevamente Bobbio, dejemos de buen grado “a los fanáticos, o sea, a quienes desean la catástrofe, y a los fatuos, o sea, a quienes piensan que al final todo se arregla, el placer de ser optimistas. El pesimismo es hoy un deber civil porque sólo un pesimismo radical de la razón puede despertar algún temblor en esos que, de una parte o de otra, demuestran no advertir que el sueño de la razón engendra monstruos”.

Vuelvo a lo nuestro: No por mantener su cauce de avance progresivo y moderado el Derecho del Trabajo deja de ser social o de tener una perspectiva vivificante. Por el contrario allí radica su vigencia, desde la cual saldrá la fortaleza que nuestro ordenamiento jurídico laboral requiere frente a los desafíos que hoy plantea la nueva fase de la globalización. Etapa que compromete por igual a esas dos caras de la misma moneda que han sido siempre trabajadores y empleadores.


⁴ Véase , RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando, 1997, Principios Constitucionales del Derecho Procesal, Señal Editora. Medellín.

A partir del Código de Napoleón

Las transformaciones en los contratos

- Por JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR
Magistrado Sala de Casación Civil

1. INTRODUCCIÓN

 El derecho es objeto de importantes transformaciones para adecuarse a las exigencias de la vida actual. En cuanto a sus fines, viene cumpliendo la premonición de Josseland, de hacer de la defensa del débil una de sus constantes preocupaciones y su fin predilecto. Para llegar a tales propósitos ha sido necesaria la desmitificación de los viejos postulados donde encontraba su justificación. Tal vez, en el área del derecho privado, concretamente en los contratos, es donde más se ha urgido la transformación y donde más resistencia ha tenido.

Mucho se habla de la crisis del contrato, de su falta de vigencia, de su decadencia, pero los postulados de la vieja escuela aún continúan soberbios. Observemos brevemente de dónde venimos y hacia dónde vamos en la teoría del contrato.

1.1. *La codificación.* La pretensión de reorganizar la vida social que propugnaba la Ilustración es llevada a la práctica por las monarquías europeas más permeables a las nuevas tendencias del pensamiento. Las llamadas monarquías ilustradas, preocupadas por el fortalecimiento del Estado, veían en la racionalización de la vida social propuesta por la Ilustración, un magnífico medio que, aplicado al derecho, garantizara la seguridad del tráfico jurídico y la efectividad de las decisiones estatales. Por tales motivos serán estas monarquías ilustradas los primeros regímenes que apoyarán la codificación del derecho y bajo los cuales se producen los primeros pasos codificadores⁵.

Su antecedente se caracterizaba por una situación preponderante en la sociedad durante la Edad Media y hasta el siglo XVI, en la que reinaba como eje central el Derecho Romano, bien como un derecho supranacional, o como un derecho común subsidiario en su aplicación a los derechos nacionales de todo el continente europeo⁶.

La principal fuente del Derecho Romano era el *Corpus iuris justiniano*, objeto de múltiples interpretaciones y glosarios de diferentes autores que pretendían su actualización y adecuación a las necesidades del momento. Se acuñó por tanto en esta época medieval, un derecho de juristas, basado fundamentalmente en la dogmática del *Corpus*, el *mos gallicum*, influido por concepciones humanistas, que desarrolló una crítica histórica y valorativa del *Corpus iuris*, buscando la racionalidad y la equidad de la solución romana, más que la aplicación dogmática de sus textos⁷.

⁵ Motilla, Agustín. *La codificación como técnica de producción legislativa*. *Revista de Derecho privado*, junio 1987 Madrid pág. 555

⁶ Motilla, Ob. Cit. Pag. 548.

⁷ Motilla. Ob. Cit. Pag. 548.

La época moderna aparece con una proliferación de opiniones y abusos de los métodos escolásticos, agravada por la aparición de nuevas doctrinas, que condujeron a la desnaturalización del *Corpus iuris Civiles* y por ende a su desprestigio en su método de aplicación, que convirtió a la jurisprudencia europea en una ciencia de múltiples opiniones y cometarios, sin cuerpo, ausente de sistematización. A este caos del Derecho Romano común hay que agregar la proliferación de costumbres locales; el fraccionamiento normativo; aparición de fueros territoriales concedidos por privilegios del rey y fueros personales producto de la estructura feudal; todo ello vino a propiciar la codificación como manera de superar el particularismo jurídico⁸.

El fundamento esencial de la codificación se estructura a partir de dos pilares fundamentales: la Ilustración y la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Ambas surgidas de los postulados de la Escuela Cartesiana en la filosofía y sus concepciones sobre el derecho, pero con referencias originarias diferenciadoras. La primera como una irrupción religiosa de una nueva forma de observar la vida a partir de nuevas concepciones de lo público y lo privado y, la segunda, como el gran debate europeo de la época alrededor de la idea del derecho natural⁹.

La Ilustración se centra en lo jurídico en dos ideas fundamentales: por un lado, la afirmación de los derechos fundamentales del hombre recogida por el jusnaturalismo racionalista; y por el otro, en la primacía de la ley sobre las demás fuentes del derecho, idea central que contribuirá a sentar las bases del Estado moderno y del positivismo jurídico¹⁰.

La Ilustración fundamentaba su idea de la ley como única y soberana fuente del derecho por encima de la costumbre y de la jurisprudencia, en la premisa de ser la ley la expresión racional del poder y como el camino idóneo para afirmar la certeza del derecho. De allí la consecuencia inmediata de estar el juez supeditado a la ley. Le está vedado al juez, según esta escuela del pensamiento, interpretar la ley, debe ser tarea propia del trabajo que se asigna al legislativo. La parquedad de la ley debe ser la característica primordial en la técnica de producción legislativa. Aparece el código como el instrumento por esencia llamado a regular una determinada rama del derecho. Por ello Rousseau y Voltaire llaman la atención sobre las bondades de un código simple y concreto, comprensible por todos, con una estructura simple. Por todo esto los ilustrados de Europa continental abogaban por un código e incluso en Inglaterra, Jeremías Bentham se convirtió en insistente propiciador del código para limitar los defectos del sistema del *Common-Law*¹¹.

Además del contorno ideológico que determina la necesidad de la codificación, aparecen otros factores no menos determinantes como fue precisamente el afán de las monarquías de la época de consolidar y concentrar el poder de los monarcas. La codificación se convierte en el arma por excelencia para apoyar el dogma del Estado como pieza clave de la organización política¹².

Aparecen códigos como el prusiano y el austriaco que, con un estilo nacionalista, proclaman su prevalencia sobre otras fuentes del derecho, principalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia y se observa, sobre todo en el último, la huella de la Escuela Racionalista del Derecho Natural.

⁸ **Motilla.** Ob. Cit. Pag. 549.

⁹ **Motilla.** Ob. Ci. Pag. 549.

¹⁰ **Motilla.** Ob. Cit. Pag. 552.

¹¹ **Motilla.** Ob. Cit. Pag. 553.

¹² **Motilla.** Ob. Cit. Pag. 554.

La codificación prusiana es la que primero intenta incorporar el racionalismo en su contenido. Una idea fundamental para apoyar a la naciente actividad de comercio de la cada vez más influyente clase burguesa, donde se garantizará la seguridad del tráfico jurídico. Se realiza en forma sistematizada y estructural del derecho de gentes al estilo de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Federico Guillermo I, con su Edicto de 1713 señaló su decisión de elaborar un código unitario que aglutinase y simplificase los dispersos regímenes del derecho existente en los territorios brandemburgueses. Para el efecto, encargó esta tarea inicialmente a Cristian Thomasio y posteriormente a Samuel von Cocceji. A la muerte de Federico Guillermo I lo sucede Federico II, el príncipe ilustrado y en 1746 encarga al mismo Cocceji, quien presenta un proyecto en 1751 que fue rechazado por demasiado romanismo. Insiste nuevamente el monarca por órdenes de 6 y 14 de abril de 1780 para que se redacte un código de estirpe racionalista y encarga a su canciller la tarea. Este último escoge a Carlos Teófilo Suárez, que dedica su vida al “Landrecht”. Luego de tres proyectos, la constancia de Suárez y el apoyo del monarca, llegan a un código único para todo el territorio prusiano en 1794¹³.

El Código prusiano no obstante sus avances, mantiene apegado a ciertas tradiciones feudales y estancos regulativos diferentes para la nobleza, la burguesía y el pueblo llano; no obstante, lo más grave, es que se afirma como un derecho supletorio, dejando vigentes, las costumbres y estatutos locales, con prevalencia sobre sí mismo.

Por otro lado, en Austria, otro centro de monarquías ilustradas, en los reinados de María Teresa y José II se fue acuñando la idea de un código moderno y luego de un delicado proceso de casi sesenta años, en 1811 aparece el Código austriaco. Fue idea de María Teresa, que en 1753 encargó a una comisión de juristas la unificación del derecho civil. Un primer proyecto de 1766 fue rechazado por la misma emperatriz, por ser demasiado extenso y complejo, recomendando mayor influencia del derecho natural sobre el romano. Muerta María Teresa, su sucesor José II impulsó la codificación, auxiliado por juristas como Martini, Kees y Horten. El proyecto entra en vigencia en 1797 en Galicia. Se retira Martini y una última comisión, con presencia de Séller revisa la obra y en 1811 entra en vigencia el “Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch” o código civil para toda Austria¹⁴.

El Código austriaco con gran influencia kantiana se aleja de las tendencias paternalistas sobre poder, típicas del despotismo ilustrado, notorias en el Código prusiano, buscando en la regulación una mayor libertad y dignidad del individuo¹⁵. Proclama su supremacía sobre cualquiera otra fuente del derecho y supone un mayor grado de técnica y contenido en comparación con el prusiano.

Sin embargo, el Código austriaco no llega a incorporar el liberalismo político y la idea de soberanía popular.

1.2. *La técnica de la codificación.* La técnica de la codificación se sustenta en tres propósitos fundamentales, a saber: la simplificación, la racionalización y la exhaustividad. La simplificación del sistema jurídico se logra regulando las diferentes materias con normas breves y simples, en el menor número posible, dirigido este afán a facilitar su manejo y el conocimiento del derecho, para lograr de tal manera la seguridad jurídica. La racionalización busca introducir al sistema las normas de la lógica, logrando regular las materias con normas sistematizadas, que mantienen sus hilos conductores que inducen a un razonamiento en un orden lógico. La exhaustividad pretende aglutinar en el código todas

¹³ Motilla, ob. Cit. Pag. 555.

¹⁴ Motilla. Ob. Cit. Pag. 557.

¹⁵ Cattaneo, citado por Motilla, ob. cit. Pág. 558.

las normas y aspectos que la determinada materia precise. Hay una función de concentración que lleva a la conveniencia de derogar toda la legislación dispersa sobre la materia y aglutinarla en esta técnica de producción legislativa.

1.3. *El individualismo*. Es el pensamiento imperante en la época de las revoluciones burguesas y en la que se expidió el Código Civil francés. En el individualismo se concibe al hombre como fundamento y fin de todas las leyes, interesa más su libre albedrío que los intereses de la colectividad. El individuo construye su reino absoluto e independiente con base en su libertad, de tal manera que las relaciones jurídicas que crea, solamente pueden ser modificadas por él mismo¹⁶.

El Estado adquiere un papel netamente conservador de las libertades individuales que permanecen en cabeza del individuo.

La filosofía adquiere su saber individualista en los siglos XVII y XVIII estableciendo que el "espontáneo juego de las actividades privadas es la óptima fuente de solidaridad social"¹⁷.

En síntesis, el querer individual se convierte en el principio fundamental, de la vida social y económica, trascendiendo al plano político, reduciendo la función del Estado a la protección de las voluntades y además, postergando su acción frente a la concepción de una voluntad superior y anterior a él¹⁸.

Respecto al derecho, la influencia individualista lo encamina hacia la protección de la libertad individual y su coexistencia con otras libertades. Se garantiza el desenvolvimiento libre de los sujetos con muy escasas limitaciones.

El contrato obviamente no escapa a las influencias del liberalismo, por el contrario, se convierte en la pieza fundamental, alrededor de la cual gira en torno el derecho. Es la construcción suprema del juego de las voluntades. La tesis liberal se basa en la idea de que toda situación jurídica debe nacer necesariamente de un contrato, sólo por vía de excepción podrá surgir de la sola fuerza de la ley¹⁹.

El contrato pasa a ser la base y justificación del ordenamiento jurídico; ya no obliga el contrato porque lo dispone el derecho sino que el derecho vale en cuanto procede de un contrato.

En esa búsqueda de la libertad el contrato queda desprovisto de toda finalidad, interesa más saber si fue libremente pactado un asunto que saber si fue justo.

La instauración del sistema liberal acompañado de un sistema filosófico acorde con él, hizo abandonar todas las estructuras clásicas contractuales, incluso la ética, a favor de la autonomía de la voluntad²⁰.

Así, se asienta el sistema liberal en una serie de instituciones: la libertad individual, que en el orden jurídico se traduce en la autonomía de la voluntad y su consecuencia: el derecho subjetivo; el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, entendido como derecho absoluto para poder gozar y

¹⁶ **Vallespinos**, Carlos Gustavo. *El contrato de adhesión a condiciones generales*. Ed. Universidad Buenos Aires 1984 pág. 85.

¹⁷ **Recasens Siches**, Luis. *Tratado*.

¹⁸ **Vallespinos**. Ob. cit. Pág. 87.

¹⁹ **De Buenlozano**, Néstor. *La decadencia del contrato*. Ed. Porrúa. México, 1986 pág. 88.

²⁰ **Vallespinos**. Ob. Cit. Pág. 87.

disponer de una cosa; el contrato único productor de situaciones jurídicas y la responsabilidad por culpa.

1.4. *El Código de Napoleón*. Es el *code civil ou Napoleón*, producto de la revolución francesa, y por lo tanto, de la Ilustración liberal y democrática, el que expresará el pensamiento liberal que sirve de estructura a la nueva sociedad burguesa. Su influencia se extenderá a todos los países liberales y nacionalistas y marcará una clara distinción con las demás codificaciones.

El 24 termidor del año VIII, el primer cónsul nombró una comisión cuyo encargo fue la redacción del proyecto de código civil, compuesta por cuatro juristas: Tronchet, presidente del tribunal de casación; Bigot-preameneu, comisario del gobierno cerca de la misma jurisdicción; Malleville, juez en el mencionado tribunal; y Portallis, comisario del gobierno cerca del tribunal des Prises. Tronchet fue el presidente y se adelantó el trabajo en cuatro meses²¹.

Luego de las observaciones del tribunal de casación, de los demás tribunales, de las discusiones legislativas en el Tribunado, en el Consejo de Estado, de los rechazos, la reducción de los miembros del tribunal legislativo a instancias del Primer Cónsul, se llega al fin a la ley del treinta ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), que realizó la síntesis de la leyes que venía aprobando varios títulos del código y promulga el código civil como tal. No solamente se limita a consagrar el advenimiento de un derecho nuevo aplicable a todos, sino que, expresamente, en su artículo séptimo, abrogaba el derecho antiguo en bloque, señalando: “*A competer du tour ou ces lois sont executories, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes generales ou locales, les estatuts, les reglaments, cessent d’avoir force de loi generale ou particuliere dans les matieres qui sont l’objet desdices lois composant le present code*”²².

La revolución era total, el antiguo edificio, hecho de piezas y pedazos diferentes, era reemplazado por una construcción “cuya solidez y pureza de líneas debía ser la admiración del mundo entero: y por él y con él se abre un tercer periodo, el periodo del derecho moderno”²³.

1.5. *Los contenidos dogmáticos e ideológicos del Código Civil francés*. Los comisionados utilizaron un gran eclecticismo. Por un lado, consultaron las fuentes del antiguo Derecho Romano, también y en forma preponderante, las costumbres jurídicas francesas. La mayoría de los comisionados eran fervientes consuetudinarios, comenzando por su presidente Tronchet; mientras que el romanismo tenía un solo defensor en cabeza de Portalis. Sin embargo, fue determinante la influencia del Derecho Romano en materia de obligaciones. Las viejas ordenanzas del canciller d’Aguesseau inspiraron la materia de donaciones; la jurisprudencia de antiguos parlamentos determinó la reglamentación de la ausencia, la relación de deudas y extinción del usufructo por abuso; el Derecho Canónico influyó en la reglamentación del matrimonio. La construcción del código utilizó los más sólidos materiales en su confección y los comisionados consultaron frecuentemente al celebre jurista Photier que fue “el guía habitual de los redactores del código civil”. Sus obras fueron transcritas en apartes frecuentes debido a

²¹ **Jooserand**, Louis. Curso de derecho Civil Positivo Francés. Vol I. Traducción Lucrecio Jaramillo Vélez. Ed. Jaramillo & Sanin. Medellín. 1977. Pág. 39.

²² “A contar del día en que estas leyes sean ejecutoriadas, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos dejan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de la Leyes que componen el presente código”.

²³ **Josserand**, Ob. Cit. Pág. 43.

su precisión y claridad²⁴. No fueron pocas las intervenciones del primer cónsul en el seno de la comisión.

Los conceptos de separación de poderes, democratización del poder legislativo y primacía de éste sobre el ejecutivo, defensa de los derechos del hombre, y en general, todo el contenido político de la Revolución Francesa que sigue las huellas de la Ilustración liberal, se reflejan en el Código de Napoleón de 1804²⁵ y abren una evidente brecha con los demás códigos de las monarquías ilustradas.

El espíritu del Código de Napoleón se construye sobre las principales reivindicaciones de la revolución en el ámbito del derecho: la consecución de la primacía de la ley, formulada en términos claros y precisos, sobre las demás fuentes de derechos; el laicismo del derecho y el supremo poder del Estado sobre la vida social; el individualismo afirmado desde la doble perspectiva de las declaraciones de derechos humanos y como principio jurídico que convierte a la voluntad personal en el factor modificativo de las relaciones; la propiedad, valor fundamental de la burguesía, cuyo tráfico se liberaliza y se garantiza su titularidad; y la igualdad en los derechos civiles de los ciudadanos²⁶. Indudablemente, el Código napoleónico se proyecta como una codificación revolucionaria frente a los restos del corporativismo feudal pasado y a los demás códigos civiles de la época; por ello se convierte en modelo para los países que ingresaban en el sistema de la sociedad liberal burguesa.

En opinión de Josserand el Código Civil constituye un modelo de sabiduría y moderación y sus redactores supieron resistir a toda exageración, a toda pasión; fueron árbitros y no luchadores. Aunque se inspiraron ampliamente en las ideas revolucionarias y consagraron las conquistas realizadas por ese gran movimiento que había sucedido al país: igualdad de todos ante la ley; supresión de las clases sociales; inviolabilidad de la persona humana; secularización del derecho; libertad del suelo con respecto a las cargas que lo habían oprimido en el anterior régimen; encontraron un justo medio entre la concepción feudal y la revolucionaria; los redactores realizaron una obra de sabiduría y de equilibrio social²⁷.

No obstante, la pretensión reformista es moderada en ciertas materias, ingresando elementos y conceptos romanistas y de la tradición jurídica francesa como la influencia del pensamiento de Jean Domat y la célebre construcción de Robert Joseph Pothier sobre el derecho de obligaciones y de los contratos.

1.6. *El contrato en el Código napoleónico*. En esta materia, el Código de Napoleón encumbró la libertad humana, considerando el acuerdo de voluntades como una ley para los contratantes. Esta concepción, según Vallespinos²⁸ llevó a la máxima expresión el principio del consentimiento contractual como base de todo el sistema establecido para los contratos.

²⁴ **Josserand**. Ob. Cit. Pág.46.

²⁵ **Motilla**, ob. cit. Pág. 558.

²⁶ **Gómez Arbolea**, citado por Montilla ob. cit. Pág 558.

²⁷ **Josserand**. Ob. Cit. Pág. 48.

²⁸ Ob. cit. Pág. 101.

Observemos sus aspectos más sobresalientes:

- El principio de la autonomía de la voluntad es la pieza fundamental de toda la vida social; los individuos son los dueños de sus actos, de tal manera, que solamente ellos intervienen en sus decisiones.
- El contrato es un acto jurídico generador de obligaciones, donde la regla es el consensualismo y el formalismo la excepción.
- Sólo se pone límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto está en juego el orden público o las buenas costumbres.
- El consentimiento será válido únicamente cuando esté libre de error, violencia o dolo (artículo 1109). Sólo cuando el error se refiere a la sustancia de la cosa afectará la validez de la convención (artículo 1110). La violencia determinará la nulidad si se ejercita en contra de quien se obliga, aunque provenga de un tercero (artículo 1111). El dolo provocará la nulidad cuando las circunstancias hagan evidente que sin las maniobras realizadas por una de las partes, la otra no habría contratado (artículo 1116). El error, la violencia y el dolo producirán únicamente la nulidad relativa.
- La lesión no vicia el consentimiento, salvo en ciertos contratos y respecto de ciertas personas (artículo 1118).
- El artículo 1101 señala que el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, hacer o no hacer, alguna cosa. Sigue así las clásicas enseñanzas de Domat y Pothier. Como consecuencia de este principio, el artículo 1134 estableció como fuente de derecho las convenciones legalmente firmadas.
- Armónicos con el postulado, la policitud no puede producir obligación alguna hasta tanto no ocurra la aceptación.
- En materia de interpretación se establece que habrá que estar más a la voluntad común de las partes que al texto literal de los términos en que el contrato se hubiese redactado (artículo 1156) y, en caso de duda, el convenio se interpretará en favor de quien se obliga y en contra del acreedor de la obligación. (artículo 1163).

En resumen, puede decirse que el Código de Napoleón encumbra la libertad humana al punto de declarar que el contrato tiene categoría de ley entre las partes, con límites excepcionales como son el orden público y las buenas costumbres. (artículos 1118 y 1674).

En la estructura jurídica del Código de Napoleón, las ideas de libertad e igualdad jurídica, heredadas de la revolución de 1789, constituyen los pilares del contrato que llega a considerarse como necesariamente justo su resultado, si las voluntades fueron emitidas libremente.

El *code civil*, máxima obra de la juridicidad francesa, redactada tan sólo en cuatro meses por dos prácticos del derecho consuetudinario (*Tronchet y Bigot de Preameneu*) y dos juristas (*Portalfi y Maleville*) elegidos por Bonaparte, conjuga la influencia romana y el derecho de las costumbres, acoge el pensamiento liberal imperante en la época y marcará una influencia decisiva de las futuras codificaciones de Occidente.

1.7. *De la crisis del liberalismo a la problemática actual.* Afirma un autor que la historia del contrato está asociada, sin duda alguna, a la historia de la libertad²⁹. Pero sin duda, esa libertad convertida en dogma en el Código de Napoleón, muy pronto se convierte en el pretexto para que los hombres exploten a los demás hombres.

Muchos son los hechos que acentúan la crisis del sistema liberal. La revolución industrial inglesa y la misma revolución francesa, encadenaron una serie de conflictos que el sistema liberal instaurado no supo resolver; el paso de la economía agraria a la industrial desencadenó desórdenes fundamentales en la organización social.

En el campo de la libertad contractual, comienzan a observarse hechos que hacen que tal libertad sea meramente formal. Los grandes capitales formaron monopolios y manipularon la oferta y la demanda; la empresa económicamente más potente podía entonces, determinar unilateralmente y para su propio interés, el contenido y las circunstancias del negocio y desplazar los riesgos a otra cabeza diferente a la suya.

En el campo de la responsabilidad civil, la empresa podía desarrollar cualquier actividad y sólo respondía de dolo o culpa, situación que se convertía en evidente desequilibrio en favor de quienes creaban el riesgo.

La sociedad se masifica y como consecuencia aparecen nuevas características para la contratación: el anonimato de los sujetos que intervienen y la mecanización de sus actos. Con esto se hace más notoria la diferencia de fuerzas entre los intervinientes en las actividades negociables, en el campo civil se observa el contratante fuerte y el débil; en el contrato laboral, patrón y obrero; y en el comercial, empresario y consumidor o usuario³⁰.

También aparecen técnicas de mercadeo no muy ortodoxas que condicionan al consumidor, le crean necesidades artificiales y por medios publicitarios se influye en su psiquis para aumentar su propensión hacia la adquisición.

La fabricación en serie y en gran escala, a menudo, sufre defectos de calidad que ponen en peligro la seguridad del usuario.

Se elaboran marcos falsos de confianza en empresas, que a la postre son utilizados para atraer el ahorro del público y se suceden grandes insolvencias que afectan una gran parte de la sociedad.

Se establecen mecanismos de financiación a altos costos, que determinan al ciudadano al consumo sin capacidad, y lo colocan en un endeudamiento irreversible.

En fin, se establece un esquema negocial uniforme e inequitativo para que los consumidores se adhieran³¹ y en él, la parte preponderante económicamente se exonera de responsabilidad o la reduce, elimina los riesgos de su cabeza, coloca multas exorbitantes, etc.

²⁹ De Buenlazano. Ob. Cit. Pág. 297

³⁰ Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, A. Gabriel. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Depalma. Buenos Aires 1985. Pág. 3.

³¹ Stiglitz y Stiglitz, ob. cit. Pág. 3.

El capitalismo liberal, como sistema económico-político, no puede dar solución a toda la problemática que se originó a partir de su implantación. Por ello, se desencadenan nuevas corrientes de pensamiento, las que, en algunos casos se han impuesto, más que por su idoneidad para resolver los conflictos, por la impotencia del régimen liberal para atender a todos los desperfectos y desviaciones del sistema.

De allí en adelante, las nuevas formas de pensamiento se fundamentarán sin lugar a dudas en lo social.

1.8. *La doctrina de León Duguit y la función social del derecho.* Un aporte decisivo para la concepción de un derecho social la entrega León Duguit. Durante los meses de septiembre y octubre de 1911, dicta una serie de conferencias en Buenos Aires que denomina "Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón".

Duguit señala en su obra cómo la realidad del mundo está lejos de las metas que se propuso el individualismo. Afirma el profesor que la Declaración de los Derechos del Hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos descansan en una concepción esencialmente socialista; advirtiendo que emplea esa palabra porque no tiene otra, pero sin que implique en su pensamiento ninguna adhesión a un partido socialista dado³².

Agrega que el sistema jurídico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Código de Napoleón, descansa en la concepción metafísica del derecho subjetivo³³. Pero que la noción de derecho subjetivo se encuentra totalmente arruinada y con razón puede afirmar que es una noción de orden metafísico, que no puede sostenerse en una época de realismo y de positivismo como la nuestra³⁴. Añade, que sobre esa concepción artificial y caduca del derecho subjetivo, es sobre la que tales legislaciones y la mayor parte de las obligaciones modernas han establecido todo el sistema jurídico³⁵.

Para el profesor Duguit, la idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad³⁶. Esa idea del hombre aportada por el individualismo tampoco es correcta, el hombre es un ser social, vive en sociedad y siempre lo ha hecho.

"El individuo no puede tener derechos, más que cuando vive en sociedad y porque vive en sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada. Y como por otro lado hemos visto que en realidad el hombre social no puede tener derechos subjetivos, todo el sistema jurídico fundado en la noción del derecho subjetivo y sobre la concepción individualista, se derrumba, arruinado por su misma base"³⁷.

El profesor explica además, que avanza la elaboración de un sistema nuevo que, lentamente, bajo la presión de los hechos, viene a reemplazar al antiguo sistema; todo a pesar de la no intervención del

³² **Duguit.** León. Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. Ed. F. Beltrán. Madrid 1920. Págs. 23-24.

³³ **Duguit.** Ob. cit. Pág. 24.

³⁴ **Duguit.** Ob. cit. Pág. 29.

³⁵ **Duguit.** Ob. cit. Pág. 30.

³⁶ **Duguit.** Ob. cit. Pág. 34.

³⁷ **Duguit.** Ob. cit. Pág. 35.

Legislador y en algunas ocasiones de su intervención en contra. Ese nuevo sistema en construcción descansa en una concepción exclusivamente realista, que elimina poco a poco la apreciación metafísica del derecho subjetivo: es la noción de función social³⁸. Los conceptos de libertad y de derecho subjetivo deben ceder su lugar a la función social. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad que ya no es un derecho sino una función social. Los hombres están obligados a desempeñar una tarea en la sociedad, no tienen el derecho de ser libres, sino la obligación social de obrar, de cumplir su misión social. El Estado deberá proteger toda actividad humana dirigida a ese fin y castigará todos los actos que le sean contrarios. Se debe aplicar, en consecuencia, la ley de la solidaridad social que es la ley fundamental de todas las sociedades modernas.

La autonomía de la voluntad, concebida como un elemento de la libertad en general, un elemento de la libertad jurídica y como el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito, también está destruida por los hechos y el derecho moderno le debe edificar sobre el fundamento de la función social. Como consecuencia, las nociones de acto y de situación jurídica deben transformarse³⁹.

En el campo contractual, Duguit anota una serie de ejemplos, que no obstante la denominación que se les da de contratos, no merecen tal calificativo: muchos casos en los que la situación jurídica se produce en la vida moderna, aunque el acto del cual precede no tenga verdaderamente el carácter de contrato. Sin embargo, los juristas dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos que no conoce el derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho del contrato; y han realizado esfuerzos prodigiosos de sutileza escolástica para demostrar que todos esos nuevos actos se refieren en último término a los contratos. Naturalmente, no lo han conseguido; no podían conseguirlo, porque no podían demostrar que una cosa, que no es realmente un contrato, lo sea. Por lo demás, ellos mismos han reconocido el hecho agregando un epíteto a la palabra contrato, que hubiera sido evidentemente inútil por completo si en realidad fuera un contrato. Así hablan de "contratos de adhesión", "contratos de taquilla", "contratos colectivos", "contratos de colaboración", cosas estas que no son contratos⁴⁰.

En el llamado contrato de adhesión Duguit no ve más que una sola declaración de voluntad. En su opinión, no estamos frente a un contrato clásico. No existen dos voluntades en presencia una de otra que entran en contacto y se ponen de acuerdo. Las dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato. Tenemos una voluntad que, en efecto, ha establecido un estado de hecho de orden general y permanente, y otra voluntad que quiere aprovecharse de ese estado de hecho⁴¹.

Mucho se puede discrepar de las tesis del profesor de la Facultad de Burdeos, pero hay que reconocerle el mérito de haber enfrentado abiertamente el sistema liberal y de dar pasos fundamentales para lograr la solidaridad y la justicia social como finalidades del derecho.

1.9. *La época del derecho social y sus repercusiones en el contrato.* A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, surge todo un movimiento tendiente a desmontar del sistema jurídico, tanto público

³⁸ Duguit. Ob. cit. Pág. 35.

³⁹ Duguit. Ob. cit. Pág. 99.

⁴⁰ Duguit. Ob. cit. Pág. 140.

⁴¹ Duguit. Ob. cit. Pág. 142.

como privado, aquellas instituciones que servían para sustentar los desmanes que facilitaba el liberalismo.

Este movimiento se extiende por todos los países occidentales y abarca en el ámbito del derecho público una revisión de las funciones del Estado, para que atienda no solamente las necesidades de la sociedad en general. El derecho privado, por su parte, se altera en el mismo momento en que el individuo comienza a ser regulado en su convivencia social⁴² dentro de un marco de solidaridad.

Ya en el siglo XX todos los fenómenos que perfilan la crisis del estado liberal, se agudizan ante las grandes conflagraciones mundiales y el período de la postguerra.

Toda la doctrina se vuelca hacia distintos postulados socializantes que empiezan a consagrarse en leyes y en nuevos códigos, como el italiano de 1942.

La aparición del derecho social, con la creciente intervención del Estado en la actividad económica fue debilitando paulatinamente la vigencia de los postulados fundamentales del liberalismo: la libertad contractual y la fuerza obligatoria.

El contrato pasa de ser un asunto de interés particular a ser un asunto de interés social que el Estado no puede descuidar⁴³.

Las teorías de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad implantadas por el liberalismo en casi todos los códigos del siglo XIX quedan obsoletas ante el avance de la concepción social. La nueva concepción de la función del derecho, opone a la teoría liberal del contrato varias cortapisas: "El contrato sólo puede obligar en lo que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración" (teoría de la declaración), y "los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a lo que la voluntad contractual se extiende sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios"⁴⁴.

En este nuevo momento de su historia, el contrato sufre una limitación al principio de autonomía de la voluntad, que incidirá en la interpretación de su contenido y que procurará nuevas legislaciones e intervenciones del Estado en aras de regular los intereses de la comunidad en general. En opinión de Spota, se puede hablar de "función social del contrato y de los contratantes"⁴⁵.

En adelante el contrato deberá atender a todos los intereses sociales en juego, por ser precisamente el instrumento fundamental que tienen los individuos para atender a sus diferentes requerimientos y necesidades. Así lo advierte Mosset cuando señala:

"el contrato no puede ser el reino del egoísmo de puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social"⁴⁶.

⁴² Vallespinos Ob. cit. Pág. 161.

⁴³ Vallespinos. Ob. cit. Pág. 174.

⁴⁴ Marín Pérez, Pascual. Lo crisis del contrato. Ed. Reus. Madrid. 1964. Pág. 7.

⁴⁵ Spota, Alberto. *Instituciones de derecho civil. Contratos*. Depalma. Buenos Aires. Pág. 36.

⁴⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. *Justicia contractual*. Ediar. Buenos Aires, 1977. Pág. 79.

2. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL EN LA CONTRATACIÓN

Lo que debe pretenderse en todo estudio sobre la transformación del derecho en definitiva, para utilizar la expresión de Garrigues, es poner en armonía la ley y la vida; es decir, se debe tratar de solucionar esa antinomia de que hablara Ascarelli, cuando se refería a la "tipología jurídica" y la "tipología de la realidad"; en el fondo, toda reforma debe consistir en tratar de armonizar estas dos cosas.

Por ello, propongo observar ambas cosas separadamente, la realidad y la regulación legal, para que concluyamos en cuánto se alejan o aproximan.

Observando la sociedad actual podemos apreciar claramente las notas que caracterizan las relaciones negociales de los diferentes sujetos.

2.1. El escenario es una sociedad de consumo, caracterizada por la masificación de los negocios y del obrar humano. Todo, producto de la formación de los grandes centros urbanos. El derecho que se aplicaba en el siglo XIX, además de estar inspirado por finalidades y objetivos muy diferentes a los que ahora deben moverlo, estaba elaborado para una sociedad muy distinta, donde se observaba una acción jurídica mucho más lenta y más meditada. El fenómeno de la producción industrial en masa, posiblemente, como lo señalara Jaspers, es el dato más característico de nuestra época.

2.2. Existen fuerzas económicas que son las grandes productoras de los bienes y servicios que se imponen como necesidades primordiales para el individuo moderno. Las grandes empresas, por sus mismas necesidades de circulación económica y además por la constante demanda que supone la sociedad, mecanizan su actividad, fabrican en serie y en gran escala.

La gran empresa irrumpe en el mundo de las relaciones económicas y con su presencia se presenta la crisis del principio de la autonomía de la voluntad⁴⁷.

2.3. La tecnología se impone en todos los sistemas de producción y de circulación económica y se renueva a una velocidad exagerada. Muchos productos llegan al consumo cuando las empresas están disponiendo su reemplazo por obsolescencia.

2.4. La circulación de los productos y servicios tiene que efectuarse también en forma masiva y acelerada. Aparece la mecanización de los negocios jurídicos y el anonimato en las personas intervinientes. El ambiente en que vive el hombre podría denominarse "ambiente típico", al cual se adecua en forma vertiginosa. También las manifestaciones contractuales se impregnan de la colectivización y aparecen los "contratos tipo" o "contratos de masas".

Como vigorizante y modernizante para la contratación mercantil se presenta la llamada transferencia electrónica de fondos. El manejo de dinero efectivo que, a fin de cuentas, es la única especie liberatoria de las obligaciones dinerarias, adquiere nuevas modalidades, como la transferencia electrónica⁴⁸, que a su vez presenta riesgos no resueltos para los usuarios.

⁴⁷ **Suárez Llanos - Gómez**, Luis. Bases para una ordenación del derecho de la contratación mercantil. La reforma de la legislación mercantil. Ed. Civitas. Madrid 1979 pág. 283.

⁴⁸ **Peña**, Gilberto. Algunos aspectos de la moderna contratación contractual. Foro nacional de notariado y registro. Cartagena. Mayo de 1986.

2.5. Artificialmente se crean necesidades masivas, generalizadas mediante la acción de la publicidad. La agilización y generalización de los grandes medios de comunicación contribuye a influir al consumidor psicológicamente para hacerlo propenso al determinismo de la propaganda.

2.6. Se observa un necesario y marcado intervencionismo estatal en todas las actividades productivas y económicas. El Estado acoge como cometido la tutela del interés general. Se acentúa la presencia del Estado en las tareas de organización de la vida colectiva y, singularmente, en la ordenación de las relaciones sociales enmarcadas en los ciclos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

No obstante, para las relaciones de derecho privado, la normatividad sigue rezagada en el proceso de actualización a los nuevos momentos que vive la sociedad.

2.7. Toda la transformación que ha experimentado la vida en sociedad introduce modificaciones en la forma de relación negocial. Se estandarizan muchos contratos, aparecen formas contractuales preimpresas por las grandes empresas, en las cuales solamente interviene el usuario para manifestar su adherencia; se observa claramente la predisposición a un esquema negocial unilateral uniforme e inequitativo algunas veces para quienes se adhieren a él.

Se presenta también un vacío legal en cuanto a la regulación de una serie de figuras contractuales nuevas, que ha impuesto la realidad del comercio, por tanto gozan de tipicidad social, tales como el *leasing*, *factoring*, *engineering*, *franchising*, para citar algunas.

2.8. Cada día se aumenta la situación de inferioridad de la persona frente a las grandes concentraciones de capital que han acaparado el mercado de la oferta de contrato. Pero se agrava aún más con el hecho que los empresarios no han alternado en el sistema de la libre competencia, sino que realizan concertaciones y se agrupan alrededor de determinadas pautas de contratación, de tal manera que las condiciones de la oferta aparecen estandarizadas frente al consumidor.

Ahora observemos la regulación jurídica para los tratos negociales:

- El sistema jurídico imperante data del siglo XIX, adaptado a las circunstancias sociales, económicas y políticas de ese medio ambiente. "El derecho obedecía la realidad en ese período de la historia"⁴⁹.
- La solución que presenta el derecho frente a este panorama es un sistema jurídico tradicional, fundado en la escuela del liberalismo, fiel garante de la libertad económica y que predica la igualdad frente al contrato y las formas negociales, de donde parte para la interpretación misma de los tratos. Ese sistema se presenta ostensiblemente insuficiente para regular las situaciones de desequilibrio creadas por el consumo e impotente para establecer una igualdad real.
- También, queda por establecer si las antiguas categorías contractuales del sistema clásico siguen vigentes todavía y si logran encuadrar en ellas las nuevas relaciones que impone la vida social. Caracteriza nuestros días, en opinión de Vallespinos⁵⁰, la estandarización de las relaciones jurídicas, la manifestación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los

⁴⁹ Vallespinos. Ob. cit. Pág. 181.

⁵⁰ Ob. cit. Pág. 207.

aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, la presencia de ofertas oligopolio o monopolísticas, etc. Ninguno de estos fenómenos los contempla nuestro sistema jurídico tradicional.

- La libertad jurídica en los contratos ha decaído y solamente se manifiesta, en la mayoría de los casos, en uno solo de los sujetos de la relación jurídica contractual. Para el adherente, esa libertad existe solamente para decir si contrata o no contrata, con la advertencia que, en muchos casos, ni siquiera conserva esa posibilidad de decisión. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido del contrato; el contratante de superioridad económica no le permite la discusión del esquema que las regulará en el futuro.
- En la actualidad, la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, que dispone de recursos para negociar, son estándar. Por ejemplo, los que realice para tomar un bien en arrendamiento donde vive o donde pasará sus vacaciones; para transportarse por los diferentes medios; los de compraventa en su gran mayoría, como cuando compra un carro; para abrir una cuenta corriente o de ahorros; para obtener un seguro de vida; para comprar víveres en un supermercado; para ver una película o para parquear un carro; para comprar muebles y enseres; para cubrir necesidades de seguridad u otros servicios. No exageraríamos si afirmamos que casi todos los contratos del hombre corriente son contratos por adhesión⁵¹.

Todo el panorama que presentan estas reducidas notas necesariamente invitan a reflexionar sobre varios aspectos: definitivamente el Estado contemporáneo tiene que atender a nuevos cometidos para equilibrar la posición jurídica de los particulares en su actividad negocial; de otro lado se tienen que buscar las fórmulas adecuadas para que esa protección sea efectiva.

"El derecho debe ajustarse a los hechos. Si las normas del orden público son violadas de una manera constante por el conjunto de la población, hay que cambiarlas", es la opinión de Carbonnier, y a tal empeño debemos dirigir nuestros esfuerzos.

Es momento para plantear como interrogante si el moderno tráfico de bienes encuentra en el contrato la respuesta adecuada del ordenamiento jurídico y de precisar hasta qué punto el régimen jurídico unitario de la contratación subsiste o puede subsistir tras el impacto que le ocasiona la constante intervención del Estado⁵².

El contrato ha dominado por mucho tiempo el mundo de las relaciones humanas y concretamente el de la circulación de bienes y servicios. Esta circulación ha tenido en el contrato su cauce jurídico por excelencia, logrando una gran fluidez, precisamente por estar rodeado éste de toda la protección liberal, asentado sobre la declaración de voluntad como causa de sus efectos jurídicos. Esa voluntad, libremente manifestada, ha inspirado el mundo económico y ha determinado sus avances; esa voluntad es reconocida por el derecho como fuente creadora del mismo con las solas limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres.

Pero cuando nos encontramos con una relación de intercambio diferente, caracterizada por las notas anteriormente enumeradas, la reglamentación deja de ser pertinente; el concierto de las voluntades no es armónico y la relación que se presenta entre los sujetos deja de ser un acuerdo de voluntades. Como

⁵¹ Cepeda, Manuel José. *Revista de Derecho Civil*. N° 3. Universidad de los Andes. Noviembre de 1985. Pág. 8.

⁵² Suárez - Llanos. Ob. cit. Pág. 287.

lo señala Suárez-Llanos⁵³, en estos casos contratar es, en realidad, aceptar colocarse en un situación que producirá efectos jurídicos; pero unos efectos jurídicos que no serán fruto de una voluntad autónoma, de un auténtico acuerdo, sino de una voluntad heterónoma que tiene sus raíces o en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso.

3. LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

Como un hecho indiscutible se presentan en el tráfico económico contemporáneo unas claras transformaciones en la contratación civil y mercantil.

3.1. Contrato por adhesión a condiciones generales

Esta modalidad contractual se encuentra indiscutiblemente vinculada a la sociedad de consumo, y ésta a su vez, se encuentra relacionada de manera semejante a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios⁵⁴.

El tráfico en masa se ve estimulado por la multiplicación del número de consumidores en los grandes centros urbanos y por los medios masivos de comunicación que extienden la necesidad del consumo hacia los lugares mas apartados. El tráfico económico se convierte en un tráfico en masa, acelerado y estimulado por las constantes demandas del consumidor.

La circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie, no encaja en las estructuras tradicionales de negociación. Por lo pronto, la etapa de formación donde las partes tenían oportunidad de discutir las condiciones del acuerdo, queda superada. La contratación en masa requiere otro "ritmo que sólo permite la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación"⁵⁵. Se limita la intervención de las partes, pues el examen del contenido del contrato queda reemplazado por la mecánica, consistente en formularios preimpresos redactados por la empresa, con disposiciones manifiestamente favorables a sus intereses y con detrimento para la parte débil del negocio. La uniformidad en el goce y cambio de las cosas y servicios conduce a la fungibilidad de los contratos⁵⁶.

En este proceso hacia el contrato es manifiesto que si el rol de la voluntad del consumidor queda reducida a nada, no participa en lo que será el esquema o contenido del contrato. La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratista detentador de la "fuerza económica" ha preparado con debido cuidado y viene utilizando con anterioridad y piensa utilizarlo en el futuro. Será la práctica y algunos fallos judiciales desfavorables a sus intereses, los que le inviten en un futuro a incluir algunas modificaciones que seguramente realizarán su departamento jurídico pero en las cuales no intervendrá ninguno de los consumidores.

Esta forma de contratar impone al consumidor o usuario a tomar o dejar el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones tendrá que aceptar aún contra su voluntad, porque la empresa es monopolista o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales.

⁵³ Suárez - Llanos. Ob. cit. Pág. 296.

⁵⁴ Stiglitz-Stiglitz. Ob. cit. Pág. 47.

⁵⁵ Stiglitz-Stiglitz. Ob. cit. Pág. 48.

⁵⁶ Stiglitz-Stiglitz. Ob. cit. Pág. 48.

En este tipo de contratos no podemos apreciar a plenitud la "libertad contractual" que, según Larenz, supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello queda afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter judicialmente obligatorio mediante un concierto libremente establecido⁵⁷. No observamos esta libertad, pues una voluntad depende del arbitrio de la otra. Para esta última, la cuestión es bien simple, ¡lo toma o lo deja!

El contrato por adhesión es un supuesto típico de desplazamiento del principio de la libertad contractual⁵⁸.

Esta clase de contratación se impone en la vida moderna, y a pesar de lo mucho que se elaboró en el siglo XX y se viene discutiendo en los inicios del presente sobre su desarrollo y perfil legislativo, la realidad es que se trata de un tema en evolución, que es preciso delimitar para dar soluciones jurídicas a los desequilibrios que plantea.

3.2. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales

Desde 1901, año en el cual Saleilles introdujo el término contrato de "adhesión" en el romance jurídico, se ha seguido toda una polémica por definir lo que debe entenderse por este tipo de contratos. El mismo término utilizado se ha discutido; algunos prefieren la denominación de contratos estándar, o contratos a condiciones generales, contratos tipo, contratos reglamento, contratos autorregulatorios, etc.

La discusión se ha extendido a establecer si son en realidad contratos, o más bien actos unilaterales y han surgido tesis eclécticas para explicar su naturaleza jurídica. Algunos prefieren hablar de relaciones obligatorias más bien que de contratos forzosos, que son similares a las que derivan de un contrato, pero que no tienen su causa en un contrato sino en un acto de soberanía estatal (Diez-Picazzo); para otros es mejor utilizar la noción de "relaciones contractuales de hecho", explicando que son unas relaciones jurídicas, en todo iguales a las contractuales, sin que en su origen pueda encontrarse un verdadero contrato, llamadas por la doctrina alemana "prestaciones del tráfico en masa" (Haupt); se llegó a introducir en la dogmática de la fuente de las obligaciones, la categoría de "la conducta social típica", que se entiende como un comportamiento social del que derivan unos efectos jurídicos semejantes, aunque no iguales, a los que se asignan al contrato (Larenz).

La realidad es que con este tipo de contratos queremos hacer clara diferencia de aquellos preestipulados, en los cuales participan ambas partes en su elaboración y discusión o al menos pueden hacerlo en pleno ejercicio de su libertad contractual.

Observemos algunos de estos enfoques y encontraremos en todos ellos la idea común que venimos planteando:

- Saleilles decía a principios del siglo XX:
- "Indudablemente hay contratos de contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer;... se les podría llamar, a

⁵⁷ Larenz, K. Derecho de obligaciones. Ed. R.D.P. Madrid. Pág. 65.

⁵⁸ Stiglitz-Stiglitz. Ob. cit. Pág. 49; con este tipo de contratos se rompe el modelo de corte individualista en cuanto a la formación del negocio jurídico.

falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes, no ya sólo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo".

- En opinión de Le Pera⁵⁹, en sentido estricto, contrato de adhesión parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra.
- Messineo define el contrato por adhesión como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.
- Algunos autores parten para sus estudios del concepto de condiciones generales, estrechamente vinculado al de esta clase de contratos.
- Para García Amigó⁶⁰, por condiciones generales de los contratos designamos la serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vista a la celebración de una serie indefinida de contratos que al ser aceptada por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas deseen crear, estableciendo su contenido normativo, y, por efecto reflejo, el contenido obligacional subjetivo, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias.
- Federico de Castro y Bravo⁶¹ ofrece su concepto sobre condiciones generales: "Bastará a nuestro objeto decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar".

4. PROBLEMAS Y VENTAJAS DE LA CONTRATACIÓN ESTÁNDAR

Los principales problemas que plantean los contratos homogéneos son afrontados con un sistema jurídico tradicional que no fue establecido para ellos.

Observemos algunos de los problemas e inconvenientes que se presentan con este tipo de pactos:

- Como una de las partes redacta y otra adhiere, ¿podrá decirse que el segundo actúa con libertad contractual? ¿Podrá afirmarse que el adherente dio su voluntad al contrato estándar? ¿Se encuentran las partes en una posición de igualdad contractual?
- Como la parte que detenta la fuerza económica redacta y tiene por su actividad de empresa, generalmente, una adecuada asesoría técnica y jurídica, aprovecha el vehículo de las condiciones

⁵⁹ Según Le Pera. Cuestiones de derecho comercial moderno. Astrea. Buenos Aires 1974. pág. 271.

⁶⁰ García Amigó, M. Condiciones generales de los contratos. Revista de Derecho Privado. Madrid 1969.

⁶¹ Las condiciones generales de los contratos y la eficiencia de las leyes. Civitas. Madrid. 1985 Pág. 12.

generales para reforzar su lugar en el contrato y debilitar al adherente, siendo este punto el mayor de los peligros que presenta el contrato de adhesión⁶² ¿Valdrán las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad y las obligaciones del empresario? ¿Qué puede hacerse con las cláusulas onerosas para el adherente?

- En la práctica las condiciones generales contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del derecho logra entenderlas⁶³. Muchas cláusulas además de estar redactadas ambiguamente o en forma ininteligible, aparecen en letra menuda que no lee el adherente o que llega a conocer después de firmado el contrato o no se conoce de su existencia⁶⁴.
- Muchas cláusulas también las redacta el contratante prevalente pensando en supuestos excepcionales de modo que no siempre el resultado encaja en ellas, y por el contrario, se presenta desmesurado y ajeno al propósito del redactor.
- Sucede, a veces, la concertación de empresas para redactar las condiciones generales, y de esta manera, unificar sus esquemas contractuales frente al usuario en general.
- También ocurre la presencia de cláusulas técnicas establecidas por el estipulante, quien conoce perfectamente su oficio y que son una desventaja para el adherente, que es un hombre medio y no las entiende.
- Pero desde otras ópticas jurídicas, los problemas y dificultades que plantean los contratos de adhesión no son menos en cantidad y densidad ¿Podrán los jueces con fundamento en el sistema jurídico tradicional, echar por tierra, algunas de estas cláusulas abusivas? ¿Debe considerarse obligatorio el contrato con este tipo de cláusulas? ¿Responden las razones de invalidez del negocio jurídico tradicional a este tipo de abusos? ¿La concepción tradicional de los vicios del consentimiento, será suficiente para lograr la equidad en este tipo de relaciones jurídicas?
- ¿Son los contratos de adhesión en realidad contratos? ¿Serán actos unilaterales? ¿Será un negocio de base contractual y de fondo reglamentario?
- ¿Tendrá algún sentido continuar hablando de contrato cuando una de las partes está obligada a contratar? ¿Podrá decirse que el ciudadano que utiliza un bus urbano para transportarse celebra un contrato de transporte o celebrará un contrato el ciudadano que adquiere una cajetilla de cigarrillos en una máquina automática, acude al autoservicio en las grandes cadenas de almacenes, o podrá afirmarse que hay contrato en la relación de seguro que se establece en algunos países en forma obligatoria en materia de responsabilidad automoviliaria?
- Las reglas tradicionales de interpretación de los contratos están elaboradas para una contratación en pie de igualdad y se presentan ineptas para aplicarse en una contratación a condiciones generales o estandarizadas, que de suyo, sabemos desequilibrada. Nos preguntamos si podemos sustraernos a dichas reglas y podrán los jueces encuadrar este tipo de situaciones en otras pautas de interpretación, acuñadas en la buena fe, o en principios generales como el abuso del derecho.

⁶² **García Amigó**, Ob. cit. Pág. 28.

⁶³ **De Castro y Bravo**, Federico. Ob. cit. Pág. 19.

⁶⁴ **García Amigó**, Ob. cit. Pág. 29.

La premisa sentada en el Código de Napoleón, que consagra la mayoría de los códigos occidentales para interpretar en favor del adherente⁶⁵, es inocua e insuficiente.

Dice la norma lo siguiente:

"Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes... se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

La realidad es que tales cláusulas no son ambiguas sino muy claras⁶⁶; su problema no es que sean ambiguas, sino que son abusivas para la parte que adhiere al convenio. Así las cosas, la norma no es pertinente, no viene al caso por no tratarse de un problema de oscuridad o ambigüedad que debe dilucidarse por la vía de la interpretación de la cláusula. Es un problema de contenido contractual de justicia en una de sus disposiciones que aparece groseramente a favor de, o recargada para una de las partes.

Estos son algunos de los problemas que plantea la contratación por adhesión o estandarizada, o a condiciones generales según se le quiera llamar.

Pero la realidad hay que aceptarla. El hecho económico debe atenderse y el derecho está llamado a adecuarse al momento. Muchas de las dificultades y problemas enrostrados son reales y otros aparentes. No debemos esgrimir como premisa que este tipo de pactos son indispensables en el tráfico económico contemporáneo, es una premisa que no está en duda. Corresponde al derecho ofrecer las vías para su control. No creo que estemos, como decía algún autor, ante la muerte del contrato.

"¿Cómo hablar de la crisis del contrato, cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se abulla se contenido obligatorio?"⁶⁷, decía el profesor Risolía.

En otras palabras ¿existe tal muerte del contrato? ¿No será más bien que la sociedad se transforma, que la vida moderna es más compleja y que deben amoldarse nuestras instituciones a los nuevos momentos en que se vive?

Para el profesor Vallespinos⁶⁸, el contrato estructuralmente está en crisis porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones, sin embargo esa voluntad no está aniquilada. El contrato simplemente ha variado las bases sobre las cuales asienta su misión y su alcance, a la vez que han nacido nuevas expresiones de los vicios de la voluntad.

La contratación a condiciones generales, no obstante sus inconvenientes y problemas, también ofrece sus ventajas. La doctrina⁶⁹ no duda en señalarlas:

⁶⁵ Artículo 1624 del Código Civil Colombiano.

⁶⁶ De esta misma opinión: **Peña Castrillón**, Gilberto. Estudio citado.

⁶⁷ **Risolía**, Marco Aurelio. Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, pág. 118.

⁶⁸ Ob. cit. Pág. 202.

⁶⁹ **De Castro y Bravo**, Federico. Ob. cit. Pág. 17.

- Que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas.
- Que los códigos han quedado anticuados y el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse de regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama del comercio.
- Que con ellas se procura claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos.
- Que las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de riesgos mediante el seguro, agrega García Amigó a la lista de ventajas de la contratación a condiciones generales⁷⁰.
- Las condiciones generales de los contratos se acomodan perfectamente a la realidad social y a las necesidades prácticas.
- Además se va preparando de una manera progresiva, sobre una base real, la modernización de los ordenamientos positivos.
- Colaboran con la unificación del derecho comparado relativamente a las relaciones contractuales a que se refieren, dada la aplicación sin límites de fronteras de muchos de sus modelos.
- Hay ventajas incluso para el adherente, pues hay igualdad para cada uno de los adherentes con la empresa predisponente, no hay posibilidad de que un contratante obtenga mejores condiciones que otro.
- Las condiciones preimpresas hacen posible una dilusión y conocimiento de las condiciones generales en que se contrata, que sin ellas no se lograría en muchos casos; además se facilita la contratación por categorías profesionales que se adecuan mejor a las exigencias del tráfico, lo que se logra con las generalizaciones necesariamente abstractas que trae la ley.
- Es indudable que los contratos estándar tienen y tendrán un creciente uso en la práctica comercial, por tratarse de mecanismos ágiles y rápidos para la circulación de los bienes y servicios de consumo. Además, constituyen una forma o mecanismo práctico y sencillo para controlar las facultades de los subalternos y dependientes del comerciante, quienes tienen que ajustar con la clientela, en forma rápida, casi instantánea, convenios comerciales de cuantías enormes, cuya estipulación no puede estar al arbitrio de los dependientes jurídicos o administrativos. Este tipo de contratos, por ejemplo en la práctica bancaria, constituyen una "camisa de fuerza" para que el gerente no desborde sus facultades⁷¹.

⁷⁰ Ob. cit. Pág. 25.

⁷¹ Peña, Gilberto. Estudio citado.

5. EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

Es evidente que los estudiosos del derecho deben procurar soluciones para la realidad que se impone en la contratación moderna. Pero como advierte Weill, el deber del jurista es estudiar el derecho pero no como fin en sí mismo sino como medio de adaptación a las exigencias de la vida.

Pero antes de sentar posibles soluciones a la problemática debemos atender algunos presupuestos:

5.1. Los derechos del consumidor

Dijo César Vivante: "El Legislador convocó al empresario a compilar el código, y luego dijo a los consumidores: he aquí el código que debéis respetar". Nadie duda sobre cuáles deben ser tareas y cometidos del Estado moderno. Le corresponde al Estado intervenir en la tarea de proteger los derechos del consumidor, la cual podrá realizar de múltiples maneras, según opinión de Larenz⁷² bien se produzca esa intervención en la configuración interna del contrato o bien se manifieste en la libertad de contratar.

En cuanto a la configuración interna del contrato, el Estado interviene para fijar precios, proteger al consumidor, defender el interés público. Se puede manifestar en la necesidad de aprobar un contrato por una entidad estatal, imposición de contratos tipo y formularios aprobados por el Estado, prohibición del contrato cuando éste se halla sometido a autorización de contratos para impedir la nulidad. Con relación a la libertad de contratos, se impone a ciertas empresas la obligación de hacerlo, cuando son monopolio o prestan servicios públicos.

También se interviene rompiendo la competencia desleal. Se facilitan, además, las condiciones para la creación de asociaciones y agrupaciones de consumidores, etc.

Superando una inicial formulación de un concepto tradicional de consumidores que lo concretaba al comprador de productos alimenticios o farmacéuticos, se llega a un concepto más amplio como sujeto de tráfico económico frente a la empresa organizada⁷³.

Así se perfilan ahora varias inquietudes en pro de la defensa del consumidor, tareas que corresponde emprender al Estado:

- Revisión de los códigos de corte decimonónicos para regular condiciones generales, cláusulas abusivas, ventas a domicilio.
- Imposición de nuevas obligaciones a empresas, como la información al consumidor.
- Agravación de la responsabilidad del fabricante o del vendedor.
- Mayor represión de la publicidad engañosa.
- Creación de organismos de defensa de los consumidores.

⁷² Citado por Polo, Eduardo. La protección del consumidor en el derecho privado. Civitas. Madrid. 1980, pág. 26.

⁷³ Polo. Ob. cit. Pág. 29.

- Representación y participación de los consumidores en los organismos que toman las decisiones que les afecten.

En países como España, se elevó el derecho del consumidor a garantía constitucional. El artículo 51.2º de la Constitución de 1978 dice: "Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca".

Desde la Carta Europea de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa en mayo de 1973, y del programa preliminar para una política de protección e información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea en abril de 1975, se han venido delineando y concretando esos derechos que corresponden a los consumidores.

5.2. Los derechos fundamentales de los consumidores

Se organizan las pretensiones de los consumidores en la sociedad moderna en los siguientes derechos⁷⁴:

5.2.1. Derechos de la educación y organización: consisten en enseñanzas que deben brindarse a la población, de manera tal en el nivel y en la estructura, que pueda contrarrestar la agresión que soporta inconscientemente de la empresa.

5.2.2. Derechos a la información: ya no en la esfera general del consumo, se dice que el consumidor tiene derecho a un adecuado conocimiento de las condiciones de la negociación y a las características de los productos o servicios que adquiere.

5.2.3. Derechos de expresión (consulta y participación): las organizaciones de los consumidores tienen derecho a que se les consulte sobre situaciones conflictivas que pueda presentar el mercado, por parte de las autoridades gubernamentales.

5.2.4. Derechos de asesoramiento y asistencia: las asociaciones de consumidores tienen derecho a que el poder público les brinde un adecuado asesoramiento y una asistencia para que puedan cumplir a cabalidad sus fines.

5.2.5. Derecho de representación y acceso a la justicia: se trata de poder representar los intereses de los consumidores ante autoridades administrativas y judiciales.

5.3. El interés del consumidor como un interés colectivo o difuso

No puede observarse el interés del consumidor como un interés de carácter personal. El interés del consumidor no encaja en el plano exclusivamente individual⁷⁵, este interés tiene una dimensión social y así debe encuadrarse en los ordenamientos jurídicos.

⁷⁴ Stiglitz, Gabriel A. Protección jurídica del consumidor. Depalma. Buenos Aires. 1986. Pág. 42.

⁷⁵ Stiglitz- Stiglitz. Ob. cit. Pág. 13.

Las agresiones a tales derechos tienen carácter impersonal, no son aislables y el perjuicio que ocasionan lo sufre la comunidad, sin perjuicio de que algunas lo sufran más que otras.

En este orden de ideas se expresa Stiglitz y Stiglitz⁷⁶: "El interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad permanente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios, tendientes a maximizar los beneficios de su actividad".

5.4 La protección del consumidor en el derecho privado

Son varios los caminos que se observan en el derecho comparado para hacer efectiva la protección del consumidor en el campo privado. El Estado intenta cumplir su cometido con sus tres ramas principales.

- Con la rama *ejecutiva* se presenta una clara intervención en la aprobación de ciertos contratos, como por ejemplo, los de seguros, que antes de ser utilizados, deben aceptarse por las respectivas agencias del Estado encargadas del control de este tipo de compromisos; también en contratos para la comercialización de emisiones de acciones o de bonos que deben pasar por la respectiva entidad estatal que vigila el tema, etc. Por esta vía el Estado encuentra la posibilidad de revisar de manera previa, las condiciones establecidas en el contrato, y podrá abstenerse de aprobarla si considera que existen cláusulas abusivas o que favorecen al estipulante.

Criticamos la efectividad de esta vía para la solución de la situación de desequilibrio que presentan estos contratos, por las influencias de orden político que puedan presentarse; además, el grave perjuicio para el desarrollo económico de un país que traería la revisión de todos los contratos estándares que se realizan en un determinado conglomerado social, con las consiguientes demoras y aglomeraciones en las agencias del Estado. Una acción previa del Estado podrá ocasionar una demora y un freno al tráfico económico con graves consecuencias para el desarrollo social.

- Con la rama *jurisdiccional* el control de los contratos estándares, no obstante la existencia de un régimen jurídico contractual propio para otras épocas, supondría desligarse de las pautas de interpretación clásicas que miran a los contratantes en pie de igualdad y dar cabida a principios generales, como el de la buena fe o el del abuso del derecho, para llegar a conclusiones más equitativas.

El principio de la "buena fe" ha sido utilizado por tribunales extranjeros para invalidar cláusulas que serían válidas si no se tratase de un contrato estándar. Ilustrativo es el caso del Tribunal Alemán⁷⁷ que ante la demanda de perjuicios interpuesta por un depositante en razón de algunos artículos depositados que sufrieron destrucción y otros que fueron robados, y cuyo argumento era, que a pesar que por la cláusula de las condiciones generales del contrato era responsable del depositario (almacén general de depósito) cuando él o sus representantes habían incurrido en culpa que debería ser aprobada por el depositante, en ese caso, por tratarse de un contrato estándar, esta cláusula del contrato era irreconciliable con el principio de la buena fe. Al respecto dijo el Tribunal: "Una cláusula de un contrato estándar que modifica la carga de la prueba no puede considerarse equitativa si el que lleva el *onus probandi* debe probar circunstancias que están dentro de la esfera de influencia de la parte que

⁷⁶ Ob. Cit. Pág. 13.

⁷⁷ De 7 de febrero de 1969. El bundesgerichtshof. Bghz 41.

impuso la nueva regla, porque el resultado de muchos procesos de este tipo (depósito) depende de la carga de la prueba⁷⁸.

Los tribunales franceses se han orientado en algunas oportunidades, más que por principios generales, por las reglas tradicionales interpretadas en una forma laxa, a veces hasta deformándolas, acudiendo a la teoría de los vicios del consentimiento, particularmente el error. La Cour de Lyon (15 de julio de 1952) sostuvo que, aunque el demandante no había sido inducido dolosamente a firmar el contrato estándar redactado por la Société Française Mutuelle de Crédit, no era menos cierto que, siendo la letra y términos del contrato muy difíciles de entender a primera vista, éste no había sido informado acerca de las condiciones y de la amplitud de sus obligaciones y tampoco había sido colocado en situaciones de hacerlo. En esta ocasión, la Corte anuló el contrato por error⁷⁹.

También los jueces franceses acuden al principio de que las condiciones meramente potestativas en favor del deudor no son válidas para anular ciertas cláusulas del contrato estándar, para frustrar la cláusula del contrato de suministro que establecía que el proveedor no se comprometía ni por la mora ni por el envío de las mercancías⁸⁰.

La Corte Suprema de New Jersey, en 1960, también trae un importante Caso⁸¹ donde se discutía sobre la "letra menuda" que se coloca en ciertos contratos. En una venta de un automóvil el contrato fue de adhesión y se colocó una cláusula limitando la garantía prevista en la ley. Esta cláusula estaba escrita al respaldo del contrato, en letra más pequeña. Dijo la Corte:

"Existe un principio general consistente en que el que no lee el contrato antes de firmarlo no puede posteriormente exonerarse de someterse a sus efectos, a no ser que hubiese habido dolo. Sin embargo, dadas las nuevas prácticas negociales y la modernización de las actividades comerciales, este principio no puede aplicarse estrictamente, la razón es que el contrato como tradicionalmente se entiende, es el resultado de la libre negociación de unas partes que, movidas por las fuerzas del mercado, se encuentran en una posición de cierta igualdad económica. En estas circunstancias no hay peligro de que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad sean una amenaza para el orden social. Pero en la actualidad las empresas que tienen un poder y una posición negociadora muy fuerte recurren al empleo masivo de contratos tipo".

Esta vía que venimos analizando encuentra también sus tropiezos; ante todo supone cierta rebeldía en el orden jurídico existente. En Francia, algunos juristas denominaban la actividad de los jueces que se atrevieron a dar el paso como "clandestina".

Siempre encontraremos los eternos enamorados del "purismo jurídico" que seguramente no aceptarán, por la vía judicial e interpretativa, la actualización del derecho a los momentos coetáneos.

Se correrá el riesgo de que existan magistrados acordes y desacordes con este tipo de interpretaciones, con la grave inseguridad que crea para los ciudadanos una justicia apenas probable y contradictoria. No hay tampoco una norma interpretativa del contrato que permita descifrar las cláusulas abusivas en contra de quien lo redactó. El principio de la teoría tradicional es que las cláusulas ambiguas se

⁷⁸ Caso traído por **Cepeda Espinosa**. Ob. cit. Pág. 25.

⁷⁹ Caso traído por **Cepeda Espinosa**. Ob. cit. Pág. 25.

⁸⁰ Caso traído por **Cepeda Espinosa**. Ob. cit. Pág. 26.

⁸¹ Caso traído por **Cepeda Espinosa**. Ob. cit. Pág. 22.

interpretan en contra de quien las redacta, sea deudor o acreedor. Luego, si no se trata de cláusulas ambiguas vendría un problema para poder equilibrar la negociación por esta vía.

La vía *legislativa* es otra posible solución para equilibrar este tipo de contratos. Allí han llegado muchos países que han introducido una verdadera reforma legal al derecho de las obligaciones y contratos.

Son varias las soluciones que podemos observar en el derecho comparado:

En Italia, el código de 1942, dedica los artículos 1341, 1342 y 1370. Es ilustrativa la exposición de motivos del legislador italiano sobre el particular:

"La necesidad de asegurar la uniformidad del contenido de todas las relaciones de idéntica naturaleza para una determinación más exacta del área que le es inherente; la dificultad que se opone a los tratos precontractuales con los clientes, a los cuales no podrían atender más que agentes y productores carentes de legitimidad para contratar; la exigencia de simplificar la organización y la gestión de las empresas induce a los empresarios a preestablecer módulos cuyo texto no puede ser discutido por el cliente, si el cliente no quiere renunciar al negocio en cuestión. Semejante método de conclusión del contrato no debe retenerse ilegítimo, solamente porque no haya lugar a tratos y debates sobre las cláusulas, constriñendo a aceptar preordenados. La 'realidad económica actúa también sobre una rápida conclusión de los negocios, que es condición de una aceleración del fenómeno productivo; a esta exigencia se sacrifica la necesidad de una libertad de tratos precontractuales, que ocasionaría obstáculos con frecuencia insuperables. Pero la práctica de los contratos por adhesión ha dado lugar a abusos en los casos en que los esquemas preestablecidos contienen cláusulas que ponen a los clientes a merced del empresario. La jurisprudencia ha reaccionado como ha podido contra dichos abusos, alargando unas veces el concepto de ilicitud, y otras veces afirmando la falta de consentimiento sobre algunos pactos onerosos, basándose en el hecho de que éstos han escapado a la atención del adherente, ya que estaban estampados en caracteres microscópicos. Los artículos 1341 y 1342 pretenden eliminar cualquier abuso, ante todo dando eficacia jurídica solamente a las condiciones generales que al momento de la conclusión del contrato había conocido o debía conocer (1341.1°); en segundo lugar, declarando nula las cláusulas de particular gravedad, cuando sobre las mismas no se haya llamado específicamente su atención (1341.2° y 1342.2°)".

Así, el legislador italiano abrió campo a la clasificación de los contratos privados. Unos, los contratos que se forman a través de una preparación *volta per volta* por las partes, de tal manera que el contrato tiene un contenido que presenta todos los tratos preliminares en que participaron abiertamente ambas partes. Otra, la de los contratos *per adesione*, que se caracterizan porque el consentimiento de una de las partes es manifestado mediante su adhesión a un esquema contractual predispuesto por la otra y que supone la falta de discusión previa sobre el contenido de las cláusulas o de algunas de ellas.

El sistema italiano ha recibido muchas críticas⁸², pues el artículo 1341 parece olvidar el problema y le da validez al negocio si se presenta la ratificación a través de la firma, que en opinión del citado autor sería una medida en extremo ingenua, además, porque equipara el conocimiento con el consentimiento.

De otro lado, el artículo 1370 que establece: "Las cláusulas insertas en las condiciones generales o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro",

⁸² Ver por ejemplo Vallespinos. Ob. cit. Pág. 357.

tampoco aporta solución, pues dicha interpretación es solamente en caso de duda, manteniéndose en el esquema clásico.

El tema de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas se ha legislado en países como Alemania (ley 9 de Diciembre de 1976), Israel (1964), Suecia (1971), Inglaterra (1977), Luxemburgo (ley 25/83), Francia (ley 95/96, España, (ley 7/98), Argentina (ley 24.240, artículo 37 y decreto 1798/94), entre otros. La directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 de la Comunidad Económica Europea sobre cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores se ha incorporado a varias legislaciones.

6. LA POSIBILIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Al momento de hablar de la protección del consumidor en el derecho privado, hay que pensar sin duda alguna en el tema de la contratación. De nada servirían las demás acciones del Estado por sus otras ramas, si permanece un sistema que somete a las partes a la ley del contrato.

Para asegurar la eficacia de la protección de los derechos de los consumidores se precisa una reforma profunda en el derecho de los contratos, precisamente, el carácter dispositivo de la mayoría de sus normas ocasiona una gran interferencia para lograr el cometido. El tema de las cláusulas abusivas y de las condiciones generales, en aspectos como el de prestación, cumplimiento o responsabilidad en el contrato, son el centro de la problemática de la protección al consumidor que presenta la materia.

Veamos dónde y en qué deben consistir esas reformas:

6.1. En la etapa de formación del contrato: se deben establecer normas de índole imperativa, que llevarían a modificar muchas de ellas que hoy solamente tienen un temple dispositivo. De esta manera se impediría el carácter lícito o abusivo de muchos pactos, como las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad, las que limitan las garantías, las que invierten la carga de la prueba o acortan plazos de prescripción, o acomodan el lugar de competencia para solucionar ciertos conflictos, jugando con el lugar del pago o del cumplimiento de la obligación.

Si se desatienden las normas de índole imperativa deberá acarrear la sanción de invalidez de la cláusula, que operará de pleno derecho. Exigir la declaración judicial de invalidez equivaldría a desproteger notoriamente al adherente. Algunos sistemas traen varias clases de sanción para diferentes cláusulas abusivas, unas que operan de pleno derecho y otras que requieren declaración judicial.

6.2. Sería indispensable clasificar legalmente los contratos en preestipulados y por adhesión a condiciones generales, a fin de buscar efectos jurídicos diferentes en cada uno de ellos, desde normas especiales para su interpretación hasta las mismas normas imperativas.

El consentimiento se produce en ambos casos en forma diferente y esto debe incidir en los vicios del consentimiento que no pueden ser mirados con la misma óptica.

6.3. Como paso previo a la formación del contrato debería pesar sobre la empresa un deber de información, consistente en suministrar al consumidor un detalle veraz y completo sobre precios, calidad, cantidad, composición, características y condiciones de los productos y servicios objeto del contrato, contenido de éste. Este deber hoy lo podríamos entender dentro del deber de buena fe que se

impone en la etapa preparatoria, pero se precisa que sea un deber especialísimo para los contratos por adhesión a condiciones generales.

6.4. Sobre las condiciones generales de los contratos, es necesario observar tres aspectos⁸³:

6.4.1. La formulación de condiciones tipo, donde habría injerencia estatal y de las organizaciones de consumidores.

6.4.2. Sobre el alcance y la fuerza obligatoria de las cláusulas de los contratos de adhesión, sería necesario: determinar qué debe entenderse por cláusula abusiva. Miremos lo que dice la ley inglesa sobre el particular: hay distintos tipos de cláusulas abusivas; las que limitan o excluyen la responsabilidad por culpa en caso de daño o pérdida de las mercancías⁸⁴; las que limitan o excluyen la responsabilidad por violación del contrato, permiten modificar la ejecución en relación con lo que razonablemente se podía esperar, o que se reservan el derecho de eximirse de la ejecución total o parcial de la obligación.

Cláusula abusiva no significa necesariamente que sea lícita, pero puede serlo. Perfectamente, desde un punto de vista formal, algunas estipulaciones pueden aparecer completamente lícitas, pero serían abusivas en cuanto al fin que persigue el predisponente que es asegurar su posición dominante en el contrato.

La *cláusula abusiva* no implica que debe reportar una ventaja económica, basta la ventaja de cualquier índole para el predisponente como cuando se otorga el derecho a realizar la entrega de la cosa unilateralmente. Para que estemos ante una cláusula vejatoria es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.

El derecho alemán⁸⁵ considera ineficaz la estipulación contractual cuando perjudica al adherente indebidamente, en oposición al principio de la buena fe. La cláusula acreedora de tal sanción sería, entre otras, aquella que limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

6.4.3. También sería necesario el control de las condiciones generales; son dos sistemas los que aparecen: un control judicial, fortaleciendo para el efecto a la rama jurisdiccional, o un control administrativo, por un organismo defensor de los consumidores como el *ombudsman* de los consumidores escandinavos.

El *control judicial* es fundamental para lograr el bloqueo de las condiciones generales. Es necesario fortalecer a la discrecionalidad del juez para apreciar circunstancialmente el contrato, porque puede ocurrir que otros remedios sean insuficientes en un momento dado.

Se piensa que ese *control judicial* puede revestir dos modalidades: *la primera*, sería un control previo, según el cual las condiciones de los contratos deberían ser homologadas por los tribunales antes de ser aplicadas por las empresas. Este control sustituiría la aprobación administrativa que requieren algunos

⁸³ Polo. Ob. cit. Pág. 91.

⁸⁴ En Colombia, sostenemos este principio en contratos como el de transporte, pero en forma general.

⁸⁵ Ley para la regulación de las condiciones generales del 1º de abril de 1977.

contratos, que en opinión de García Amigó⁸⁶ es preferible, por la sencilla razón de que el juez es un conocedor del derecho privado, mientras que los funcionarios públicos están en un contacto más lejano con referencia a las normas de orden civil o mercantil. En nuestra opinión, todo control previo es peligroso independientemente de quien lo realice, porque aumenta los costos de los bienes en perjuicio de quien los requiere. Habría que utilizar este sistema de control para algunos espacialísimos contratos donde se puede planear la aprobación previamente. *La segunda*, sería la revisión de los contratos celebrados con base en condiciones generales, es decir, un control posterior. Los tribunales podrían revisar los contratos por adhesión o estándares, cuando el adherente lo solicite y con el fin de equilibrar su posición frente a cláusulas abusivas. Este criterio de revisión se ha impuesto en países como los Estados Unidos e Israel. El primero, rompiendo un poco su sistema tradicional del *common law*, publicó en 1952 el *Uniform Commercial Code*, que ha sido aceptado por más de veinte estados, codificación en materia mercantil que ha tenido que conciliarse con el sistema tradicional del poder de la jurisprudencia, reconociendo unas facultades amplias para los tribunales. Se les reconoce a los tribunales la facultad de revisión de los contratos en el párrafo 302 de la sección segunda, denominada "*general obligation and construction of contract*". Dicha disposición señala que si el tribunal considera que un contrato o una cláusula contractual ha sido excesivamente onerosa al momento de celebrar el contrato puede negar la ejecución del mismo, o ejecutar el resto del contrato, o en fin, limitar la cláusula inequitativa en la medida necesaria para impedir un resultado excesivamente perjudicial. La ley israelita 5724 de 1964, también otorga a los tribunales el poder de revisión de contratos con cláusulas leoninas y dice en su artículo 14 que cuando el juez del litigio interpartes llega al convencimiento de que una cláusula restrictiva, considerada formando parte del conjunto de todas las circunstancias del contrato, es perjudicial para los adherentes o reserva al predisponente una ventaja no equitativa que perjudica a los clientes, puede considerar nula la cláusula en su totalidad o en parte, así como ordenar la restitución al adherente de lo que éste haya entregado ya en cumplimiento de dicha cláusula.

En cuanto al *control administrativo* es bastante dicente la experiencia nórdica en materia de protección al consumidor, donde se ha venido institucionalizando el llamado *ombudsman de los consumidores*. El *ombudsman* interviene en una fase preliminar intentando dirimir los conflictos entre empresarios y consumidores; si no logra su cometido, puede someter, es el caso de países como Finlandia y Dinamarca, a la *Cámara de Reclamaciones del Consumidor*, que es un verdadero centro de arbitraje integrado por representantes de los empresarios y de los consumidores, la diferencia presentada.

6.5. Otro de los puntos concierne con el tema de la responsabilidad de los empresarios: se trata de salirse de los clásicos lineamientos de la responsabilidad contractual o extracontractual por culpa o negligencia.

Por ejemplo, la jurisprudencia francesa y belga, siguiendo a Pothier, resumen en el *vendedor empresario* el conocimiento de los vicios de la cosa vendida. Con una disposición en tal sentido se dejaría sin eficacia la disposición tendiente a limitar la responsabilidad.

Las normas clásicas de responsabilidad por culpa aquiliana son insuficientes para proteger al consumidor en los casos de daños originados por los productos, ya sea en las cosas o en las personas, pues exigen la prueba de la peligrosidad o defectuosidad del producto y la prueba de la relación de causalidad entre éste y el daño. Con ello se invierte en la práctica la carga de la prueba de la ausencia de culpa en perjuicio del consumidor. Pero, si no obstante se prueba lo anterior, el fabricante puede

⁸⁶ Ob. cit. Pág. 180.

demostrar que obró con prudencia y diligencia debida o que hubo fuerza mayor, con lo cual está completamente desprotegido el consumidor. Por ello, debe pensarse en la responsabilidad objetiva del fabricante por riesgo profesional. Esta tendencia ya está contemplada en el derecho norteamericano y la ha venido aceptando la jurisprudencia alemana e italiana. Una medida como ésta llevaría a los fabricantes a ser más cautelosos y diligentes en la producción y beneficiaría a la generalidad de los consumidores.

Los organismos supranacionales europeos⁸⁷ vienen desarrollando una importante labor de propuesta para la unificación del derecho, a fin de introducir en las legislaciones nacionales de los estados miembros el principio de la responsabilidad objetiva del fabricante para la reparación de los perjuicios ocasionados por productos defectuosos.

6.6. Las reclamaciones judiciales: los tradicionales procesos judiciales son insuficientes para amparar a los consumidores por las demoras, porque muchas causas son de poca cuantía y con la estructura actual valdría mucho más el proceso, etc. Por tanto, deben tomarse medidas en el orden procesal como las siguientes:

- Simplificación de los procesos judiciales: en la gran mayoría de los estados norteamericanos se establecieron las cortes para las pequeñas causas, donde se establecen procedimientos baratos y rápidos a fin de solucionar conflictos tan simples, como reclamos por un vestido que se dañó en una lavandería.

En Suecia, desde 1974 se vienen ensayando procedimientos judiciales simplificados para el mismo efecto.

- Legitimación para actuar en juicio las asociaciones de los consumidores.
- La llamada *class action* para la defensa de los perjuicios comunes: consiste en la protección de los perjudicados en común, a través de una acción que es ejercitada por un pequeño grupo y que tiene la ventaja de surtir efectos respecto a todos los perjudicados.
- Reglamentar e implementar procedimientos de conciliación y arbitraje para que los consumidores puedan ejercitar sus derechos.

Muchas asociaciones de empresarios prevén códigos de conducta para dirimir los conflictos entre sus miembros y los consumidores utilizando este tipo de mecanismos. Por ejemplo, los establecidos en Gran Bretaña en la industria de motor por la *Motor Agents Assotiation* y otras agremiaciones. En Irlanda por las agencias de viajes para las reclamaciones de turismo y, en Alemania, para los reclamos de los compradores de automóviles.

6.7. En materia de interpretación contractual, la imposibilidad práctica de indagar la intención común de las partes ha sido compensada en el orden jurídico de países como Argentina, mediante una presencia más fuerte del juez en el contrato. Se establece además la prevalencia de las estipulaciones particulares, manuscritas o mecanografiadas, sobre las condiciones generales o preimpresas con las que sean incompatibles. Se establece además la interpretación de las cláusulas ambiguas u oscuras en favor del adherente, así como la inoponibilidad de las condiciones generales al consumidor en caso de defecto de legibilidad.

⁸⁷ C.E.E. y C. de E.

Los contratos celebrados por adhesión constituyen una categoría que debe ser diferenciada de los demás contratos para efectos de su interpretación.

6.8. Se deben establecer ciertas limitaciones a la libertad contractual mediante la prohibición o disciplina de ciertos contratos, en los que más fácilmente se presenta la posibilidad de que los empresarios abusen.

Observemos algunas de esas modalidades contractuales que se facilitan para el abuso:

- *Ventas con regalo*: señalado por la doctrina contemporánea.
- *Ventas a domicilio*: presentan un problema relativo a la prestación del consentimiento por parte del consumidor y que es factible que ese consentimiento se forme viciosamente por la agresión que encierra el procedimiento, invasión en la esfera de la intimidad de la persona, falta de predisposición al contrato, sorpresa, escasez de capacidad de discernimiento ante el vendedor, deseo de liberarse de su presencia comprando, falta de tiempo para reflexionar, etc.⁸⁸.

Para proteger al consumidor se ha establecido en los diferentes países europeos el llamado "derecho de arrepentimiento", durante un lapso aproximadamente de siete días, unos dejando el contrato sujeto a condición, otros países dando la posibilidad de resolución unilateral. La primera ley sobre ventas a plazo fue la ley sueca de 1971 seguida por la ley francesa de visita y ventas a domicilio, posteriormente la ley mexicana de 1975 sobre protección al consumidor, la ley colombiana de protección al consumidor (decretos 3466 y 3467 de 1982), para citar algunos casos.

- Los contratos de crédito para la protección del consumidor del crédito, bien se trate de mutuos corrientes, tarjetas de crédito, ventas a plazo, etc.

Sucede que el consumidor se ve constantemente seducido por vendedores y prestamistas en el mercado de consumo. Se le presentan mecanismos de financiación para la adquisición de bienes que le ofrecen la posibilidad de obtenerlos de inmediato sin tener que pagar al tiempo la prestación equivalente, la cual atenderá en forma fraccionada en el futuro. Es frecuente que no se le otorgue a ese consumidor todo el detalle del sobre costo de financiación y las demás condiciones de crédito.

La Ley francesa de enero de 1978 se ocupa de estas materias en los siguientes puntos: obliga a proporcionar al usuario una información lo más completa posible sobre los mecanismos del crédito, su duración y condiciones, derechos y obligaciones; obliga a hacer recapacitar al usuario sobre la seducción que frente a él ejerce la posibilidad de consumir, sin efectuar desembolso inicial o elevado, incluso ningún desembolso. Además del derecho de arrepentimiento se establece un plazo de reflexión entre la oferta y aceptación inmodificable para obligarlo a la reflexión; finalmente, otorga la mayor protección posible en cuanto al contenido del contrato.

La misma ley francesa, con la finalidad de preservar y conservar el rigor cambiario y proteger al consumidor, llegó a la solución drástica de prohibir la letra de cambio y los títulos valores similares en las ventas a crédito a los consumidores.

Esto para mantener la obligación unida a su causa, de tal manera que el incumplimiento no quede impune por la circulación del título valor.

⁸⁸ Polo. Ob. cit. Pág. 104.

-
- *Otras formas de venta:* no son las anteriores las únicas ventajas que reclaman protección del legislador; podemos observar otras, como, por ejemplo, las ventas con descuento, los saldos y liquidaciones, las ventas por correo, las ventas de productos enviados sin petición previa, todas han venido siendo objeto de reglamentación en los diferentes países.

7. LA SITUACIÓN EN COLOMBIA.

El panorama que ofrece el derecho privado colombiano para la protección del consumidor en el campo de la contratación, ha pasado de desolador a alentador en pocos años.

La razón para mi afirmación es que el esquema contractual básico de contratación colombiano continúa en el Código Civil de don Andrés Bello, tomado en su esencia del Código de Napoleón que está cumpliendo 200 años de existencia

El Código de Comercio de 1971 apenas y muy tímidamente introdujo algunos principios jurídicos a la teoría general del contrato, como la clarificación de la buena fe en la etapa precontractual, que puede servirnos de fundamento para hallar soluciones esporádicas y momentáneas. No se estableció una línea armónica y general para la contratación protegiendo al consumidor. En forma aislada, algunos contratos como el de transporte previeron la posibilidad de cláusulas abusivas y las reglamentaron, pero en todo lo demás son los principios que gobiernan la formación, modos de anularse o rescindirse que establece la ley civil, los que se aplican a la materia mercantil en virtud de la remisión expresa que establece el artículo 822.

La ley 73 de 1981, por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, dio facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes o servicios y establecer sanciones y procedimientos para imponerlas.

Con base en tales facultades se dictaron los decretos 3466 y 3467 de 1982. El primero establece garantías mínimas presuntas, reglamenta la propaganda, establece el derecho de información, la responsabilidad presunta para los distribuidores que desatiendan las normas allí previstas, y el procedimiento verbal para los reclamos.

Es un avance importante en la materia, pero son más las confusiones que ha creado y sobre todo se ha quedado en letra muerta en su aplicación.

Le observamos los siguientes reparos:

- Indudablemente interviene en las ventas y distribuciones pero esos no son los únicos tratos en que se puede presentar abuso y que precisan de intervención.
- No establece un cuerpo armónico en la contratación dejando cantidad de vacíos y al parecer con una amplitud conceptual inmensa sobre quién es el consumidor, que parece desbordar el objeto propio de protección.
- La protección no debe hacerse sobre el concepto de consumidor sino más bien con relación a los contratos que deben ser objeto de ésta.

- Está comprobado en la práctica que el proceso verbal no es el idóneo para responder con la agilidad y rapidez con que deben ventilarse este tipo de cuestiones para que sean efectivas.
- La dificultad económica del consumidor para procurarse un abogado que lo atienda y la inutilidad del proceso, cuando la cuantía no justifica su instauración, hace nugatoria la protección dada al consumidor.

El segundo decreto es relativo a las ligas y asociaciones de consumidores, les da posibilidad de vida como personas jurídicas. También se queda corto en sus efectivas funciones y derechos⁸⁹.

El decreto 3468 de 1982, crea un organismo gubernamental denominado *Consejo Nacional de Protección al Consumidor*, encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales de protección al consumidor.

Con relación a la *actividad jurisprudencial*, una revisión de los fallos de la Corte Suprema de Justicia desde 1936 señala que no se puede observar una tendencia evolutiva en esta materia. La controversia inicial se dedica al problema de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, una discusión inútil y ya superada, rezago del romanismo que impera en nuestros juristas, que se preocupan más por averiguar la naturaleza de un contrato, lo que es o no es, sin preocuparse de la función económica y social que cumple. En estas jurisprudencias inicialmente predomina el respeto por el dogma de la autonomía de la voluntad y la reverencia ante la majestad del contrato, que luego se ha venido atenuando para dar espacio a la aplicación de principios generales que realzan el carácter social del mismo.

En septiembre de 1947, la Corte Suprema de Justicia, analizando la naturaleza de los contratos celebrados por los Ferrocarriles Nacionales sobre transporte, los califica como contratos de adhesión e incluso glosa su carácter de verdaderos contratos y se inclina por pensar que se trata de actos unilaterales. Dice lo siguiente:

"No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas de tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación.

"En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como: dicen los autores, 'puesto que una de las partes emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel casi pasivo'.

"A este respecto dice Pillet: 'La condición particular de estos contratos viene llamando desde hace mucho tiempo la atención a los jurisconsultos, y con razón se ha dicho que debería preocuparse el derecho de manera especial de esta nueva forma de contratos muy distinta de la forma tradicional, pero en nuestras sociedades modernas aventaja ya a ésta última por su importancia económica. Lo que caracteriza a estos contratos es la disminución de la libertad dejada a las partes. Las ofertas son hechas de manera más o menos detallada, más y más precisa, y desde luego los interesados se hallan en la alternativa de aceptar la oferta tal cual es hecha o de renunciar a la negociación'. En otra parte agrega: 'No hay autonomía de la voluntad cuando las partes están ligadas a condiciones que no dependen de ellas, ni suprimir ni modificar. En realidad, estas transacciones no son contratos sino

⁸⁹ Concuenda decreto 1441 de 1982.

relaciones desiguales, y en las cuales la ley de la parte preponderante, que es el autor de la oferta reglamentaria, debe indudablemente prevalecer, aunque no fuera ella sino para asegurar la uniformidad de los servicios prestados por esta parte. Diríamos que aquí no se podría asimilar este caso a un cuasicontrato, porque es necesario que algún día se tome la resolución de no llamarlos contratos. No hay contrato allí donde se hace caso omiso de verdadero concurso de voluntades.

"Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del C.C., se observa que la noción de contrato allí descrita, sólo forzosamente es aplicable a los contratos de adhesión".⁹⁰

En aquella ocasión, la Corte conceptualiza muy bien el problema pero no da luz alguna para equilibrar el convenio. Observa las dificultades que plantean las normas sobre interpretación para servir de apoyo a un análisis en favor del adherente, opinión que se convertirá en criterio definitivo en posteriores jurisprudencias.

La Corte Suprema, en sentencia de diciembre de 1970⁹¹ señaló:

"La buena fe y diligencia son piedras angulares de todo ordenamiento jurídico. Tanto las cláusulas como el Código de Comercio le dan importancia a la exactitud de las declaraciones del asegurado, base del contrato de seguro. El uso generalizado de los contratos por adhesión no autoriza a los jueces para negar su valor u obligatoriedad a las cláusulas de dichos contratos que están conformes con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de las teorías reglamentarias, la Ley no exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aun la parte que adhiere, contribuye a la celebración del contrato puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Si la adhesión basta para formar el contrato todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente, así sean abusivas, porque es al Legislador, y no al juez, al que corresponde evitar la inserción de cláusulas leoninas. Por consiguiente, en estos contratos opera en toda su amplitud el postulado de la autonomía de la voluntad privada y, por lo tanto, las partes pueden insertar en el contrato todas las estipulaciones, que estimen convenientes con las limitaciones conocidas (Ley imperativa, etc.)".

Como puede observarse, la posición de la Corte colombiana mantiene el imperio de la autonomía de la voluntad y para interpretar los contratos estándares se mantiene en los postulados de la vieja escuela.

Posteriormente, en sentencia de agosto 29 de 1980, con ponencia del magistrado Humberto Murcia Ballén, la Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio para la interpretación de los contratos por adhesión, bajo los moldes clásicos de interpretación que trae el Código Civil. Observamos su razonamiento con ocasión de la interpretación de un contrato de seguro:

"Cuando por disenso de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

⁹⁰ **Orozco Ochoa**, Germán. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo XI Ed. Gráname Rica. Medellín, 1949. Pág. 244. G.J. N. 2.053 pág. 274.

⁹¹ Ponente Dr. Guillermo Ospina F.

"En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes.

"Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se toma inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes.

"Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

"Se ha dicho con estrictez que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.

"Y es de verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero que de ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

"Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no, cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para éste exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios".

Sin duda alguna, la Corte Suprema de Justicia en esta oportunidad reconoce que es necesario clasificar los contratos en los de libre discusión y los de adhesión y que de ello deben derivarse conceptos y consecuencias diferentes. Pero todavía no da solución alguna a los problemas que presenta la contratación estándar, principalmente el desequilibrio contractual entre las partes. Su posición no

difiere en nada de la labor judicial interpretativa que se desarrollaba en épocas del liberalismo puro. Coloca al juez en una posición que no le permite tocar el contrato en vía de interpretación. Más recientemente, en jurisprudencia de 19 de octubre de 1994, la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en caso de Arinco contra Corpavi, vuelve sobre el tema en los siguientes términos:

“Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, “...barrenando los principios liberales de la contratación...” como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garriguez. Contratos Bancarios, Cap. I, Num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminedar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de esas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir por que la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C. de Com, está obligada a indemnizar”⁹².

Observamos en esta jurisprudencia un avance importante. Con fundamento en la teoría del abuso del derecho se puede reclamar el perjuicio que cause el ejercicio abusivo del poder dominante de las entidades bancarias en su contratación con los usuarios de sus servicios. Pero todavía sigue en pie el cuestionamiento: ¿Qué hacer entonces con las cláusulas abusivas?

En más reciente jurisprudencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de febrero 2 de 2001, en proceso de Inversiones Velar contra Naldecón Ltda., se insiste en la conducta abusiva de quien introduce al celebrarse un contrato las llamadas cláusulas abusivas, a propósito de un contrato de seguros y trata una de ellas en particular con claridad y precisión. Observemos algunos apartes de esta importante jurisprudencia:

“Tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como por regla sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual (Lukes).(1).

“En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria –entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava –sin contrapartida- en que aquellos pueden solicitar al asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).

⁹² CCXXXI, pág.747.

“Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”.

A los avances de la jurisprudencia colombiana se deberían agregar claros preceptos constitucionales que le servirían de fundamento supralegal para permitirle al juez tomar un papel más decisivo en el contenido del contrato por adhesión con relación a las cláusulas abusivas. El artículo 58 que consagra el principio fundamental de la propiedad como función social impide asegurar un mayor aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual en que se ve la parte que adhiere casi en posición de sumisión a las condiciones preestablecidas por la parte económicamente fuerte de la relación contractual. Por otro lado, en la protección de esa parte adherente en el contrato está en juego el interés social, que nuestro legislador ya ha reconocido en las leyes y decretos que buscan la protección del consumidor, que a pesar de sus deficiencias, dejan en claro, su expresa intención, en el sentido de reconocer un interés general orientado hacia la protección del consumidor, del conjunto social al que se denomina "consumidores", intención que resulta contrariada, desconocida y vulnerada, mientras exista la posibilidad de prevalerse del acuerdo contractual, asegurando para la parte económicamente fuerte, una posición de superioridad, en ejercicio abusivo de la libertad contractual.

En este orden de ideas, el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, sancionando con ineficacia aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina "abusivas", en clara aplicación del principio constitucional en virtud del cual el interés privado debe ceder ante aquél.

Hoy en día, no existe duda con relación a que la propiedad y en general todos los derechos patrimoniales, así como la actividad económica de todas las personas, están garantizadas dentro de los límites del bien común. El artículo 333 en la Constitución Nacional, complemento indispensable del artículo 58 ya comentado, en forma terminante consagra que "la actividad económica y de iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común". La "iniciativa privada" no es nada más que la expresión que nuestro constituyente, que con no muy buena táctica escogió para consagrar la garantía de lo que más técnicamente se viene llamando autonomía privada, como fuente de derechos y obligaciones en un contexto de libertad económica. Véase cómo dicha autonomía se garantiza dentro de los límites del bien común. Ahora bien, se diría que esos límites sólo pueden ser establecidos de manera general por el legislador, a quien corresponde determinar en sentido objetivo el contenido en un momento histórico concreto de ese bien común. Sin embargo, al lado de la clara competencia del legislador en este campo, la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces, quienes interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada, que se traduzca en inferioridad para la parte débil de la relación contractual, la cual representa, en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional.

La contratación en masa, la impronta de la estandarización que dicho fenómeno requiere, hace imposible que se tenga el contrato como una relación económica aislada, precisamente por cuanto la manifestación implica la potencialidad dañosa, no para un individuo aislado, si no para una gran parte de la sociedad, configurando así, la contraposición de dos intereses meramente privados sino el conflicto con un interés generalizado y por tanto social, cuyo aseguramiento constituye claro límite a la autonomía privada, por el bien común involucrado. La intervención normativa del Estado para la protección al consumidor deja en evidencia al juez que dicha protección al consumidor, parte

adherente en este tipo de contratos, constituye un límite objetivo al ejercicio de la autonomía privada y lo habilita suficientemente para invalidar aquellas condiciones contractuales abusivas a las que nos hemos venido refiriendo.

Se olvida a veces que la norma constitucional prima ante la ley, así se trate del Código Civil. Sin necesidad de reformar puede el juez en Colombia equilibrar el contrato, tiene los fundamentos constitucionales para ello, pero no lo hace. De allí la necesidad y conveniencia de introducir reformas que expresamente le adviertan la necesidad de jugar un papel más fuerte en el contrato de adhesión.

Otra norma constitucional, el artículo 13, nos trae un argumento contundente para sostener que las tres ramas del poder público, dentro de las cuales se encuentra la jurisdiccional, están llamadas a cumplir el derecho fundamental de la igualdad.

Al respecto dice la citada norma:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibieron la misma protección y trato de las autoridades y gozaron de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

Nos interesa ante todo el último párrafo, pues observamos allí con claridad el mandato que se da al Estado en todas sus manifestaciones.

Nada tiene que esperar la jurisprudencia para equilibrar los contratos de adhesión. La orden constitucional es imperiosa y de una claridad absoluta y reivindica el papel del juez frente a la exégesis del contrato.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-070 de febrero 25 de 1993, se lee en el salvamento de voto correspondiente a los magistrados José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

"Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual.

"La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual".

Al Legislador le tocará hacer lo propio al momento de producir nuevas leyes en el campo negocial. Deberá tener en cuenta que el fenómeno social y las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, obliga a clasificar los contratos en contratos de libre discusión y contratos por adhesión y propenderá porque para estos últimos, dispongamos de una normatividad que permita realizar ese mismo

equilibrio que garantiza la Constitución Nacional haciendo responsable al Estado de la eficacia del mismo.

Incluso, ya se ha producido en Colombia la aplicación de este principio al momento de legislar. La ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios constituye un desarrollo importante sobre el precepto constitucional de la igualdad que venimos analizando.

Los artículos 131, 132 y 133 de la citada ley son el primer reconocimiento legislativo colombiano sobre el fenómeno de los contratos a condiciones generales o contratos por adhesión, con un efecto jurídico significativo, al señalar el último de ellos que se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, cuando inserta alguna de las 26 cláusulas que la norma enlista. Se orienta por el sistema inglés de efectuar una lista de las cláusulas que considera abusivas.

Aunque dicha presunción puede desvirtuarse, de no lograrse, deberá procederse a la nulidad de la cláusula. De pronto hubiese sido más efectivo utilizar la figura de la ineficacia que consagra el derecho mercantil, en aras de que se pudiera entender por no escrita sin necesidad de declaratoria judicial.

El avance es importante y consideramos que en un adecuado proceso de integración del orden jurídico, con fundamento en el artículo 8° de la ley 153 de 1887, el derecho privado puede tomar analógicamente la normatividad incorporada por la ley 142 de 1994 y encontrar en ella otro asidero más para la regulación de la contratación por adhesión.

Es del caso agregar, en este somero análisis de la constitucionalización el derecho privado de los contratos, el alcance y la dimensión que puede tener la consagración en el artículo 83 de la Constitución Nacional, del principio de la buena fe.

Dice la norma constitucional lo siguiente:

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllas adelanten ante éstas".

La función que cumple el principio de la buena fe en el derecho privado moderno, abarca una verdadera revolución en todas sus instituciones. Especialmente en el contrato se extiende a todos sus estadios, impregnando al *iter contractus* de una dimensión ética que se le arrebató en el imperio de la escuela liberal.

Para concluir, la esencia de una teoría que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato por adhesión con relación a las cláusulas abusivas la ofrece el artículo 871 del Código de Comercio que le agrega al clásico precepto de la buena fe que debe acompañar a las partes en la ejecución de los contratos, ya predicado por el artículo 1603 del Código Civil, una simple palabra: "celebrarse". Con ello dice todo, puesto que celebrar el contrato de buena fe implica abstenerse de introducir cláusulas abusivas, otra cara de la moneda nos dice que está prohibida para el formulante la introducción de las mismas. Desatender lo prohibido vicia del objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

8. La reforma al derecho de los contratos: VALIDEZ DEL CÓDIGO COMO TÉCNICA DE PRODUCCION LEGISLATIVA y futuro del Código Civil.

Es del caso que en este punto hagamos algunas reflexiones sobre la codificación como técnica de producción legislativa y especialmente su valor actual en el mundo del derecho privado, para lo cual he de referirme brevemente a su significación histórico-jurídica.

Es indudable, como inicialmente lo señalamos, que el proceso de codificación del orden jurídico obedeció en primer lugar a la idea presente de toda la construcción del moderno Estado de derecho, de racionalizar al máximo la vida social en general obteniendo de esta manera una garantía en la mayor seguridad jurídica, idea que incluso es anterior al mismo Estado de derecho, pues la Ilustración de los déspotas animó con antelación el proceso de codificación.

Teniendo siempre presente esta finalidad, los códigos modernos fueron fruto de la idea de regular en la forma más exhaustiva el ámbito o sector de la materia o disciplina jurídica que se codifica; así, se les atribuyó, una función omnicomprensiva bajo la creencia de que como cuerpo armónico se encontraba la solución de todos los conflictos de la vida social abarcada en el campo de su regulación.

El Código de Napoleón fue el primer código del mundo que no sólo respondió a esta idea ya insinuada en la codificación anterior, sino que en él se reflejaron fielmente los principios de organización política de la nueva sociedad burguesa. El *Code* de Napoleón extiende su influencia a todo el derecho continental europeo cuya producción se hará bajo la impronta de la codificación. Por tanto, esta técnica lleva dos siglos, lo cual hace pensar que en el proceso siempre dinámico de todas las instituciones sociales dicha técnica no ha podido escapar tampoco del influjo de las profundas transformaciones sociales, políticas y por tanto jurídicas, ocurridas durante este tiempo, especialmente ante la presencia cada vez más activa de la legislación estatal.

Ello nos lleva a tener presente el cuestionamiento que ya se han hecho en los últimos años destacados juristas de diferentes partes del mundo, en el sentido que señala el italiano Irti, qué tan válido es hoy día de que los códigos siguen cumpliendo con su finalidad o si por el contrario comenzamos a vivir en la "edad de la descodificación"⁹³.

Este cuestionamiento surge ante la evidente transformación del Estado y del orden jurídico en general. Los códigos liberales nacen, como dijimos, bajo el influjo de la seguridad jurídica que implicaba su función omnicomprensiva ante toda posible situación de hecho, en una regulación que se pretendía exhaustiva. Al Estado le correspondía arbitrar esas relaciones sociales y garantizar la aplicación del orden jurídico.

Pero la transformación del papel del Estado y su relación con la sociedad lo han convertido en el sujeto responsable del desarrollo social, económico y cultural, lo que ha producido la multiplicación progresiva de la actividad estatal normativa en sectores antes definidos de una manera completa y hermética por el derecho privado codificado.

Este aspecto es clarísimo frente al Código de Comercio, ya que la actividad comercial cada día más regulada por el Estado ha generado todo un sistema de "leyes especiales" que ya forma una legislación paralela al código, que por este solo aspecto ha perdido su función de regular en forma única y predominante la materia comercial.

⁹³ Irti, Natalino. *L'eta Della Decodificazione*, Milano, 1978, pág. 12.

Esta legislación paralela tiene por demás una clara connotación frente al derecho tradicional, ya que es un derecho mucho más flexible al cambio, tanto como las circunstancias lo exigen, en la medida en que su contenido no apunta únicamente a imponer límites a los individuos sino también a señalarles objetivos concretos, programas y en general a imponer la dirección de la actividad económica para atender a la finalidad impuesta por las normas constitucionales.

Como bien lo señala el profesor español Agustín Motilla, estas leyes especiales que nacen para dar respuesta a las demandas de la realidad, van edificando junto a la solemne arquitectura del código, otro derecho, cambiante y efímero, con principios y criterios propios y diferentes a los de aquél⁹⁴. Así, esta regulación especial, si bien ya no es excepcional, ha asumido la regulación de materias codificadas, sustrayéndolas de la aplicación de la normatividad abstracta del código y de sus principios.

De ahí que se señale en la doctrina moderna el proceso de descodificación y que se agiten voces como la de Rodolfo Sacco entre los civilistas, al afirmar que el código está muerto y que el tiempo en que se codificaba es un tiempo superado⁹⁵.

Sin embargo, aunque sea forzoso concluir desde ese punto de vista que los códigos han perdido su finalidad original, aún conservan valor como técnica de racionalización de un sector del ámbito social. Pero esta transformación sí nos evidencia que tal vez ya no pueden sostener la pretensión de regular en forma exhaustiva y con relativa permanencia una materia, sino la de orientar un correcto método de interpretación de las leyes vigentes, en armonía con las regulaciones especiales y las normas constitucionales que fijan los principios axiológicos en la interpretación actual del derecho privado, siendo quizá mucho más conveniente que el legislador defina las pautas de dicha interpretación, ante la imposibilidad práctica y jurídica de que en la actualidad el derecho pueda regirse con base en un sistema hermético y único.

Esta alternativa se adecua mucho más a la presencia de un derecho cada vez más cambiante, más particularizado y enriquecido con elementos nuevos y ajenos a la tradicional concepción abstracta del derecho. Además se cumple el afán de aproximación legislativa, propia del fenómeno globalizador.

En este orden de ideas marchan las nuevas tendencias para adecuar el derecho de los contratos por la vía legislativa, a las actuales necesidades del momento. No es necesario cambiar el Código Civil sobre el cual recae además de su historia todo el complemento de doscientos años de doctrina y jurisprudencia que frente a un cambio se echarían por la borda. La tendencia se presenta en leyes especiales de protección a las relaciones de consumo, clasificando los contratos en de libre discusión y de adhesión, regulando el problema de las cláusulas abusivas y presentando una reglamentación simple y concreta sobre los mismos para hacer justicia en las relaciones contractuales que se dan en esta órbita.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

9.1. Los contratos de adhesión a condiciones generales son el género en nuestra sociedad y los contratos preestipulados son la excepción. Sin embargo, nuestro sistema contractual se ocupa de los segundos y no de los primeros.

⁹⁴ Motilla, Ob. cit Pág. 572.

⁹⁵ Sacco, Rodolfo. *¿Codificare: modo superato di legiferare?* Revista di Diritto Civile. I. 1913. Pág. 120.

9.2. Todos los estados del mundo han iniciado una marcada evolución hacia la protección del consumidor. La jurisprudencia se lanza a la interpretación más acorde al tiempo actual, adaptando las reglas tradicionales del derecho para proteger a la parte débil. La rama ejecutiva crea organismos y mecanismos para hacer efectiva la protección. El Legislador dicta leyes para hacer efectiva la protección en todos los niveles. La doctrina se despide de las discusiones contractualistas o reglamentarias y de las naturalezas jurídicas, para buscar verdaderas soluciones en el derecho de los contratos, propugnando su reforma y adecuación.

Nuestra jurisprudencia ha venido evolucionando para abrir espacio a una interpretación que tienda a hacer más justo el contenido del contrato.


El proyecto de reforma al estatuto del consumidor que ahora se ventila en el país, además de buscar una aproximación legislativa partiendo del proyecto uniforme para protección al consumidor del parlamento latinoamericano, constituiría, de ser aprobado un gran avance en la materia, sin tener necesidad de entrar en una reforma del Código Civil a todas luces innecesaria, como se pretendió en el pasado con el proyecto del Profesor Valencia Zea.

Es bien cierto que el Código de Napoleón es una gran obra, él mismo lo advirtió al final de su vida en su confinamiento de Santa Helena: *"Mi verdadera gloria no es la de haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará de la memoria todas las victorias. Lo que nada podrá destruir, lo que vivirá para siempre es mi code civil..."* y así lleva doscientos años, pero la conclusión de este trabajo tiene que ser necesariamente la de profanarlo al menos parcialmente, para que el derecho cumpla su función en la vida moderna.

El Principio de Concentración

▪ Por: HERMAN GALAN CASTELLANOS
Presidente Sala de Casación Penal

1. En el proceso penal

 El proceso penal es un complejo de actuaciones sucesivas, coherentes y preclusivas que conducen a un objeto definido que en principio es múltiple, a saber, establecer la comisión de una conducta, determinar los partícipes en la misma, sus responsabilidades la intervención de las víctimas, la naturaleza de los daños ocasionados, y, en fin, sus variadas consecuencias. En él se conjugan heterogéneamente aplicaciones concretas de conceptos fundamentales como así lo son la justicia, el derecho, la legalidad y la equidad con la participación importante de sujetos procesales comprometidos en funciones cognitivas alusivas a los hechos y las pruebas y reconocitivas, sobre el derecho mismo.

En el proceso se realiza un permanente ejercicio dialéctico que principalmente discurre sobre dos contrarios, a saber, la presunción de **inocencia**, de rango constitucional y la responsabilidad que permite concluir con la **responsabilidad**.

Implica lo anterior, que en el curso del proceso existe un ejercicio constante de la contradicción, propia de la dialéctica, que se cumple a través de cuatro aspectos bien definidos⁹⁶ como son: 1. la comprobación, consistente en la verificación de los hechos y de los medios de demostración concurrentes. 2. Denotación, relativa a la verificación jurídica de cada uno de los acontecimientos metodológicamente aportados. 3. Connotación, referente a la comprensión equitativa e imparcial de las decisiones que provisionalmente se va adoptando a lo largo del proceso, y 4. Disposición, relativa a la valoración ético-política de todo lo anterior. La sentencia que le pone fin resume la concurrencia de estos cuatro aspectos.

La contradicción, como se aprecia, no se limita al solo tema de las pruebas⁹⁷, puesto que se proyecta sobre los hechos, las normas aplicables y hasta sobre la jurisprudencia y conceptos jurídicos a los que se suele acudir en algunas decisiones de fondo que se asumen en el decurso del mismo. Así, por ejemplo, a los interrogatorios de testigos se oponen los contra-interrogatorios, contra los dictámenes periciales se proponen objeciones, contra las decisiones, recursos y no son pocos los incidentes que se presentan tanto en la etapa del sumario como en la de la causa.

Pero definitivamente, el momento procesal en el cual se realiza la gran concreción de todo cuanto se ha ido elaborando, se cumple durante el juicio, en el momento de la audiencia pública, en el que los sujetos desde diferentes y divergentes posiciones acuden a controvertir un mismo objeto: Inocencia-responsabilidad, por medio del ejercicio de la contradicción ante un gran interlocutor, no pasivo, unipersonal o colegiado como lo es el director de la audiencia.

⁹⁶ FERRAJOLI Luigi. Derecho y razón. Ed. Trotta. p 37,38.

⁹⁷ El artículo 13 de la ley 600 de 2000 establece que en “desarrollo de la actuación los sujetos procesales tendrán derecho a presentar y controvertir las pruebas”.

Es la convocatoria a la gran diligencia, cuyo “telos” consiste en el ejercicio definitivo de principios procesales tales como la intermediación, la publicidad, la oralidad, la contradicción y la transparencia⁹⁸.

Infortunadamente, en la ritualidad de nuestros procesos penales, desde hace mucho tiempo, se le ha venido restando importancia a la diligencia de la audiencia pública, paulatinamente convertida en un remedo, más parecido a un sainete, alejado de trascendentalidad. En otro tiempo, no muy remoto, las audiencias fueron en Colombia especialmente en las ciudades importantes, eventos de enorme importancia con protagonistas igualmente prestantes que contribuyeron con su oratoria forense a enriquecer la historia judicial del país⁹⁹. Empero, después de la supresión del jurado de conciencia y de haberse omitido en algunos procesos la audiencia pública, esta diligencia se convirtió paulatinamente en un acto procesal más, caracterizado por el “silencio de lo escrito”. Si bien la ley procesal exigía a los intervinientes la presentación de un resumen escrito de sus exposiciones orales, lo cierto es que las exposiciones orales se convirtieron en lánguidos resúmenes de las exposiciones escritas.

Existe ahora, especialmente en el actual Código de Procedimiento Penal, un marcado interés por la importancia de la audiencia pública con un fortalecimiento en ella de los principios antes aludidos de la publicidad, la oralidad y la intermediación. El Consejo Superior de la Judicatura ha dedicado buena parte de sus recursos a la construcción y dotación de salones para audiencias, decorosos y funcionales en diferentes ciudades del país. Se tiene conocimiento, además, de la elaboración de constantes talleres para que, especialmente, los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación se preparen para la intervención oral en las audiencias, como para la habilidad en la práctica de interrogar y contrainterrogar. Prueba de lo anterior es que en la ley 600 de 2000 los artículos 401 a 410 están dedicados a la preparación y celebración de la audiencia pública¹⁰⁰.

Convocada la audiencia pública y reunidos en la “gran diligencia” los sujetos procesales, es menester precisar cuál es su objeto principal. A mi juicio, no es otro que el de aportar los elementos de juicio indispensables para conformar e integrar UNA VERDAD. Para ello, unos presentarán sus tesis, los otros, por el ejercicio de la contradicción, sus antítesis para que finalmente el juez elabore la síntesis para cerrar con ella todo el ciclo dialéctico.

2. La verdad.

Pero, ¿cuál verdad?

¿La que corresponda exactamente con la realidad, una verdad real?. Acaso la histórica, si es que no siempre coincide con la real? ¿Se trata entonces de una verdad formal? ¿Será posible la coexistencia de varias verdades?¹⁰¹ Lo cierto es que en el proceso penal, a la verdad se pretende llegar mediante un

⁹⁸ Especialmente elocuente sobre este aspecto es el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional C-427/96.

⁹⁹ Se recuerdan por ejemplo las intervenciones de Jorge Eliécer Gaitán, José Camacho Carreño, Carlos Lozano y Lozano, Augusto Ramírez moreno, José Antonio Montalvo, Fernando Londoño y Londoño. La editorial Temis publicó en 1971 las oraciones forenses de algunos de los aquí mencionados. Las librerías igualmente ponían a disposición de los interesados obras famosas sobre intervenciones forenses (Ferri, Carmelutti, Joaquín María López, Jiménez de Asúa) y hasta manuales sobre elocuencia forense.

¹⁰⁰ En la Reforma Constitucional para el nuevo régimen de la Fiscalía General de la Nación como en el régimen procesal previsto para el año de 2005, se advierte aún un mayor impulso a la oralidad por el sistema acusatorio puro que se ha de adoptar y, por consiguiente, para la implementación de un juicio oral, contradictorio y concentrado.

¹⁰¹ ARENAS SALAZAR Jorge. Pruebas penales. Ed. Doctrina y ley. 1996. El autor dedica una parte de su texto al análisis de la verdad, indicando las corrientes filosóficas que niegan la posibilidad de conocerla, o las que destacan la existencia de

sistema probatorio, vale decir, por medio de una epistemología que configura un concepto de verdad procesal, vinculado a un principio de cosa juzgada.¹⁰²

Por lo general, la verdad hay que “desocultarla”, porque como lo dijera Heráclito, “las cosas se mantienen ocultas por naturaleza”. Con la expresión “*aletheia*”, los griegos se referían a la acción de “desocultar”, vale decir, despojar a la apariencia de la ficción, la mentira y el engaño y de esta manera, despejar a la verdad, lo cual reclama un método especial, por lo que se puede afirmar que entre lo verdadero y el discurso verdadero existe una relación que se produce con la sinceridad del lenguaje.¹⁰³

El discurso debe encerrar la inteligibilidad de las cosas mismas que constituyen el enunciado de la proposición que se formula. El “*logos*” de tal proposición (“*apophansis*”) se traduce en la **razón** de tal discurso, la cual comprende diferentes conceptos y matices enunciados de manera absolutamente clara, lo cual exige que quien los pronuncie debe tenerlos suficientemente diáfanos. Aquí radica el grado de complejidad, por cuanto que no sería posible la comprensión de enunciados que involucren, por ejemplo, conceptos de derecho, justicia, igualdad, equidad, verdad, que no hayan sido emitidos de manera límpida, vale decir, con el lenguaje apropiado y la argumentación controlada y motivada.

En efecto, si la exposición involucra problemas de relevancia, esto es, de selección de conceptos y normas, de interpretación de unos y otros, como de su prueba y calificación, se requiere no sólo de un método de exposición sino también de argumentación ya sea ésta configurada mediante inducción, deducción, analogía, reducción a lo absurdo, etcétera.

3. El lenguaje.

Como se desprende de lo anterior, el lenguaje juega aquí un papel importantísimo. Aristóteles sostenía que el hombre es un ser vivo dotado de “*logos*”, esto es, que el ser vivo racional lo es no sólo por razón de su capacidad de pensar sino también, preferentemente, de transmitir. El hombre es el único poseedor de ese “*logos*” porque puede pensar y puede hablar. Con el lenguaje permite que otro vea o aprecie lo que él ve y aprecia, y esa capacidad de comunicación le está facultada al ser vivo dotado de lenguaje¹⁰⁴.

El tema de la comunicación ha estado en auge durante varias décadas como parte de una “nueva filosofía”. Durante muchos años existió la persuasión de que la filosofía pertenecía exclusivamente a

realidades objetivas que pueden ser materia de conocimiento, y en fin, con citas de autorizados tratadistas que de los metafísicos, a los agnósticos, los antidialécticos realiza un concienzudo estudio de las verdades “ hasta cierto punto” de las “relativas”, frente al debate probatorio y principio de contradicción y el *in dubio pro reo*.

¹⁰² “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta”, reza el art. 19 del C. de p.p. Implica que si después de la sentencia definitiva aparece la prueba de una “verdad diferente”, ya no será posible un nuevo juicio, salvo cuando en virtud del artículo 220, ibídem, procede la acción de revisión. Bajo esta consideración, a quien por imputarle a otro la comisión de un hecho delictuoso, deba afrontar un proceso por calumnia, no se le permitirá acudir a la “*exceptio veritatis*” si la imputación, fue objeto de preclusión, cesación de procedimiento o absolución. Porque prevalece la verdad procesal.

¹⁰³ “Según Heráclito, en cuya visión del mundo tan sólo el proceso, el de venir es lo que tiene lugar (nadie se baña dos veces en el mismo río) las cosas surgen de sus contrarios y todo acontecimiento es regido por una ley, una razón, un logos”. Heidegger enseña que “ocultación y encubrimiento son correlativos. El encubrimiento es propio de la acción y del lenguaje humano, porque el lenguaje humano no expresa sólo la verdad sino la ficción, la mentira y el engaño”. La cita está tomada de Hans Georg Gadamer. Verdad y método. Vol. II. p. 53. Ed. Sígueme -Salamanca 1994.

¹⁰⁴ GADAMER. Ob. cit. p. 145

privilegiadas personas dotadas de especial inteligencia, que los hacía diferentes de los demás de su especie. Hubo una época también en que la filosofía fue abandonada justamente cuando el paradigma del pensamiento estaba constituido por el compendio de las ciencias naturales¹⁰⁵. Posteriormente, con el resurgimiento de la filosofía a través de la comunicación y justamente ante la “bidimensionalidad del lenguaje”, se dijo que la filosofía es una ciencia “de todos”¹⁰⁶.

Resulta paradójico que, no obstante haberse denominado al siglo XX como el siglo del lenguaje¹⁰⁷, específicamente el idioma castellano hubiera cedido tanto terreno ante otros idiomas, mostrándose permeable a toda clase de extranjerismos (“anglicanismos, galicismos”) defecto que se ha acentuado ante la penetración inevitable del lenguaje de los sistemas, caracterizado por modismos y neologismos que han hecho de él una manifestación diacrónica, no sincrónica. Las palabras que se acaban de emplear, para aludir a la uniformidad y a la evolución, constituyen un ejemplo de un lenguaje terminológicamente abandonado.

De otra parte, ya desde la antigüedad se impuso la conciencia de que el lenguaje no siempre funciona de una manera enteramente fiable¹⁰⁸. Los sofistas, en efecto, en su tiempo formularon constantes paradojas como argumentos que manejaban demolevemente el principio de la contradicción, obstaculizando con ello la conclusión. Se reconoció entonces que el lenguaje genera muchas veces “sinsentidos”, “contrasentidos”, confusiones e inseguridad y por eso mismo pasó a ser un tema de estudio como objeto mismo de la investigación. Con el objetivo de obtener un lenguaje unívoco y exacto se tuvo que reconocer un enorme relativismo en él, más aún, ante la especificidad de las palabras en determinadas ciencias o ramas del conocimiento. Así por ejemplo expresiones tales como “noche”, “nocturnidad”, “honestidad”, “acceso carnal”, son términos que gramaticalmente tienen un sentido pero en el campo del derecho penal no es el mismo. Hoy por hoy no es suficiente en términos de la comunicación el “qué se dice”, por cuanto que su contenido varía según “a quién lo dice”, pues de ello depende el “como se dice” considerando también “quién lo dice”¹⁰⁹.

Debemos tener presente que el lenguaje no sólo se manifiesta por medio de signos rígidos que conforman la sintaxis, sino que también se revela por la semántica que son los mismos signos pero conectados con la realidad, según el punto de vista sincrónico o diacrónico que interpreta el significado de los enunciados generados por la sintaxis y el léxico y la semiología que en su acepción exacta vincula el lenguaje con la vida social. Por esta última, existen vocablos que en una región tienen un significado social diferente y en ocasiones hasta inconveniente de pronunciar en otra.

Es inevitable tener que reconocer que el lenguaje acude a múltiples formas de expresión que de manera efectiva o aparente lo alejan de la verdad.¹¹⁰

¹⁰⁵ Se dice que Enrico Ferri al presentar los fundamentos de la escuela positiva natural, de preeminencia sociológica, al rebatir el abstraccionismo que le atribuía a la escuela carrariana con su famoso “abajo el silogismo” destacaba la prevalencia de las “células” sobre las “ideas”. Así ZAFFARONI Eugenio. Manual de derecho penal parte general p 242 y s.s. Ed. Ediar

¹⁰⁶ WITTGENSTEIN Ludwig en sus Investigaciones Filosóficas generó una verdadera filosofía del lenguaje. HAFT, ib, p 229. PEÑA AYAZO Jairo Iván. Ed. U.Nal. 1994.

¹⁰⁷ HAFT Fritjof. Derecho y lenguaje. PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. P.226. Ed. Debate. 1992.

¹⁰⁸ HAFT, ib. p. 226.

¹⁰⁹“La pragmática de la que han sido abanderados PERELMAN y TOULMIN, construye la argumentación desde la perspectiva de quien y ante quien se expone los argumentos”, entendiendo la argumentación como un proceso interactivo entre el orador y el auditorio. LOPEZ VILLEGAS Eduardo. Derecho y argumentación. U. Manizales. ECOE Ed. p.163.2001.

¹¹⁰ El **eufemismo** por ejemplo, que mediante las fórmulas de que se vale la cortesía, la diplomacia o la política revelan que, como en la “mentira piadosa” no todas las expresiones coinciden con la realidad o con la intención de quien las dice. En las **metáforas** siempre hay un sentido figurado. El **sinécdoque** se restringe o altera de algún modo el significado de las palabras

El lenguaje del derecho no se sustrae, claro está, de la complejidad que le aporta el lenguaje ordinario por consiguiente, ante la imposibilidad de su univocidad, se tiene que aceptar su carácter plurívoco.

En la actualidad existe una evidente contraposición entre dos corrientes que disputan su predominio en la filosofía del lenguaje jurídico a saber, el **racionalismo**, apoyado en una moderna lógica jurídica, respaldada en los últimos años por la informática jurídica y una reacción denominada **intencionalista** así llamado al que, con base en un lenguaje ordinario, se manifiesta de manera natural y correcta.¹¹¹

Hoy se registra un lenguaje jurídico “retóricamente” estructurado conforme al cual, “todo enunciado jurídico es intencional, persuasivo, pragmático” y, por consiguiente, de ninguna manera neutro,¹¹² construido sobre lo cotidiano que sin dejar de ser preciso e inequívoco, procura transmitir certeza y seguridad jurídica, tanto en la ley como en las decisiones judiciales. El “lenguaje del jurista” no puede pretender el caos para impedir con ello una decisión, por el contrario, analizando alternativas decisorias, construyendo indicios, sopesando pruebas y seleccionando argumentos, contribuye a disolver el conflicto a crear el orden y para ello, el medio que inevitablemente tiene que emplear. Es lenguaje de lo jurídico. Su cumbre, pues, radica en la argumentación, en la que sin acudir a coacciones ni a voces altisonantes (gritos) aporta en el contexto de un diálogo, una ponderada colaboración que conduce a decisiones que si bien son discutibles, son también controlables.

4. La argumentación jurídica

Si, como se ha dicho, el objeto del proceso penal consiste en el conocimiento de la culpabilidad, como contradicción de la inocencia, o de la supremacía de ésta por no haber sido desvirtuada, es evidente que en todos los momentos de connotación y disposición que se asumen a lo largo del proceso, pero especialmente en el que se concentran todos los principios (inmediación, verificación, denotación, oralidad), esto es en la audiencia pública, los sujetos procesales realizan para el juez un ejercicio de convencimiento de la verdad que alegan, como la que ha de predominar en la decisión final. La transmisión del pensamiento persuasivo se realiza mediante la exposición de argumentos. Así como la ciencia del conocimiento se ha desarrollado en la historia a través de diferentes paradigmas¹¹³, uno de los cambios más importantes que la filosofía del derecho ha experimentado a partir de la segunda guerra mundial ha sido el de la teoría de la argumentación jurídica. Si bien, el estudio de la argumentación parte de tradiciones muy antiguas, la nueva teoría que cobra su apogeo con la lógica de lo razonable de Recaséns Siches (1956), la lógica no formal de Toulmin (1958), la tópica de Vieoweg

para designar un todo con sólo una de sus partes, o con el de la materia de que está formada, en la **elipsis** se omite en la oración una o más palabras necesarias para la comprensión gramatical, la **silipsis** que es un cambio de concordancias, la **prosopopeya** mediante la que a lo inanimado se le atribuye la característica de lo animado.

¹¹¹ “Los anglosajones entienden el lenguaje como proceso en el que se utilizan signos para reflejar, almacenar y procesar la realidad”. “En Alemania más bien ha sido determinante otra línea, la hermenéutica jurídica que, por lo demás, forma parte también del contexto intencionalista y conscientemente se concibe como polo opuesto al racionalismo, especialmente a la lógica jurídica”. Está línea entreteteje conceptos del reino de las ideas, desarrollado en textos importantes (“sagrados”) con los cuales se despliega un lenguaje que no se despoja de un elemento “místico” propio de las ideas. Cfr. HAFT. p. 230 ib.

¹¹² Esta retórica es muy distinta de la ornamental y ampulosa que caracterizó la vieja retórica sobre todo, en su fase decadente. Hoy en todo el mundo se habla de una “nueva científica y posaristotélica retórica” (*new rhetoric, nouvelle rhetorique, rhetorica nova*) (Perelman y Olbrecht-Tyteca, 1989).

¹¹³ LOPEZ V. E. Ob. cit. En este interesante estudio de filosofía del derecho el autor repasa de manera muy didáctica las diferentes visiones paradigmáticas que la inteligencia del hombre ha desarrollado para el conocimiento del derecho, desde el llamado paradigma teleológico griego al del derecho natural escolástico y de este al racional, luego al paradigma del formalismo jurídico, y de este a la lógica del derecho y luego al realismo jurídico, para finalizar con el de la argumentación de lo razonable de Recaséns Siches y el nuevo de la argumentación jurídica.

(1964) y la nueva retórica de Perelman (1989), parte de la consideración crítica de descartar el alcance de la lógica deductiva, que con anterioridad constituía el verdadero sentido de la argumentación.¹¹⁴ Todos estos autores coinciden en que la lógica deductiva no es el instrumento adecuado para dar cuenta de las argumentaciones que se producen en el ámbito del derecho. Desde luego, como lo reclama Atienza,¹¹⁵ ello no significa que la lógica formal deductiva no tenga oficio en la argumentación jurídica y de hecho se concede gran importancia a la lógica formal en el juego de la nueva argumentación jurídica.¹¹⁶

En la audiencia pública, principalmente, los discursos argumentativos de los diferentes sujetos procesales que en ella intervienen, inicialmente se proyectan sobre la *questio facti*, que constituye el primer objetivo del conocimiento dentro del proceso. Como es comprensible, existirán diferencias puesto que cada uno de ellos pretende ser el poseedor de la verdad de los hechos que han sido materia de la investigación y que luego lo son del juicio. También resulta explicable que existan diferentes métodos no solo para el conocimiento de esa verdad fáctica, sino también para transmitirlo de una manera convincente.¹¹⁷ A esto último apunta justamente la argumentación jurídica. Desde luego, los sujetos procesales también incluirán en sus exposiciones su comprensión referente a la *questio juris*, la cual implica juicios valorativos respecto del contenido y la interpretación de las leyes aplicables, para lo cual se acudirá a conceptos provenientes de la jurisprudencia y la doctrina.

Sin duda, si bien cada discurso obedece a una línea de

entendimiento, ésta no deja de estar contaminada de la parcialidad de cada sujeto, proyectada según el interés explícito o recóndito que tiene y representa, como también de opiniones preconcebidas y de prejuicios, con lo cual, pretendiendo demostrar su verdad, resulta “ocultando” la “verdad verdadera”. He ahí el juego de la contradicción, por cuanto que la parte que le es opuesta pretenderá refutar, expresando su verdad con su parcialidad, sus preconceptos y sus prejuicios, opuesta a la que, por contraria, considera no “correcta”¹¹⁸.

En la argumentación jurídica, justamente, debe incluirse un *ethos*, como una razón, pero a diferencia de la lógica tradicional no se sustenta en la “lógica de lo tradicional”, sino en la lógica de lo “razonable”, vale decir la lógica de lo humano.¹¹⁹ Las “buenas razones” no solamente conectan el conocimiento y la acción con la vida sino también, perteneciendo el derecho al contexto de los

¹¹⁴ ATIENZA Manuel. La argumentación jurídica, en EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Enciclopedia Iberoamérica de filosofía. Ed. Trotta. P. 232 1996. Las decisiones judiciales -dice este autor- construidas sobre la lógica deductiva, contienen un sentido muy débil, “puesto que ella no indica cómo se establecen las premisas, no dice en rigor cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios, es decir, tiene valor probatorio, pero no heurístico. Descarta como argumentos válidos aquellos en los que el paso de las premisas a la conclusión no tiene carácter necesario, aunque sea altamente plausible”.

¹¹⁵ ATIENZA M, ib. p 233

¹¹⁶ Se concede el mérito de elaborar verdaderas teorías de la argumentación jurídica a autores como Alexy (1978), MacCormick (1978), Aarnio (1987), Thomas Kuhn (1990), J. Habermas (1998), Norberto Bobbio (1965), García Amado J.A (1968), Hart y Ronald Dworkin (1989) y, desde luego Manuel Atienza. Ob. cit p. 232.

¹¹⁷ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. El Juicio oral en Colombia. Ed. Gustavo Ibáñez 2001. El autor enuncia y explica dentro de las técnicas de argumentación los argumentos cuasilógicos (el ridículo, reciprocidad, transitividad, inclusión, todo y parte, medidas y probabilidades) los basados en la estructura de lo real (causales pragmáticos de dirección, de superación, de coexistencia, de ruptura y freno, simbólicos, de grado y orden “*ad exemplum*”, modelo-antimodelo, analogía y metáfora).

¹¹⁸ Por todos, GADAMER Hans. Verdad y método. Vol I.

¹¹⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Tercera edición. Ed. Porrúa S.A. 1980. Págs. 277 y ss.

“saberes normativos”, con el sentido del deber, pero de un deber “valioso”, esto es, que desde una perspectiva teleológica, según su fin, persigue un bien, que es múltiple, en nuestro caso, la justicia, la certeza y la seguridad jurídicas, y por ese camino la solidaridad, la igualdad, la equidad y, claro esta, la paz.¹²⁰

Si uno de los objetivos del proceso penal, que se concentra en la diligencia de la audiencia pública, consiste en el “descubrimiento” de la verdad, entendida ésta como la que corresponde con la realidad, debe aceptarse que los argumentos que en ella se expresan, constituyen opiniones con un **probable** contenido de verdad, sobre los cuales es factible establecer un *sensus communis*, que es una resultante del intercambio de las opiniones. En esta aseveración hay un giro de los términos de la moderna argumentación al modo antiguo aristotélico, es decir en la teoría de la argumentación jurídica, “se rehabilita el método antiguo y se rescata para la epistemología las prácticas jurídicas, respetándolas en su esencia”¹²¹.

En este orden de ideas, la argumentación exige de la **coherencia**, entendida esta como la coincidencia entre un sistema de valores y la convicción que de él tenga el expositor de tal manera que al transmitirlo, persuada que cuanto afirma es cuanto cree. De ahí depende que sea digno de crédito.¹²²

La **racionalidad**, de otra parte, desde este punto de vista, reclama **autenticidad**, lo cual asume reconocer autonomía en el pensamiento y capacidad de reconocer las dificultades, problemas o conflictos que su argumentación afronta, para sopesar la manera como pretende superarlos, con lo cual le aporta a su raciocinio una estructura consistente, que hace mas creíble su exposición, pues la despoja de vana presunción de la rotundidad de pretender ser el “dueño” de la verdad. El raciocinio discurre sobre lo probable, sin contradicciones intrínsecas y siempre con la mira puesta en el argumento de los demás. Puede, en consecuencia, adherir a un punto de vista ajeno, puede compartir la opinión de su contraparte, puesto que lo importante es contribuir a la integración de una verdad, la que se obtiene con los argumentos de todos, por consiguiente, su carácter esencial no radica en la logicidad de la inferencias sino en su caracterización de estar “en favor de” o “en contra de”.¹²³

El discurso jurídico¹²⁴, en consecuencia, ya no se apoya en la perspectiva propia del monólogo, ni del dominio formal de un teorema y menos en que el “orador se esfuerce en ganar la aceptación total de su tesis por parte del auditorio”¹²⁵. El campo de la argumentación es el de la verosimilitud, de lo plausible, lo probable, mediante el empleo propositivo de un lenguaje común, dentro de una tónica comunicativa de permanente interacción¹²⁶. Su dimensión es **dialogística** cuyo fundamento es el

¹²⁰ HABERMAS Jürgen. Facticidad y validez. Ed. Trotta.1998. P 92. En similar sentido LOPEZ V. Eduardo. Derecho y argumentación. Págs. 49 y ss.

¹²¹ LOPEZ VILLEGAS, E. ob. cit. p. 145.

¹²² “Una buena razón se demerita si esta en boca de quien se le conoce por exponer ideas opuestas a la que ahora expone”. Aplicación aristotélica. LOPEZ V. E. Ibídem.

¹²³ ATIENZA M. Ob. cit p. 235

¹²⁴ “Es un concepto que permite comprender teóricamente la realidad del derecho en la sociedad occidental. El concepto del discurso (Foucault) se utiliza para describir el derecho como una unidad específica del pensar, hablar y actuar lográndose, así, consignar sus características principales. De una parte, el pensar, hablar y actuar están indisolublemente ligados entre sí en los procesos que caracterizan el desarrollo humano. Con la ayuda de conceptos básicos de índole narrativa, la individualidad, la causalidad, el equilibrio, el discurso jurídico adquiere su característica narrativa.” BROEKMAN JAN M. Derecho, Filosofía del derecho y teoría del derecho. Ed. Temis. 1997. p. 144.

¹²⁵ RAMÍREZ B. Yesid., citando a MONSALVE Alfonso en su teoría de la argumentación. P. 151.

¹²⁶ RAMÍREZ B. Y. ob. cit. P. 152. citando a PERELMAN

consenso. No está precedida por un razonar subjetivo, sino **intersubjetivo**, pues la “verdad” jurídica no se averigua subjetivamente, sino que se construye intersubjetivamente, no se demuestra en su certeza inmanente, sino que se justifica en su razonabilidad para los demás.¹²⁷

Eduardo López Villegas, en su interesante obra, consigna como características de la argumentación jurídica, el interés jurídico que la precede, la condición de la concurrencia de varios sujetos jurídicos, dado el entramado de relaciones intersubjetivas existentes, la institucionalidad jurídica en que se desenvuelve, el racionamiento práctico de su contenido, su carácter comunicativo y su referencia definitiva a situaciones particulares.¹²⁸

5. Conclusiones

La audiencia pública es la pieza procesal por excelencia en el proceso penal que ha arribado a la etapa del juicio. Allí se concentran sus principios y se expresan todos los esfuerzos desplegados para encontrar la verdad.

Es el escenario espléndido de la contradicción como la manifestación suprema de la dialéctica, entendida esta como la ciencia que trata del raciocinio, de sus leyes, formas y modos de expresión¹²⁹. Por esto mismo, no se puede comprender sino dentro de un contexto de oralidad, de ahí su nombre, pues la palabra audiencia alude a lo auditivo (oír). La oralidad se constituye así en una garantía de la actuación judicial prístina, que no lo sería tanto sino estuviera a su vez sustentada dentro del principio de la publicidad, que es el que permite la transparencia, por el control que se puede ejercer sobre un evento no reservado, no clandestino, no oculto, como corresponde a un Estado social de derecho que actúa de forma visible a la realidad, sin dar la espalda a la comunidad social. En la audiencia pública se concentra el debate sobre los hechos y sus pruebas, sobre su valoración sociológica y jurídica y se convierte en el escenario formidable de la dignidad, por cuanto que es allí donde se discute la inocencia de un ser humano y donde se permite el ejercicio de su defensa mediante el ejercicio de la opción verbal, porque “la palabra es defensa; la palabra es dignidad. Restringirla, restringir la opción verbal, el debate verbalizado transformarlo en una instancia escrita, entraña el riesgo de prohiar en la práctica el silencio..., el silencio escrito”¹³⁰.

¹²⁷ Pensamiento es de GARCIA AMADO Juan, tomado de su conferencia Tópica, Retórica y Teoría de la argumentación jurídica. U. Externado de Colombia, 1996. Cita de LOPEZ V. E. ob. cit p.159.

¹²⁸ Ob. cit. pgs 165 a 186.

¹²⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

¹³⁰ En aclaración de voto a la sentencia C-42796.

Límite de la apelación a decisiones mixtas

▪ Por YESID RAMÍREZ BASTIDAS
Magistrado Sala de Casación Penal

1. Debido proceso. No es un fin en sí mismo sino un medio para (i) materializar la adecuada administración de justicia, (ii) proteger a la sociedad en sus propósitos e intereses generales y (iii) los derechos y libertades, en cabeza de cada uno de sus miembros.

En el proceso penal, que por definición es dialéctico, de controversia, se debaten intereses contrapuestos, esencialmente unos de carácter social y otros de contenido individual, buscando el equilibrio entre unos y otros, y por eso es escenario constante del enfrentamiento entre el **ius puniendi** y el **ius libertatis**, tratando de conciliarlos de tal manera que la sociedad no quede desprotegida en sus principios, valores y objetivos como tampoco el individuo cuando es sometido a investigación y juzgamiento.

2. Naturaleza de la notificación. Con la notificación de las providencias judiciales a los sujetos procesales, se les materializa el principio de publicidad de raigambre constitucional. Con ella: (i) se formaliza este principio para el inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación; y además, (ii) procura asegurar la legalidad de las determinaciones adoptadas en una instancia judicial¹³¹, finalidades que conforme al inciso 2º del artículo 2º de la Constitución política, se constituyen en pilar esencial y propósito estatal.

Puesta la providencia en conocimiento, el sujeto procesal afectado con ella puede ejercitar **el derecho constitucional de impugnación** desde que exista -entre otros presupuestos- **el interés** para recurrirla derivado de la afectación de sus pretensiones dentro de la actuación pues si la decisión le es favorable, no tiene por qué recurrirla, no obstante lo cual, existe un espacio procesal para los no recurrentes optativo en su utilización.

3. Limitación en la apelación. Conforme a este principio, el **ad quem** tiene competencia para pronunciarse sobre los temas objeto de la impugnación respecto de los cuales el recurrente cuente con interés jurídico, y la extiende a los asuntos inescindiblemente vinculados.

Ese límite, frente a decisiones que favorecen a un procesado y desfavorecen a otro, en eventos donde la defensa de cada uno se fundamenta en la inculpación del otro, como suele ocurrir en los accidentes de tránsito en los cuales los conductores implicados son procesados y a la vez lesionados, siempre se amplía a la revisión de la situación de quien no ha impugnado.

4. Casuística. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una providencia calificatoria en la cual se dicta resolución de acusación contra uno y se precluye la instrucción a favor del otro. Esas decisiones, que no adquieren ejecutoria parcial, son susceptibles de ser discutidas por el acusado, quien deriva interés jurídico para contradecir la preclusión de dos circunstancias: a) Porque imputarle al otro la

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-641 de agosto 13 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

responsabilidad en el hecho es una forma casi que natural y habría de defenderse; y, b) Porque desde su punto de vista, es víctima de la conducta del otro.

No cabe duda, entonces, que si explícitamente el apelante solicita la acusación del no recurrente, como conclusión evidente de los argumentos en los cuales fundamenta la pretensión de que la resolución acusatoria que lo afecta sea revocada, el punto es objeto del recurso y debe resolverlo el funcionario de segunda instancia. Y si no se hace expresa la pretensión en el recurso, igual debe pronunciarse el *ad quem* sobre la situación del otro implicado, pudiendo acusarlo de encontrar demostrado que fue él y no el acusado por la primera instancia el responsable de lo sucedido, pues no es un asunto que lógicamente pueda considerarse aparte del tema de la impugnación, sino que la integra o, en último extremo, puede tratarse como asunto inescindiblemente unido al objeto del recurso apelativo.

Lo anterior es evidente: si los argumentos del apelante –quien busca prioritariamente ser exonerado de responsabilidad penal— están en la línea de imputarle al otro procesado la causación culposa de las lesiones de las cuales se considera víctima, e igual de los homicidios o lesiones de los demás ocupantes del vehículo, es obvia su oposición a los términos de la preclusión.

Y es que no existe otra salida: si la revocatoria de la acusación que persigue es dependiente de que el funcionario de segunda instancia crea su versión y no la del otro, resulta manifiesto que la situación de éste es un aspecto central de la impugnación al tratarse de dos cuestiones que se conectan íntimamente y que no es posible resolver con abstracción de su interdependencia necesaria.

El interés jurídico para debatir como acusado la preclusión dictada a favor del otro procesado, adicionalmente, deriva de la condición de víctima, que le otorga los derechos de reparación económica, verdad y justicia, cuya satisfacción no le era posible perseguir como parte civil pues constituirse en ese sujeto procesal se lo impedía su situación de sindicado.

Esas garantías esenciales materializadas en estos tiempos en los criterios fundantes de la “justicia restaurativa”, tienen como fundamento, además de amplios espacios de los Código Penal y de Procedimiento Penal, los artículos 1º, 15, 21, 93, 95, 229 y 250 de la Carta Política y varios instrumentos de derecho público internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 superiores), dentro de los cuales cabe destacar la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso del poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; el Estatuto de Roma, aprobado mediante la Ley 742 de 2002, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal o Reglas de Mallorca (1992), entre otros.

Todo ese conjunto normativo respalda al procesado-víctima quien es titular de la prerrogativa de conseguir la satisfacción de sus derechos y, en consecuencia, cuenta con variado interés para discutir tanto la acusación formulada en su contra como la preclusión de la investigación dictada a favor del otro procesado en esos casos singulares donde uno de los dos es el responsable, o ambos, pero nunca los dos inocentes, esto es, donde la inocencia del uno es dependiente de la responsabilidad del otro con trascendencia en materia de victimología, planteamientos éstos de mayor rigor si el no recurrente –precluido ha presentado alegatos contestando a las citadas pretensiones del apelante- procesado-víctima.

Escolios acerca de la reforma a la justicia*

- Por MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ
Magistrado de la Sala de Casación Civil

Hay vientos de cambio. Se avecina una reforma a la justicia. Y ya sabemos lo que la administración de justicia representa como valor democrático. Es ésta la hora de recordar cuán necesario es que los asociados estén convencidos, antes que compelidos, de que más vale dilucidar sus diferencias ante los jueces; pero bien claro se ha de tener que la comunidad no se persuade sino en cuanto haya una respuesta judicial digna de respetabilidad. La legitimidad del poder judicial reside en la credibilidad de sus decisiones, pronunciadas libres de todo apremio e interferencia. El “cúmplase” con que suele rematarse todo proferimiento judicial debe significar mucho más que la simple expresión de la fuerza estatal; ojalá que las sentencias, aunque omitieran tan perentoria orden, se acatasen por fuerza de su legitimidad.

A ello debe apuntar la reforma que se anuncia. El clima judicial que se vive marca un hito en la historia del país, el cual no puede desaprovecharse sin caer en imperdonable prodigalidad. La autonomía de la rama judicial está herida y es el momento para la reflexión. Nadie más obligado que nosotros a velar por la suerte de la justicia, “timón en mano y sin rendir los ojos al sueño”. Porque si, lo que no suceda, no se endereza el rumbo y sobreviene un desastre, contra nosotros irán los ayes y clamores. Es la ocasión de tomar sobre sí, todos a una, las responsabilidades que concierne a una rama que, como la judicial, es connatural a la autonomía. Por mucha que sea la fatiga, cubrirla con todos los escudos. Arrojarla. Ponerla al abrigo de acechanzas siniestras.

Necesidad de la reforma

Si en estas materias algo han de consentir los pueblos del mundo es que toda modificación a la Carta debe estar precedida de una necesidad casi absoluta. Porque si la Constitución es lo que debe ser, vale decir, un breviario de lo que una sociedad estima fundamental, no tiene porqué andar soportando enmiendas por doquier.

No hay mayores balances de los cambios que en materia de justicia introdujo la nueva Carta Política. Pero desde un comienzo pudo observarse que no todo era halagüeño, pues cualquiera, sin ser profeta de grandes atisbos, descubriría un camino tortuoso para la autonomía de la rama judicial. Cuando el país creía que lo de la injerencia de los otros poderes públicos en los jueces, era asunto del pasado y que jamás se repetirían dolorosos episodios, permitió, no se sabe a qué costo, que se reviviera. Pues ahora hay magistrados que deben pasar por el cedazo del poder legislativo. ¡Imposible que ello sea así!, es la expresión que al punto manifiestan quienes saben de lo que representa la legitimidad de las decisiones judiciales.

* Apartes de la intervención del autor, con la ponencia del mismo nombre, durante el VI Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, realizado en la ciudad de Ibagué del 25 al 27 de septiembre de 2003.

Lo demás vino por añadidura. El asunto ya se reducía, en efecto, a refinados y ambiciosos argumentos como el de la tutela contra providencias judiciales, para arrebatarle a la rama judicial su autonomía. Atajos y andurriales estos que luego se tornaron en anchurosas vías licenciosas para llegar hasta las propias decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Quienquiera que haya leído la Carta Política sabe que a esas dos Corporaciones se les reconoce como máximas autoridades en sus respectivas jurisdicciones. Y aún así, en grave afrenta para el idioma mismo, tozudamente quieren inventarse el superlativo “más máximo”; por donde se viene el pensamiento que si esa es la lectura que hace el propio guardián de la Constitución, más valiera que ella se defendiera a sí misma, para no tener que oírle pronunciar la frase de Julio César cuando ya moribundo avistó entre los puñales asesinos el de Bruto: ¿tú también, hijo mío?. Y así, valiéndose de las más rebuscadas nomenclaturas y fraseologías, muchas de ellas reveladoras de una mal disimulada transculturación jurídica, interfieren los campos de otros funcionarios.

Obra, pues, concluida. Todas las decisiones de los jueces independientes controladas por jueces cuyo nombramiento no se produce sin la aquiescencia del parlamento. Y ese especial cuadro de cosas tiene como complementación, con lo que el horizonte se torna aún más gris, el hecho de que la función disciplinaria de la inmensa mayoría de aquellos jueces la cumplen magistrados nombrados directamente por el Congreso.

Como era de esperarse, a partir de allí se ha presentado cierta confusión, porque a veces no se sabe si esos funcionarios cumplen una verdadera y auténtica misión judicial o política. El caso es que el lindero entre una y otra no está bien trazado. Ya la denuncia, por cierto, no se presenta solamente entre los diversos órganos del poder judicial; escúchanse lamentaciones de todos los costados, incluidos quienes dicen que hasta el propio legislativo ha sido suplantado. Y es que no ha faltado ocasión en que, acaso considerándose como una elongación de la tarea legisladora, resultan sustituyéndola, cual lo han denunciado, para citar uno de los casos más frescos, juiciosos críticos en materia de impuestos. Lo cierto es que hay una sensación generalizada de invasión de órbitas ajenas. Y por ahí derecho el país ha experimentado un viraje en la manera de cumplir el juez con su función. Un magistrado debe ser una persona discreta, ponderada, ecuánime, y así lo habrá de demostrar en sus providencias. Parece ser axiomático que una buena providencia no requiere de micrófonos para explicarla, pues en el juez sí que se hace actuante la famosa frase de que “el silencio da peso a las acciones y crédito a las palabras” (Bacon). Es que, con la venia del lector, para decirlo más parroquialmente, cuando la herradura suena es porque algún clavo le falta. La respetabilidad en la decisión judicial la da su misma esencia, ojalá sin que se sepa quién la profirió, porque el verdadero juez renuncia a sus intereses personales por cuidar de los ajenos. No le debe interesar, pues, su figuración. A quien no le guste tan áspero desprendimiento, no debe intentar siquiera la magistratura, pues otros escenarios, donde sí se precisan vallas publicitarias porque lo del rostro es fundamental a la hora de ganar adeptos, lo esperan. Es cuestión de elegir simplemente. O lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez. Hacer de la justicia una cuestión mediática puede dar buenos dividendos, aun políticos, pero a buen seguro que la administración de justicia pierde, pues la tentación y la ambición resultan ser pruebas muy recias para el alma del juez. A la labor callada y silenciosa de un juez se opone, por consiguiente, anunciar sus decisiones sin que exista la providencia respectiva, tal cual como si se moviera en el mundo de la primicia periodística, y tanto más si se llegare a hacer con el propósito de pulsar la opinión pública para ver de establecer las bondades de sus razones; consultar la opinión favorable es aconsejable, y más que esto, necesaria, para la toma de decisiones políticas, mas no judiciales. Algo va de Pedro a Juan. Y como al tamiz del tiempo nada escapa, acaba confirmándolo; en efecto, si el magistrado hace su aparición en plazas públicas, en señal de respaldo o aprobación de una manifestación, ya no se trata simplemente de un mal síntoma, sino de la prueba misma de que el cariz judicial se ha echado a

perder. Cuando a este punto se llega, entonces se hace inevitable recordar la célebre sentencia de que la primera vez se peca con vergüenza, después por placer.

¿Es necesaria la reforma a la justicia? Ante semejante panorama, ¿quién podría dudarlo? El cuadro descrito no puede ser más catastrófico. La sociedad observa perpleja el descuadernamiento judicial del país. El sistema judicial hecho jirones, porque un monstruo de varias cabezas anda por ahí. La seguridad jurídica, ese inalienable valor para la convivencia de los asociados, ha sido pulverizado, por cuenta de argumentos de aquí y de allá. Claro, justo es reconocer que la seguridad entera no pasa de ser una utopía; evidentemente, en este espacio sublunar donde hasta el mismo destino del mundo es incierto, difícilmente puede haber cosa segura; hay que convenir entonces que un mínimo de seguridad para el ser terrenal, siempre le vendrá bien, a lo menos como paliativo. Siendo así, la marcha natural de las cosas indica que toda acción del Estado debe encauzarse a ese fin; y al propio tiempo es lícito pensar entonces que no puede ser cosa natural que al ser humano se le sumerja en más interrogantes. Basta con los que de hecho tiene.

En donde mejor se establece si un país es serio, es en la división de los poderes públicos, no como expresión retórica sino como realidad palpitante. La Constitución dice garantizarlo, pero los hombres ambicionan y practican la indivisión; y cual colindantes, gustan a veces de correr cercas a su favor.

Por otra parte, amén de otros temas específicos que reservado tienen su lugar para cuando sea ocasión, justificase la reforma en algo tan trascendental como es lo relativo a la parte administrativa que implica la gestión judicial. De la bien inspirada idea de que haya un sistema de gobierno de la cosa judicial a través de un Consejo Superior de la Judicatura, poco, por no decir que nada, queda en la práctica; y es que cualquier sistema que al respecto se imagine tiene que fracasar si falta conciencia de que no puede haber buen gobierno si se vuelve la espalda a lo que se gobierna. A hoy, tenemos una Rama Judicial frustrada en su vieja ilusión de hacer palpitante el principio de la autonomía que la identifique verdaderamente como uno de los poderes públicos, pues que el administrador parece obrar sin consultar sus intereses, esto es, a su antojo.

Valor e importancia de la jurisprudencia

La locución jurisprudencia alude tanto a la ciencia o conocimiento del Derecho, como también a las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales, siendo esta última la que ahora atrae nuestra atención.

En el entorno jurídico resulta de singular interés ese conjunto de soluciones dadas sobre ciertas materias por los tribunales, porque allí se dibuja el derecho vívido y, por lo tanto, refleja su estado actual. Su efecto multiplicador, esto es, el influjo de ella en otros fallos, no se hace esperar, pues habrá siempre la tendencia a seguir las pautas y derroteros que ella trace, tanto más si se concibe el recurso de casación que tiene precisamente por objeto la unificación de la jurisprudencia nacional. Así se ha reconocido desde siempre, bajo el entendido de que la unidad de criterio garantiza que la ley sea igual para todos, precisamente porque elimina el riesgo de que sea aplicada de distinta manera a cuenta de una hermenéutica varia.

En fin, está fuera de discusión la importancia de la jurisprudencia, y no es propiamente sobre lo que corresponde averiguar ahora mismo. La dificultad comienza es al tratar de determinar qué tanta fuerza atribuirle, pues que el punto suscita controversia de nunca acabar. Y todo porque en verdad allí se ponen a prueba muchos principios democráticos universalmente reconocidos, tales, el de la división de

los poderes públicos, la fuerza relativa de las sentencias, autonomía de los jueces, asuntos más que suficientes para hacer que el consenso zozobre. Las soluciones son entonces de la más variada laya, desde la que le desconoce de un tajo cualquier poderío, pasando por las que abogan porque se considere simplemente como doctrina probable o incluso más probable, la cual ha de seguirse en principio y para cuyo apartamiento se exige una fuerte carga argumentativa, o, en últimas que se la dote de vigor normativo con fuerza vinculante ineludible.

En un contexto exegético, por ejemplo, la fuerza de la jurisprudencia es enteramente subordinada a la de la ley, por supuesto que allí no se concibe nada por fuera de la ley misma, a la que se considera que no deja nada al arbitrio del intérprete, vale decir, que si el derecho está hecho, debe reinar entonces el lema de que los textos ante todo, así se agobie su espíritu. No seguir las palabras de la ley es obra de “espíritus impacientes” que se preocupan por dar paso a su arbitrio, a pretexto de analizar e interpretar las normas. Es claro, así, que la ley debe ser la única fuente de las decisiones jurídicas, porque “un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley”. El juez aplica la norma, no la juzga. La jurisprudencia, por obvias razones, carece de la función y fuerza de la ley, de cuya aplicación está encargada.

Ya cuando se derrota semejante omnipotencia de la ley, de suyo incapaz de condensar todo el obrar humano, porque la vida es más ingeniosa que el mejor de los legisladores, y porque la ley además de palabras también contiene silencios, se reconoció la enorme labor interpretativa del juez. Para aplicar el ordenamiento jurídico como un todo coherente e integrado y no reducirse a una función puramente maquinal. Las lagunas de la ley que la escuela exegética prefería ignorar antes que ver al juez convertido en legislador, ya no sólo podían sino que debían ser llenadas por el intérprete, ruta por la que se llegó inicialmente a admitir la función creadora de derecho por parte del juez. Es muy de subrayar aquí el origen de esta solución; al final fue la elegida porque juzgóse más conveniente que aquella otra de dar cuenta al legislador del vacío para que entrase a superarlo, pues que hiriendo ambas el principio de la división de los poderes, el mal menor era que el juez se convirtiera en legislador antes que éste en juzgador. Pero nótese que se trata de un juez que debe resolver un conflicto y que, por ende, no se trata de que simplemente esté autorizado sino compelido a hacerlo, bajo pena de incurrir en denegación de justicia. Más tarde, la función creadora fue extendida más allá de las simples oquedades legislativas, considerándose que su función es la de aplicar el ordenamiento jurídico como un todo coherente e integrado que, considerando la especiales circunstancias de una realidad social sobrevenida, conduzca al logro de los fines constitucionales y no reducirse a un función puramente mecanizada. Casi sobra decir que en medio de esta evolución, la importancia y la energía de la jurisprudencia subió de tono, dado que vino a aceptarse la enorme influencia estabilizadora que otorga el poder prever decisiones judiciales, lo que a su vez suministra certeza a los derechos y obligaciones de las personas. Admitióse en general que es un derecho legítimo de la comunidad tener la expectativa de que la interpretación judicial va a ser razonable, consistente y uniforme. Corresponde ahora examinar hasta dónde ha de llevarse semejante evolución conceptual. ¿Podrá llegar a equipararse la jurisprudencia con la ley?

Lo primero por decir es que ello constituirá una verdadera revolución en regímenes que hunden sus raíces en una tradición jurídica en la que prima la norma escrita, donde se conviene que la jurisprudencia valga mucho, pero no tanto. Es inconcuso que entre la regla escrita y la jurisprudencia existen puntos de coincidencia, como los de emanar del poder público, poseer obligatoriedad y coerción. Empero, cada una tiene características muy suyas que no sólo permiten distinguirlas a lo lejos, sino que las presentan como opuestas. Es perjudicial –alégase- para la división de los poderes que el juez se confunda en un todo con el legislador. Porque está bien que la ley sea universal en sus efectos, mas no las sentencias, que, por contraste, sólo obligan inter-partes. Vedado le está al juez

proveer por vía de disposición general, porque su pronunciamiento juzga lo que ya es historia, nunca para el porvenir; y la antípoda de esto lo constituye precisamente la tarea del legislador quien reglamentará para los días venideros, sin tocar, en principio, el pasado. La seguridad se aventura cuando se permite que la conciencia del juzgador reemplace la ley, habida consideración que habrá muchas maneras de entender la equidad, a cuyo título no son pocos los desvaríos y desviaciones, pues no faltan las interpretaciones temerarias y audaces. Así que es de una honda tradición oír decir que la sentencia no puede ser invocada de un modo general para resolver todos los litigios. Decisivo es tener presente a la hora de tomar determinaciones al respecto que la fuerza de las sentencias, cual se anunció desde el pórtico de esta disertación, debe radicar principalmente en su contenido intrínseco, en los conceptos ilustrados de que se vale, en la fuerza del raciocinio expuesto por los magistrados que las dictan. Cabe preguntarse aquí si, además, es preciso que se mande respetar. Así y todo la labor del juriconsulto, que es someter al escrutinio racional toda especie de autoridad pública, se acalle por efecto de tan inapelable mandamiento constitucional.

Y quedaría aún por evaluar que si, como ocurre, a veces la jurisprudencia es contradictoria o errónea, presentándose el caso de que hasta las propias Cortes las rectifican, esto sólo es suficiente y basta para repudiar que los efectos de las sentencias deban aceptarse más allá de la precisa causa que decidieron, sin previo examen; y que lo mejor es que por lo pronto sólo alcance a las partes, a las que pudieron hacerse sentir en el juicio, pero no a terceros. Incluso ni siquiera ate a su propio autor.

Mas los que proclaman que la jurisprudencia obtenga la jerarquía de fuente formal del derecho, contra-atacan destacando que hace mucho que la función del juez dejó de ser mecánica e incluso se desdeña que al fallador se le llame simplemente administrador o dispensador de justicia, porque en el deber que ellos tienen de hacer actuante la norma, han de enfrentarla a la complejidad social del momento, siendo hoy, ya no un mero complemento del legislador, sino un verdadero creador del derecho. De donde desgajan la consecuencia de que la jurisprudencia hace parte integrante del Derecho viviente, el cual no se reduce a las simples líneas de la ley. Y en llegando a este punto concurre eficazmente en su apoyo la bondad de la seguridad jurídica, valor esencial en el orden y la convivencia sociales, resaltándose ahí que el efecto multiplicador de las sentencias no debe quedar al albur de que de ella se disienta por los más variados motivos, pues implica la posibilidad de que una misma ley resulte aplicada de diverso modo malográndose el justificado anhelo de que todos reciban tratamiento igualitario. Después de todo, no imprimirle fuerza irresistible a la jurisprudencia hace nugatoria la función cimera de la Corte Suprema de Justicia, cual es la de uniformarla, y a la larga conduce a horadar el sentido de la propia ley, pues cada juez, con arreglo a su propio criterio interpretativo, la aplicará ensanchada o recortada, o simplemente a pedazos. Adúcese igualmente que ello contribuiría a la descongestión judicial, porque a casos semejantes simplemente se aplicará lo que ya estuviere dicho.

Tras esto, percíbese una oposición de fuerzas entre dos corrientes perfectamente definidas. Una, fundada en la tradición jurídica universal; y dícese modernamente apoyada, la otra.

A la pregunta de cuál de las dos cosas ha imperado en el ordenamiento jurídico patrio, una enorme sorpresa se echa de ver al comprobar que no es la primera vez que se hace el intento de encumbrar la jurisprudencia como fuente formal del derecho. Y más sorprendente aún es que de reciente no tenga nada, como quiera que Colombia lo ensayó en el propio Siglo XIX. La Ley 61 de 1886, que reglamentó el recurso de casación que recién había creado la Constitución Política, hizo figurar como causal la falta de aplicación de la doctrina legal, definiendo por tal la interpretación que la Corte Suprema da a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. Eso no podía significar sino que la jurisprudencia que de allí emanara era vinculante para los jueces. Norma que luego amplió el artículo

10 de la ley 153 de 1887, que le suprimió la limitante de que tales sentencias fuesen únicamente las que dicta la Corte para llenar vacíos, es decir, “en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”; a partir de esa última ley, entonces, puede haber doctrina legal más probable en todo evento.

No podrá negarse que Colombia quiso abandonar así su tradición pura del derecho escrito para combinarlo con el de los precedentes judiciales del derecho anglosajón. ¿Pero lo hizo pródicamente? En modo alguno. Parece que no percató la verdadera dimensión que el cambio contenía; pasó por alto que más allá de una simple frase se estaba introduciendo era una verdadera revolución, que por cierto sacudía los principios filosóficos de nuestra cultura jurídica. Por modo que la iniciativa no era cuestión de cambiar un artículo sino todo un andamiaje. ¿Cómo concebir, en efecto, que semejante agitación hallase acomodo en el principio general de la relatividad de los fallos que siguió imperando por fuerza de lo que a su turno disponía el artículo 17 del Código Civil? Es patente que entre estas dos cosas no puede haber parentesco alguno. Si la jurisprudencia es obligatoria, necesariamente está admitiéndose que las sentencias extienden sus alas más allá de los confines de la precisa controversia que zanjaron. De tamaña incoherencia tomó nota rápidamente el legislador, y fue así como, tan solo unos años después, una ley de 1896, la número 169, le cercenó el carácter vinculante a la jurisprudencia, al determinar que las sentencias proferidas del modo que quedó arriba dicho, es, sí, doctrina probable, pero lo jueces no deben obediencia ciega a ella, desde luego que sólo habló de que “podrán” aplicarlas en casos análogos. Lo de los precedentes judiciales, pues, fue apenas un relámpago.

Mas tornó a probar suerte el Constituyente de 1991, pues hubo de ventilarse nuevamente el problema. Pretendióse acentuar el rango de algunas fuentes del derecho (como la equidad), y una vez más se intentó en balde que la jurisprudencia alcanzase por completo a la ley. Triunfó de nuevo la teoría de que nuestro derecho, ni con mucho, se parecía al de los precedentes judiciales.

De modo que el de la reforma de ahora es el tercer intento en la materia.

Pero es bueno observar que este nuevo tanteo no difiere mucho del que tuvo eco fugaz en el siglo XIX, vale decir, no es un cambio de las estructuras mismas del medio jurídico, sino una reforma aislada a un artículo. Y como tal, tiene, debe tener, las mismas objeciones. Así que, después de mucho reflexionar la precitada investigación, hoy puedo afirmar, ya liberado del yugo de la duda, y así lo estoy haciendo a título meramente personal, que desde ningún punto de vista conviene la reforma en esos términos. No se desconoce que los argumentos expuestos para plantearlo tienen propósitos loables, pero su establecimiento representaría un precio elevadísimo a caros principios como el de la relatividad de los fallos judiciales. Como masticando ortigas quedaría una persona que oye decir que garantizado tiene el que jamás será vencido sin ser oído, si, por otra parte, le imponen una sentencia producida en juicio que le es extraño, obligándolo de ese modo a que por anticipado acepte la derrota de sus causas. Las sentencias con efectos *erga omnes* pueden acribillar el derecho de defensa y por eso es de sabios no recomendarlas, salvo que obren potentes motivos, como con acierto lo hace el Código Civil para las fallos sobre estado civil, y sólo cuando se enfrenta al legítimo contradictor, y como también se admite para los fallos que examinan la constitucionalidad de las normas. Hay otros casos en que las motivos son más o menos discutibles como el del proceso de pertenencia. En lo demás, la regla general; por ende, obligado es poner de resalto el despropósito que encubre el empeño de buscarle a los fallos de tutela el carácter *erga omnes*; fatigas inútiles son las de zambullirse en busca de sutilezas cuando no hay más claridad que la del mediodía: los fallos de tutela, en cuanto atañen al amparo de derechos subjetivos que, amén de fundamentales, son individuales, no pueden vincular más que a las partes. Muy deslucido es que una realidad irrecusable como esa trate de desconocerse con argumentos que solamente comprueban que por encima del respeto del derecho de defensa está la xenofilia jurídica.

Allá que se las arreglen quienes inventaron los efectos inter-pares, pero el juramento que se da en la posesión de magistrado es para custodiar a la Constitución colombiana, la de acá, por encima de las opiniones de los de allá. Célebre e histórica es la frase que viene como anillo al dedo: aconsejaba ella no olvidar que estamos en Cundinamarca y no en Dinamarca. Lo demás es falsa erudición.

Y así lo concibo también porque en últimas, según es fama, el sometimiento a una sentencia no debiera ser tanto por decreto u ordenanza como por el efecto persuasivo de que disponga. Pruebas al canto. Entre nosotros es dicientísimo el siguiente caso. Con sobrada razón nos explicaba en clase el destacado profesor Jorge Salcedo Segura que la sentencia aquella en que la Sala de Casación Civil declaró inaplicable todo el articulado que refería a la posesión inscrita, podía considerarse la sentencia del siglo XX. Porque sin ser un fallo de constitucionalidad, produjo en la práctica efectos generales, pues a partir de allí nadie volvió a acordarse siquiera de esas normas jurídicas. Estas sus palabras: “en dicha sentencia ha podido la Corte declararlos inconstitucionales por vía de excepción, pero no, dijo que eran inaplicables por incompatibilidad con la única posesión, la material, sentencia totalmente ilegal porque ningún juez, por encumbrado que sea, está facultado para derogar leyes, pero desde entonces ningún litigante ha solicitado que se le aplique alguno de esos artículos ni ningún juez ha tratado de hacerlo. La nación colombiana aceptó la ilegal sentencia sin discusión alguna por la fuerza de su argumentación conceptual, a sabiendas de que era ilegal. Entonces no podemos afirmar que los jueces no pueden juzgar las leyes, sino aplicarlas, sean buenas o malas. Pero si lo hacen, que lo hagan con la propiedad, coraje y sabiduría del doctor José J. Gómez”.

Esas son, entre otras más, las razones que conducen a estimar que lo mejor es que a la jurisprudencia se la tenga como doctrina probable, o más probable, si se quiere. En caso contrario, tendrá que haber cambio de casa y no sólo de fachada.

Cuanto al Consejo Superior de la Judicatura

El aparato judicial está para decir el derecho cuya disputa ha sido puesto a su consideración; como esa es su función preponderante, por no decir que exclusiva, casi sobra decir que todas sus energías han de aplicarse al quehacer jurisdiccional. Pero el cumplimiento de dicha labor demanda recursos humanos y logísticos que es necesario, por lo mismo, que alguien administre. Un órgano de gobierno que se entienda con lo que el juez ha menester para desarrollar y cumplir su tarea natural. Se ocupará, entonces, verbigracia, de promover, diseñar y regular la carrera judicial, y, en general, asistir administrativamente al Poder Judicial.

Cumple destacar a dicho propósito que ingentes esfuerzos se hacen a nivel internacional para que todo gobierno de la rama judicial garantice unos principios mínimos. El más emblemático de todos, el de la autonomía e independencia de ese poder público, por lo que ha de evitarse, a ultranza incluso, cualquier injerencia de los otros poderes. En ese orden de ideas, se recomienda muy especialmente que tal gobierno esté regentado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y que, en lo demás, en su composición se tenga una participación mayoritariamente judicial. Ya bastante se conoce lo que representa y vale un juez independiente, sólo así se advierte de lejos el sello de legitimidad que imprime a sus decisiones, generando la credibilidad, aprecio y respeto de las mismas. Y no menos se sabe que es el camino seguro para una convivencia pacífica.

Ahora bien: todo órgano de gobierno, cualquiera que se imagine, ha de tener conciencia de que su razón de ser es el poder judicial mismo. No habrá entonces política alguna que no consulte sus intereses, ni menos aún que vaya a contrapelo de los mismos. En este punto no hay sitio para

vaguedades: lo subordinante allí es la labor judicial propiamente dicha; cuidar, proteger y velar por todo lo que ella representa como valor republicano, es, entonces, su misión. Nada más justifica a un órgano de gobierno. Cuando así no sucede, cualquier sistema, repítese, naufraga. Aconteció en nuestro medio, porque el administrador de la cosa judicial creyó que podía obrar por su cuenta y a espaldas de lo que gobernaba, lo que es tanto como hacer lo más posible para autodestruirse. Porque no hay administrador que sobreviva enemistado con el objeto del mandato.

Breve alusión a los fallos modulados

Todo el mundo recuerda a Montesquieu por la famosa tridivisión del Poder Público. Y hablando tan solo de dos de ellos expresaba con firmeza el preclaro pensador: “No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo. Si está unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, pues el juez sería legislador”.

La Corte Constitucional habla de fallos de constitucionalidad modulados o condicionados. Asegura que le asiste el poder de decidir que una ley pase el examen de constitucionalidad pero si se la entiende de manera diversa a como la concibió su autor. Puede acudir a cuanta trinchera o ropaje haya, pero nunca se podrá ocultar que eso, dicho sin ambages, es proferir una nueva ley. Pues si la norma que examinó la Corte, esa misma que quiso el congreso, no se encuentra acomodada a la Constitución, debe desaparecer. ¿Cuál subsiste entonces? Ninguna. Lo que sucede, mundo y lirondo, es que a la Corte le da por sustituirla por otra que sea de su agrado. Maravillosa manera de saltar la cerca del patio vecino, pues lo que habría de discutirse en el escenario más democrático de todos, entre muchos parlamentarios, queda sujeto no más que al parecer y gusto de nueve magistrados. Eso, dicho de manera sencilla, es traicionar a un pueblo confiado en que elegía a quienes habrían de dictar las leyes que lo gobiernan, pero en últimas las dictan otros a quienes apenas vienen a conocer merced a los despliegues publicitarios que acostumbran organizar en las pantallas y en los diarios. Ni siquiera vale la excusa de que, después de todo, lo importante es que la ley nueva resulte mejor. Pues sobre replicar que el recinto para juzgar previamente si una ley es mejor que otra, es el del Congreso, cabría añadir que suponiendo que la de hoy fuera mejor, mañana podría dictar por esa misma senda otra peor. Lo cierto es que ningún juez, por mucho que lo desee, puede dictar leyes, ni buenas ni malas.

Inevitable surge entonces un interrogante: ¿entró en crisis la famosa división de los poderes públicos? Porque es palmario que cuando esa Corte así actúa, suplanta, apenas con el disimulo de ruidosas nomenclaturas, al Poder Legislativo. Nada de eufemismos, las cosas por su nombre: le arrebató al legislador la función constitucional de dictar las leyes que a su soberano juicio, y en representación del pueblo que lo elige, estime o juzgue convenientes. Es lo que dice la Carta Política colombiana: el órgano ordinario competente para dictar las leyes es el Congreso, y dice también que las leyes no pueden ser sino después de un amplio debate democrático, aspecto en el que muestra especial interés, como que coloca unas condiciones mínimas a observar. ¿En dónde hace pie entonces la tesis de la Corte Constitucional, si en ninguna parte de la Carta Política se le otorga la potestad de legislar? De la literatura jurídica. ¡Y entre más extranjera, tanto mejor! porque es la manera de escapar al señalamiento de pertenecer a un viejo derecho; no hay cosa más cómoda que andar a la moda, así se pierda el carácter de juzgar qué tan beneficiosa o perniciosa sea. ¿Así es como debe cuidar de la Constitución Política el sedicente guardián?

No es difícil imaginar a Montesquieu revolviéndose en la tumba con su ardor y energía características.

Así que mientras la Carta define quiénes dictan las leyes, sólo ellos pueden hacerlo, y nadie más. Huérfana de apoyo, resulta así, la famosa modulación de los fallos.

Otros aspectos menores referidos específicamente a la implantación constitucional de medios alternativos de solución de conflictos y la gratuidad de la justicia.

En lo que respecta al primero de ellos, juzgamos importante que debiera complementarse con el compromiso que adquiera el Estado de promocionar, divulgar y crear una cultura de avenencia entre los asociados. Mitigar el ánimo pendenciero que tanto ha agobiado a la República. Modelos de convivencia y pacificación, a base de educación. En los tiempos que corren viene demostrándose, y en algunos casos parece ya cosa establecida, el enorme influjo de la educación y la pedagogía, ubicados muy por encima de los esquemas edificados sobre el reproche y la reconvención. Aquietar la belicosidad del espíritu invitándolo a que busque desatar sus conflictos, básicamente mediante procedimientos conciliatorios y de amigable composición. Los acuerdos y la paz deben ser siempre bienes codiciados por el hombre; no obstante debe fijarse la vista que sean el producto de una convicción y no del desaliento que en ocasiones se apodera de los litigantes por la tardanza de los juicios, pues en estos casos el retiro del campo de batalla tiene sabor agrídulce; por desgracia son muchos quienes desisten de sus acciones, no más que por la referencia que tienen del vulgo, en el sentido de que es mejor un mal arreglo que un buen pleito, en lo que no deja de verse un inconformismo que nada conviene a la paz social. Para decirlo en breve, no puede llamarse tregua sino a lo que es convenido. El resto es antinómico.

Relativamente a lo segundo, de mayor importancia es que el principio de gratuidad en la justicia, cualquiera que sea la rama del Derecho, posea rango constitucional, sin lo cual, fácil es verse, utópico fuera anunciar que se garantiza el acceso a la administración de justicia. Ese rango constitucional fue sugerido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, pero finalmente no quedó en la Carta Política. Aquí, en este punto, no hay sitio para especulaciones, ya que se trata de una función pública cuyo costo debe asumir el Estado. Instalarle peajes a la justicia es como cobrar por el aire que se respira. No puede abrirse paso, entonces, la corriente de que al Estado hay que retribuirle el costo que representa el funcionamiento del aparato judicial, como si se tratara de una concesión graciosa por parte de éste. El arrollador pragmatismo debe saber que en todo hay límites y que aquí hay uno de ellos: si ya casi todo lo cubre, no puede él alcanzar esferas tan sensibles en la organización de una sociedad, y un Estado Social de Derecho debe evitar el peligro de que las personas tengan que comprar el derecho de demostrar sus derechos; o dicho de otro modo, tener la razón no ha de causar perjuicio por el solo hecho de verse abocado a tener que demostrarla. Es arriesgado, verbigracia, que ello sea utilizado como arma político-económica para producir la deserción de los litigantes de los estrados judiciales.

Y debe ser así aun cuando en un momento determinado obren especiales circunstancias que parecieran poseer virtud para menguar el postulado de la gratuidad. Oyese decir, por ejemplo, que como la jurisdicción civil está atiborrada y ocupa buena parte de su tiempo en atender los litigios del sector financiero, particularmente en procesos ejecutivos según ha sido revelado por recientes investigaciones, entre la que destaca un trabajo denominado *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, lo cual genera de paso cierta desatención a las causas del ciudadano común, es apenas justo que al Estado se recompense en algo el costo que representa el funcionamiento del aparato judicial. Pero bien se sabe lo aventuradas que resultan las reformas que se mecen al vaivén de las coyunturas, pues superadas que sean éstas se echa de ver la pérdida de los valores y principios que han de ser firmes y constantes, y que, por lo mismo, no debieron nunca permitir fórmulas transaccionales. Cierito:

por ahora el costo de la administración de justicia recaería fundamentalmente sobre un sector pudiente, pero a la larga las sacrificadas vendrían a ser las clases menos favorecidas económicamente. Preciso es no correr ningún riesgo aquí.

Otra cosa es que la misma Constitución defiera a la ley la posibilidad de evaluar ciertas situaciones temporales para establecer excepciones muy específicas, atendiendo, eso sí, la naturaleza de los asuntos debatidos y los intereses en disputa.

La tutela

De las muchas aristas que pudieran ser objeto de análisis, una hay que adquiere ribetes de especial connotación, y que por concernir más directamente a la autonomía e independencia del juez, concentra toda nuestra atención. Refiérome al tema de si ella, la tutela, puede servir para hostigar los pronunciamientos judiciales.

Como no podría ser de modo diverso, la primera reflexión ha de buscarse en el propio texto constitucional. La lectura desprevenida del artículo 86 de la Carta Política, ciertamente, permite establecer que el propósito del constituyente fue el de que la tutela no cupiese más que frente a acciones u omisiones generadas en campos extrajudiciales. Ante el atropello, búsqese un juez, vale decir, judicialícese la cuestión. Es como abre diciendo la norma, que al punto reza: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces”, lo cual supone, casi sobra decirlo, que por lo pronto no se está ante los jueces. Y que, en estándolo, no hay sitio para hablar de tutela, si ya la cuestión está judicializada, y se cuenta además, no con un juez cualquiera, sino precisamente con el competente para desatar la controversia. No asentir en esto, es proclamar sin mucho sentido que en tal preceptiva cabe leer que la tutela no sólo está para judicializar sino que también es posible, si es de recibo el término, rejudicializar lo que ya está en manos de los jueces, y que, por ende, a través de ella es dable acudir no ya “ante los jueces” sino ante otros jueces, así éstos carezcan de competencia para componer la litis, de modo de pensar que aquello de la competencia del juez que con ardor reclama la Constitución como parte integrante del debido proceso, es asunto de segundo orden. Allá quienes piensen así. Muy otra cosa es la que dispone el artículo 29 de la Carta.

Que a falta de juez es como siempre procede la tutela, lo reafirma el inciso 3º. del artículo 86 en comentario.

En resolución: lo judicializado, judicializado está, y hasta necio es creer que el Estado patrocina que se ande en la búsqueda de un juez que por fin cuadre con los intereses del accionante; o que la equivocación sólo es posible cuando se oficia de juez natural, mas no cuando la misma persona funge de juez de tutela. Soberbia.

Y es que eso es lo lógico. Porque es desde todo punto de vista conveniente que las providencias judiciales no se expongan al capricho de una tutela. Es tan evidente esto, que norma que desconozca tan principal postulado, es, sin ningún género de duda, un elemento desestabilizador, dado que socava en lo más profundo los cimientos de la estructura misma del Estado; de hecho, la norma que lo intentó fue cuestionada desde siempre por la Corte Suprema de Justicia, al considerarla inconstitucional, como así hubo de reconocerlo más tarde y retirada fue del ordenamiento jurídico. Pero aún subsiste la polémica de si, con todo, ella procede cuando de las denominadas vías de hecho se trata. Es el momento para que la misma Carta se encargue de erradicar la polémica.

Admitir que en ese campo cabe de algún modo la tutela, es sencillamente admitir el absurdo de que para una misma causa existen dos jueces competentes, con el paralelismo procesal que ello implica. Todos saben que a partir de 1991 los procesos se juegan por partida doble, que siempre se dispone de dos cartas. Las partes saltan indistintamente de un lado para otro; los que vencen allá, pierden acá y viceversa; ya no hay cosa juzgada sino carta jugada; dos jueces, que se miran de reojo, presencian el deplorable espectáculo de cómo el mismo Estado, personificado en ellos, se contradice. Una verdadera anarquía judicial. Y sencillamente suena a broma que un país, encorvado ya por los índices de morosidad en la justicia, haya podido siquiera concebir la idea de que hoy los procesos deban adelantarse doblemente. Hasta ingenuo es creer que los hombres que idearon la cosa juzgada no tuvieron la preocupación de las sentencias inicuas. Lo supieron, y de pronto hasta mejor sabido. Otra cosa es que no ignoraran que una sociedad que zozobre en la incertidumbre pierde la esperanza de la convivencia, y que entonces sea forzoso un día que marque el punto final a las controversias; por lo demás, y no es esto lo menos importante, aceptaron con humildad que mientras la justicia sea dispensada por hombres, es iluso descartar el error, ante lo cual nadie puede garantizar que el acierto está de lado de quien revisa; la cosa juzgada nació, pues, no de la ignorancia de sus autores, sino de la mucha sabiduría que supo acompañarlos. En semejantes condiciones, es obligado preguntarse: ¿a qué, entonces, hacer de los procesos la prueba misma de que la eternidad existe?.

Y cabe aún registrar que el hombre, hasta donde pudo, trató de conciliar la tensión entre la necesidad de justicia en los fallos y aquella otra de la seguridad jurídica, permitiendo recursos extraordinarios; hoy, en cambio, hasta el más modesto de los autos se controvierte por dentro y fuera del proceso, e incluso se lleva hasta la Corte Suprema o el Consejo de Estado. No es hiperbólica la afirmación de que los pleitos tienen por lo regular este fatigoso recorrido: dos instancias, recursos de casación y revisión, tutela contra cada una de esas decisiones, impugnación de la misma, revisión en la Corte Constitucional; cuando el exhausto ciudadano cree haber llegado así al final, ronda aún el fantasma de una tutela contra tutela. Sumado a todo ello, cada auto dentro del proceso es sometido a itinerario semejante y tiene siempre a su disposición jueces individuales y colegiados, porque ya no están proscritos a ser debatidos solamente a través de los recursos ordinarios, sino que gozan de pequeñas casaciones y revisiones. Enfrentar una contienda procesal, es de suyo áspero; tener que hacerlo indefinidamente, un suplicio. Sísifo, víctima de la ira del señor del Olimpo sufrió condena similar, sólo que ahora el usuario de la justicia en vez de empujar un bloque de piedra carga uno de expedientes. Además, Sísifo sí sabía el porqué de la condena; el usuario de la justicia no. En mala hora se echó al olvido que la frustración y la impotencia conllevan el deletéreo efecto disuasivo de la pacífica composición de los conflictos.

Ya ni el Estado mismo cree en sus sentencias; qué de serio puede haber que él mismo patrocine la idea de que nunca debe entenderse decidida una causa. Lo que es decir, que las decisiones judiciales padecen de provisionalidad y que todo está en duda. Ni para qué decir lo absurdo que es que nadie tenga nada seguro.

Así que el principio de la cosa juzgada es asunto que goza de respetabilidad y no hay pueblo civilizado que no le rinda tributo. Ciertamente que, como no hay valores absolutos, no puede considerarse inmune al cuestionamiento. Empero, quien lo haga, ha de valerse de planteos serios, pues encima tiene la carga de demostrar que la humanidad anda equivocada de medio a medio, cuando no ha vacilado en calificarla como uno de los emblemas bienhechores del Derecho, sin el cual no habría sociedad posible. Es de Perogrullo, por ejemplo, argüir que aun los jueces se pueden equivocar. Hasta donde se conoce, eso no fue descubierto ayer. Es novedoso, en cambio, que al propio tiempo se admita que eso no ocurre cuando los mismos jueces se pronuncian en tutela, porque entonces como insuflados están por la esencia del poder divino; y más curioso es acudir al Estado Social de Derecho para decir que

todos están sujetos a control, menos el que define la tutela. A eso se llama sindéresis. Naturalmente que un ejercicio dialéctico de esta naturaleza hábilmente puede sofocarse en medio de sainetes populistas.

En fin, para no extender más los límites de este escrito, debo reducirlo todo a las proposiciones que siguen:

Si hay quien diga que las personas tienen senderos y jueces distintos para dirimir una misma controversia, que dé un paso al frente y lo afirme sin sonrojo.

Si hay quien asegure que la Carta Política no garantiza a los asociados, como parte integrante del derecho de defensa, que sus causas serán definidos por órganos competentes, que se levante y diga sin titubear que cualquier juez, sin importar incluso su especialidad, puede en todo tiempo intervenir allí.

Si hay quien afirme que lo de la autonomía de los jueces es un embeleco, que no dude en proclamar que es lícito interferirlos. Y que grite con más fuerza aún que no importa si la interferencia proviene de jueces cuyo origen y nombramiento pasa por el legislativo.

Si hay alguien que diga que los cauces normales preestablecidos triturar el derecho de defensa porque no son otra cosa que ordalías, que sin voz trémula afirme también que malgasta su tiempo la Constitución en considerarlos como garantes, y que entonces la defensa más adecuada está en montar tolda aparte y conseguirse un juez que tenga el encantamiento de conseguir la verdad en tan sólo diez días.

Si aún queda quién manifieste que necios fueron los constituyentes por seguir principios universales y no garantizar así más que dos instancias en los procesos, que enhiesto pregone que por encima de todo, aun de la misma Constitución, los juicios pueden ser ventiladas sin límites de instancias.

Si alguien demuestra que la cosa juzgada es un invento que los pueblos imaginaron para destruirse, estará demostrando a su vez que lo mejor es permitir el reexamen indefinido de las causas.

Si por ahí mismo alguien comprueba que quien define en últimas la tutela es infalible, encima tiene también la carga de demostrar que el hacedor esa obra no es un ser humano.

Sólo entonces, cuando todas estas proposiciones se junten, no habrá manera de desconocer lo bondadosa que es la tutela contra sentencias.

El colofón de todo lo expuesto hasta aquí es que debemos, como Argos, estar atentos a que el rumbo se enderece. Porque venida la noche, ya será tarde. No hay tiempo qué perder. Con decisión y valor denunciemos lo que ha acontecido con nuestra independencia; de lo contrario, se seguirán escogiendo tutelas para absolver o rebajar penas a los condenados, para conceder o denegar derechos laborales, y para derribar sentencias civiles.

¿Jueces sometidos a jurisprudencia obligatoria?

▪ Por *EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS*
Magistrado Sala de Casación Laboral

Las reflexiones de este escrito girarán sobre las iniciativas gubernamentales de reforma constitucional y las decisiones de la Corte Constitucional que proponen cambiar el sistema de administración de justicia basado en la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la interpretación de la ley y de un juez sujeto al imperio de la ley, por otro en el que la jurisprudencia se constituye en una fuente del derecho al lado de la ley, y a las que, por igual, se debe sujetar obligatoriamente el juez.

1. Jueces sujetos por fuerza de la autoridad jerárquica es un postulado que no se aviene con la naturaleza del derecho.

Antes de adentrarse en las honduras de cualquier materia, más si tienen la espesura de la propuesta de jueces que impartan justicia sujetos a la jurisprudencia obligatoria, conviene fijar algunos hitos en el horizonte temático, que nos sirvan para mantener el rumbo, para no perder el sentido (común) de orientación.

1.1 No se puede detener la marcha de un derecho que continuamente se autocorrije.

Un primer mojón que no puede ser perdido de vista es que en la racionalidad con la que se realiza el derecho es por esencia auto – correctiva; la historia de las leyes es la de una sucesión de modificaciones de normas, de actualizaciones, de sustitución de fórmulas; y, la de la jurisprudencia, es un continuado esfuerzo de acertar, refinando razones y criterios, y cuando es necesario, abandonando los que en su momento eran los más adecuados, porque son superados por elaboraciones más apropiadas, con mayor poder explicativo y de justificación; no hay que olvidar que no sólo se transforma el mundo sino también la visión y el pensamiento que se tiene de él. Como lo enseña Dworkin cada etapa del derecho es la mejor respuesta histórica, el mejor derecho posible para cada época, pero realizado por un Hércules que no descansa en la búsqueda de mejores argumentos, doctrinas y estrategias jurídicas.

1.2. Lo que por esencia es individual no puede ser sujeto por regla a la generalidad.

Un segundo faro es el que concierne con la naturaleza de la función judicial. El fenómeno jurídico se manifiesta desde la estratosfera de lo metafísico, con principios y valores que tienen una primera realización en las leyes, las cuales no pueden ser formuladas más que enunciadas de conductas típicas y abstractas, y hasta el mundo de lo real, en la que estas y aquellos descienden por obra de los jueces; el tránsito de las formas abstractas a la más rica y múltiple variedad de lo concreto, es en esencia la función judicial: la individualización de lo general.

Bajo el entendimiento de que la función primordial de la actividad judicial es la respuesta particular de la ley, es un contrasentido imponer y subordinar la búsqueda de lo individual, al supuesto de que el caso no tiene tal singularidad, y que por tanto, por regla y por método, primero, se ha de determinar su correspondencia con otros casos potencialmente equivalentes. Esta indagación tiene sentido para llenar los vacíos que un sistema legal que como el anglosajón, por vocación no se ocupa de resolver, pero no en un sistema judicial en el que el legislador sistemáticamente procura la regulación completa.

1.3. No se puede otorgar equivalente fuerza vinculante a fuentes del derecho diversas.

Un tercer punto de referencia es el que concierne a las formas lingüística de las leyes y de las sentencias. Las primeras son mandatos, frases escuetas y formulas breves; dura es la ley pero es la ley, es una motivación general y suficiente. Las sentencias judiciales, se resuelven también con órdenes, pero que por exigencia universal, nunca pueden estar huérfanas de la motivación que permita controlar la ruta argumental seguida por el juez; la decisión judicial siempre debe estar sustentada en un haz de razonamientos, unos estrechamente relacionados con la decisión, otros meramente ilustrativos, todos conducentes, referentes a un aquí y ahora, a una especie individualizada detalladamente, para persuadir que la solución adoptada es la que para ella prevé el derecho. La esencia de toda sentencia es la de una construcción argumental a partir de una situación particular, cuya extensión a caso diverso se puede hacer bajo la reglas flexibles de la doctrina probable, más no como forma de obligada aplicación.

1.4. No existe debido proceso si el contenido de la sentencia está predeterminado.

Todo proceso envuelve una controversia ¹³² cuya justa solución es aquella que arroje un proceso, en el que a las partes gocen de iguales oportunidades procesales, asumiendo cada uno deberes y cargas, y las consecuencias de su propia actividad, y de iguales garantías, dentro de ellas la actuación imparcial e independiente de un juez controlado por uno en segunda instancia.

El debido proceso es también un derecho fundamental, establecido en el artículo 29 de nuestra Carta Política; y esta garantía fundamental esta inextricablemente unida a una concepción de lo que es el resultado justo: es aquello que resulte de la aplicación de unas reglas previamente conocidas por quienes libran una contienda judicial. El resultado no puede estar previamente determinado, sólo sujetarse a lo que resulte del proceso y haya sido probado en juicio, y conducido por un juez con capacidad de raciocinio, esto es, que pueda satisfacer una condición necesario para argumentar: razonar por sí mismo.

Es una enormidad suponer un sistema de administración de justicia de jueces dictando sus sentencias con criterios ajenos de los que discrepa; si el a quo y ad quem no tienen libertad de interpretación legal, no existe segunda instancia.

¹³² Para que haya lugar a acción por parte de los tribunales, es preciso que haya discusión. Para que haya juez, es preciso que haya proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una discusión, el poder judicial, no tiene pues ocasión, pues, de ocuparse de ella. Toqueville de A., La democracia en América, Barcelona, 1985, 67

2. No existe mal a remediar.

Para quien conoce el mundo interior de la jurisdicción ordinaria y de la contenciosa administrativa le causa cierta perplejidad el que se pretenda hallar solución a un problema que no existe: el de una general rebeldía contra la jurisprudencia, la que se procura conjurar revistiéndola de obligatoriedad.

La realidad es que las orientaciones doctrinarias de las corporaciones cúspide de las jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, gozan de extendida y generalizada credibilidad, sus criterios fungen de candil del que no se desprenden los jueces en su labor de intérpretes del derecho. De esta jurisprudencia no se puede predicar dolencia; su vigor esta sostenido en su propia naturaleza, en la fuerza persuasiva de sus argumentos, en la solidez de sus construcciones teóricas; por ello, se enturbiaría la limpieza de sus méritos, si se la reviste de autoridad de la fuerza del poder y de la jerarquía burocrática.

Es inoportuno el remedio para una enfermedad inexistente. Sin embargo, del mal han de sospechar quienes lo proponen, y sólo como barrunto, a partir de que ha sido la Corte Constitucional la que ha promovido el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, los equívocos síntomas provienen de esta jurisdicción.

En esta jurisdicción, ciertamente la realidad es distinta de descrita en las otras dos. La Corte Constitucional ha debido asumir una tarea ciertamente ingente: el magisterio de un nuevo espíritu constitucional, y la vigilancia del orden constitucional, lo cual ha cumplido, proporcionando valiosa doctrina. Pero también, en especial, en materia de tutela, la producción doctrinaria ha sido profusa, no exenta de oscilaciones y contradicciones, razones que pueden explicar su falta de arraigo.¹³³

Más sin embargo, frente a estas situaciones, aun tratándose de la interpretación de normas constitucionales, no se puede procurar la unificación de la jurisprudencia sino en la fuerza de la convicción de los argumentos con los que se construye la doctrina, con lo que el juez teje su sentencia; ellos no pueden ser impuestos a baculazos.

La Corte Constitucional ha mostrado predilección por un sistema judicial en el que la evolución de la jurisprudencia constitucional no quede librada al valor intrínseco de sus argumentos; ha abogado porque en auxilio de estos se pueda blandir el título del cargo y el peso de la jerarquía. La Corte Constitucional¹³⁴ reclama de los jueces que le sigan forzosamente sus tesis, la de la ratio decidendi en sentencia de exequibilidad, la de su doctrina en sentencias de tutela; a ello también conduciría, por reflejo, el sistema generalizado de jurisprudencia obligatorias.¹³⁵

¹³³ A manera de ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad C 815 / 99 y C 1433 / 2000 y de tutela 276 / 97, ha señalado en términos rotundos el derecho a la movilidad salarial, pese a lo cual, la mayor parte de los jueces constitucionales no la han aplicado. La Sala Laboral del Tribunal de Bogotá fue reemplazada por un número cercano de 30 conjuces, para resolver miles de tutelas que perseguían incrementos salariales, de los cuales el noventa por ciento era contrario a la tesis de la Corte Constitucional.

¹³⁴ Corte Constitucional Sentencia C-037-96 de 5 de febrero de 1996,

¹³⁵ C. Constitucional Sentencia C 836 / 2001

3. El sistema judicial vigente en Colombia es el fruto de una elección del constituyente, no una opción de la Corte Constitucional

La iniciativa gubernamental de reforma constitucional pone en su sitio las instituciones que se proponen reformar; es una de aquellas sobre el que el Constituyente ha expresado su voluntad, y para el efecto, renovando en 1991 la elección del sistema de administración de justicia de jueces independientes sometidos al imperio del derecho.

A quien comparta el anterior enunciado le causa asombro y preocupación ¹³⁶ que la Corte Constitucional le haga decir a la Carta Política que nuestro sistema no es el que todos hemos entendido, sino que a partir de 1991 estamos bajo un sistema judicial distinto al de la creencia general de jueces, abogados y universidades, por la que consideran estar inscritos, según arraigada y sólida tradición institucional, en un sistema de doctrina probable aplicado a jueces independientes.

La Constitución Política en su artículo 230 adopta un sistema de organización judicial bien definido y diferenciado del de otros sistemas vigentes en otras partes del mundo, y mediante una expresión que es a su vez un epigrama: *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La Corte Constitucional al asumir el estudio de la Ley 169 de 1996, el que regula como los jueces han de cumplir con su labor, optó por hacer una configuración completamente distinta de cómo jueces, y Corporaciones - dicho sea de paso, la ley bajo examen no contiene regulación sobre cómo las altas Cortes ha de cumplir con su actividad- han de realizar su función judicial; para el efecto la Corte Constitucional no se atuvo al expreso y claro sentido de la norma Constitucional, sino se más le sedujo conducirse por su propio parecer y voluntad.

Si se diera aplicación a la sentencia C 836 de 2001 de la Corte Constitucional la reforma de la Carta Política que propone el Gobierno estaría por demás; ya esta se habría producido por virtud de una ley, de la ley 169 de 1896 modulada por la sentencia referida; así, en adelante los jueces se han de ajustar, no sólo a la ley, sino a la jurisprudencia, la cual deja de ser criterio auxiliar de interpretación, como lo indica expresamente la Constitución, para convertirse en fuente del derecho. Uno de los salvamentos de voto, - que no se aparta, sino que refuerza la decisión- para restar importancia a la magnitud del cambio que de la sentencia comporta, sostiene la tesis que entre el sistema jurídico románico germánico al que pertenecemos por norma Constitucional, y el anglosajón, del que históricamente nos hemos diferenciado, y al que nos llevaría la Corte Constitucional, no existen diferencias. ¡ No hay derecho a que una de determinaciones fundamentales de nuestra sociedad, como la de cambiar las bases de nuestro tradicional sistema jurídico, sean adoptados sin contar con el Constituyente y contra la voluntad de este.!

Conviene aquí resaltar el mérito de la ley 169 de 1986, con la que el legislador corrigió el rumbo marcado por el afán del siglo XVIII de conducir todo el derecho a su expresión positiva, contenido en códigos y fórmulas definitivas, al margen de las oscilaciones de la actuación de los jueces, y expresado en el sistema de jurisprudencia obligatoria para los jueces, al reemplazarlo por el de una doctrina probable, anticipándose en muchas décadas a una nueva concepción epistemológica del derecho. Hoy, la aplicación del derecho no puede ser entendida como fruto de la lógica formal, en busca de una verdad inexistente; es el resultado de una derecho visto como ejercicio de la nueva retórica, de un

¹³⁶ No es para menos si se tiene en mente la admonición del abate Sieyès: *Un Estado que cuente con un poder constituyente permanente, sería igual a no tener ninguna constitución.* E.J. Sieyès Opinione sulle attribuzione e l'organizzazione costituzionale Opere e testimonianze politiche, Milano 1993, II 823.

discurso ajeno a esquemas, que le da valor que corresponde a la individualidad del juez, de las partes y de las circunstancias históricas, gracia a lo cual el derecho ha adquirido enorme capacidad para dar respuesta individual a la enorme complejidad de las situaciones concretas.

Para una reforma adecuada del sistema de administración de justicia no se requiere migrar al sistema anglosajón adoptando el sistema de precedentes judiciales a partir de una jurisprudencia obligatoria en todos los niveles judiciales.¹³⁷ No existe necesidad de ello, ni del funcionamiento del sistema de doctrina probable puede derivarse una falencia de la administración de justicia a remediar.

4. Es un espejismo ir tras un igualitarismo simple cuando lo que se ha de perseguir es una sociedad igualitaria

¡La igualdad simple de sociedades sencillas no fue una aspiración de pensadores de la Ilustración!; se aspira a ella todavía. Esta es una exclamación, no un argumento, que se expresa porque con ella representa el estado emocional que produce la lectura de la siguiente tesis de la Corte Constitucional:

El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también idéntico tratamiento que tiene derecho recibirse por parte de jueces y tribunales.¹³⁸

Es esta la tesis que recoge la Corte Constitucional en la sentencia 836 de 2001 , esto es que el derecho de acceso a la justicia comprende no sólo el de presentar demandas que pongan en funcionamiento el aparato jurisdiccional, sino también el de exigir una sentencia igual a otras (determinar a cuál parece de menor importancia).

Esta posición doctrina se apoya en el paralogismo del principio de la confianza del administrado en la administración, también enunciado por la Corte Constitucional; basta, para advertir la incorrección de la argumentación, la evidencia del trecho que va entre quien reclama de la administración la conexión de servicio público domiciliario que ya disfruta su vecino, y quien demanda del juez resolución de su proceso en los mismos términos en que ya fue resuelto por él mismo o por otro, alguno que equipara con el suyo.

El principio del artículo 13 de la Constitución Política el de la igualdad en la ley y ante la ley, se cumple en lo relacionado con la administración de justicia garantizando que los ciudadanos tengan derecho efectivo de acceso a ella, y que se les respete escrupulosamente el debido proceso; y esta garantía fundamental es la que ha configurado el Constituyente en su artículo 29, para ser realizado por un poder judicial delineado en la Carta Política, no como figuras abiertas para ser remodeladas al mejor criterio de la Corte Constitucional.

El principio de igualdad no es un valor por si mismo, como lo pretende la Corte Constitucional; a nadie se le garantiza que su caso recibe la solución más justa si esta se resuelve en igual forma a como

¹³⁷ La vocación por la penúltima moda que mal se copia: el espacio para los precedentes judiciales en los países anglosajones se ha reducido por una más extendida legislación al modo del sistema románico, y no se aplica con la rigidez con la que se pretende entronizar en Colombia. En este sistema se le otorga significativo valor a los pronunciamientos judiciales previos, los cuales no pueden ser ignorados por el juez, pero si desestimados, apartándose de ellos razonadamente.

¹³⁸ (C 109 de 1993 M.P. Martínez

lo fueron en el pasado; no se puede partir del supuesto de que en materia judicial el tiempo pasado fue mejor.

Predicar que la aplicación de la ley, como exhaustiva labor de concreción de lo general a una situación particular, debe ser estimada por su capacidad de dar respuestas iguales, es un verdadero contrasentido. La función judicial no es otra cosa que interpretar y realizar la generalidad de la ley, ajustándola a la diversidad de la realidad, obrando caso por caso.¹³⁹

La sociedad igualitaria a la que debemos propender es aquella en la que todos los ciudadanos tenga igualdad de oportunidades; y en la que el Estado actúe removiendo los obstáculos que impiden a cualquiera a estar en el punto de partida, e incluso adoptando las medidas que propicien que todos estén en el partidor; pero lejos está que nuestro orden Constitucional este enderezado a asegurar que todos lleguen a la misma meta: que reciban las mismas prestaciones, las mismas recompensas, la misma resolución judicial.

Walzer ha formulado una valiosa teoría sobre la justicia a partir de un postulado indiscutible: la justicia se realiza si los criterios de distribución se aplican en sus respectivas esferas, sin intercambiarse, ni cruzarse, de manera que, a guisa de ejemplo, el merito intelectual no pueda sustituir al de la necesidad cuando se persigue el bien social de la salud, o el de la igualdad de los ciudadanos para reclamar sentencias idénticas en sustitución de la imparcialidad y la independencia del juez en un debido proceso.

5. El espejismo de la productividad por sentencias en serie

En las motivaciones de la iniciativa de reforma gubernamental se refleja la gran preocupación nacional, la realización de una justicia de manera cumplida y pronta. Con lo anterior no se quiere dar por sentado que esa sea la razón de la propuesta; pero, conviene dar respuesta a ella, para quien eventualmente lo haya así considerado.

Tal vez, la iniciativa de jueces aplicando obligatoriamente la jurisprudencia de las altas cortes, responda al diseño de una administración de justicia ágil, que quieran trasladar escenario que dispondría aquellos que ven la solución a la morosidad judicial.

Nadie duda de la importancia de introducir los principios de la gerencia de la gestión de servicios a la Administración de Justicia; la revisión, simplificación y unificación de procedimientos; la generalización de esquemas; la cuantificación de factores, la adopción de indicativos y la medición tiempos; pero todo a que a condición de que no se pierda de vista la naturaleza de la función pública realizada, de forma que se desvirtúe su utilidad, deduciendo de ellos lo que no pueden significar, o aplicándolos en donde tienen lugar, como lo sería aquella que propende a simplificar las labores de jueces, convertir la labor intelectual de interpretar la norma en una operación de maquila de formas jurisprudenciales, en sentencias seriadas.

¹³⁹ La Corte Constitucional sostiene la tesis contraria; dice ella: “El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ídem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también idéntico tratamiento que tiene derecho recibirse pro parte de jueces y tribunales”. (C 109 de 1993 M.P. Martínez C).

Declaración de la Corte Suprema de Justicia

- *Por SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO
Presidente Corte Suprema de Justicia*

Bogotá, D. C., 3 de marzo de 2004. En cumplimiento de su deber constitucional dentro de la filosofía propia del Estado social y democrático de derecho, la Corte Suprema de Justicia determinó llamar la atención de la comunidad en general (actores políticos y sociales) y, en particular, de las autoridades públicas (Presidencia de la República, Congreso de la República, Procuraduría General de la Nación, Administración de Justicia) respecto a la delicada situación causada por algunas de las últimas determinaciones de la Corte Constitucional. Problemática estructural que, además, está incluida en los debates de la reforma judicial que se comienza a discutir en el país.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia advierte con asombro una seria amenaza de ruptura en la estructura del ordenamiento jurídico, traducida en el ejercicio de poderes absolutos por parte de la Corte Constitucional al usurpar funciones de la Corte Suprema y demás órganos límite, cuando se pronuncia en sus respectivos procesos judiciales. Posición con la cual no sólo atenta contra la independencia que le otorga autoridad al sistema judicial, sino rompe toda la dinámica de las instituciones que soportan el funcionamiento de nuestra democracia; esto es, entre otras, la división de roles o poderes entre jueces, legisladores y administradores. De allí que sea paradójica la preocupación de dicha Corte por la independencia judicial frente a los cambios que ahora se proponen, cuando ella misma no ha tenido reparos en vulnerarla.

En estas circunstancias, ciertas competencias asumidas, desarrolladas e interpretadas por la Corte Constitucional constituyen un inminente peligro para la misma construcción del proyecto democrático emprendido con la Carta Política de 1991. En ellas se desdibuja la esencia de la acción de tutela y, con el pretexto de la defensa exclusiva de los derechos fundamentales, ese tribunal desconoce que todo poder que se arroga la facultad de definir sus propias fronteras es desbordado, próximo a la tiranía y los excesos.

Lo anterior se refleja en la orden impartida por la Corte Constitucional a todos los jueces del país de desconocer el Decreto 1382 de 2000, declarado ajustado a la Constitución Política por el Consejo de Estado luego de dejar en firme el reparto de tutelas consagrado en tal norma; orden que permitiría a cualquier juez revisar las sentencias que emite la Corte Suprema de Justicia en calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. El mismo despropósito se registra con la supresión del recurso de casación en un caso concreto, tras haber arrasado, a través de la tutela T-951 de 2003, con una definición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema proferida en aplicación de la ley.

De esta manera, la Corte Constitucional, bajo la equivocada visión de ser la única guardiana de la Constitución Nacional, olvida que todo poder tiene límites en la Carta Política y en las leyes expedidas legítimamente por el Congreso de la República, vigentes o declaradas exequibles. En consecuencia, niega que toda autoridad esté sometida al ordenamiento jurídico, a respetar y hacer prevalecer los

derechos y las garantías fundamentales de los ciudadanos, bajo el imperio del orden constitucional y legal democráticamente concebido.

En esencia, la Corte Suprema de Justicia considera que la tutela como mecanismo de protección del ciudadano debe ser conservada y fortalecida. Sin embargo, al mismo tiempo debe ser inhabilitada como instrumento de destrucción del Estado de derecho, pues la defensa de este principio no va dirigida contra el ciudadano, sino justamente en su protección.

En este contexto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión celebrada el pasado 19 de febrero, acordó expedir la siguiente declaración:

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del deber que le asiste de obrar dentro del orden constitucional vigente y de defender la estabilidad de las instituciones propias del Estado social de derecho en una democracia, en la sesión del día 19 de febrero de 2004, aprobó expedir la presente declaración dirigida a todas las autoridades públicas y a la comunidad nacional en general, comenzando por el señor Presidente de la República, doctor Alvaro Uribe Vélez, el Congreso y naturalmente los magistrados y jueces de Colombia. Más allá de las situaciones de coyuntura o casos particulares que hasta ahora se han presentado, estima necesario prevenir sobre los peligros que se ciernen para el orden jurídico si la Nación se resigna a que la Corte Constitucional, aparte de cumplir las funciones específicas que le son propias, sea la que fije, a su juicio y sin límites distintos de lo que determinen sus integrantes, a veces con precaria mayoría, otras competencias que la han autohabilitado para actuar como una entidad todopoderosa u omnipotente en donde puedan confluir, incluso para sustituirlos, el ejercicio constitucional y legítimo que en verdad corresponde al Gobierno, al Congreso, a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y a la judicatura en general.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia declara:

Las funciones de la Corte Constitucional son y deben ser limitadas.

La Constitución Política consagra las funciones de la Corte Constitucional, y respecto de las decisiones judiciales sólo le asigna la posibilidad de revisar las que son relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, esto es, los fallos de tutela (artículo 241, n. 9). Su actividad no comprende la de revisar las decisiones que profiere la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales propias, puesto que el artículo 234 la señala como “el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” y, para el efecto, le atribuye la función de “actuar como tribunal de casación”, a partir de lo cual cumple, entre otras, la finalidad de unificar la jurisprudencia nacional en las especialidades civil, laboral y penal.

La jurisdicción ordinaria encabezada por la Corte Suprema de Justicia tiene reconocimiento constitucional y es la mayor expresión de la presencia del juez competente como garantía del debido proceso.

Revela manifiesta intromisión de la Corte Constitucional que se promoció la utilización de la acción de tutela para cercenar la función propia de la Corte Suprema de Justicia, cabeza de la jurisdicción ordinaria, incluso para sustituirla. Con ello, no sólo se usurpa tal jurisdicción sino que se impide la aplicación de una de las reglas universales que garantizan el debido proceso, por la que, precisamente en protección del ciudadano, nadie puede ser juzgado sino de acuerdo con las formas propias de cada juicio y ante el juez competente, entendido éste como el juez natural; si pudiera ser desplazado por el juez constitucional, es obvio que se pierde esa preciosa garantía.

El juez civil, laboral o penal, además de especializado es al mismo tiempo juez constitucional dentro de las causas en que interviene.

La eficacia de los derechos fundamentales es un fin que preside la actuación de todos los jueces de la República. En ese sentido, los procesos, como instrumentos de la solución pacífica de los conflictos, están estructurados para que aquellos tengan cumplido efecto. Por eso, en los códigos de procedimiento se establecen mecanismos abundantes para garantizar que el ciudadano sea oído y pueda ejercer su derecho de defensa, incluyendo medios de impugnación ordinarios y extraordinarios. Puede afirmarse, sin ambages, que todo juez dentro del respectivo proceso ejerce un control constitucional, en la medida en que aplica los desarrollos legales previstos para garantizar el debido proceso; y en el interior de éste debe finiquitar cualquier incertidumbre sobre el particular y existen medios para que así ocurra. Incluso, se recuerda, ejerce el control difuso sobre la constitucionalidad de las normas legales, lo que aún no acontece en otras latitudes.

La tutela como mecanismo de protección del ciudadano debe ser fortalecida, pero al mismo tiempo debe ser inhabilitada como instrumento de destrucción del Estado de derecho. La defensa de este principio no va dirigida contra el ciudadano, sino justamente en su protección

La Corte Suprema de Justicia reconoce que la acción de tutela hoy hace parte del patrimonio jurídico de la Nación y por lo tanto debe ser fortalecida, en la medida en que con ella se otorga protección inmediata a derechos fundamentales como son los de la vida, la salud, el trabajo, la educación. No es enemiga de la tutela, como malintencionadamente se ha querido presentar ante la opinión pública, según lo demuestra el sinnúmero de amparos que ella ha concedido en punto de tales derechos.

Pero esa misma acción dirigida contra las sentencias judiciales, en particular contra las proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, no admite comparación con lo anterior: primero, porque la Constitución, vista como un todo, no lo permite; principio que fue reconocido además por la propia Corte Constitucional cuando declaró parcialmente inexecutable el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de dicha acción, que quiso admitir esa posibilidad contra las decisiones judiciales (Sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992); segundo, porque tal acción debe generarse ante la necesidad de una protección inmediata de los derechos fundamentales y con carácter residual. No son inmediatas las consecuencias de la decisión judicial porque, antes bien, son resultado final de un proceso iniciado de tiempo atrás; ni obraría ese instrumento de modo residual, sino como principal, puesto que cuando se invoca a la manera de un recurso adicional, como es hoy, puede conducir a la sustitución de los jueces y trámites ordinarios.

La administración de justicia es autónoma e independiente; los jueces están sometidos al imperio de la ley validada constitucionalmente; acatarla es su deber, incluso para el juez constitucional. Enorme peligro advierte la Corte si se sigue entendiendo que la primacía de la Constitución sobre la ley, habilita que ésta no deba cumplirse, así sea en un caso concreto, o peor si el efecto es general. Según la Constitución Política, la ley se aplica a todos, incluso, claro está, al juez constitucional.

La Constitución Política señala que la administración de justicia es función pública, que su funcionamiento es desconcentrado y autónomo, y que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley (artículos 228 y 230). Por consiguiente, la autonomía e independencia judiciales están en vía de desaparecer, ante la patente interferencia del juez constitucional, que parte para hacerlo de falsas premisas: que los jueces naturales están encargados de quebrantar los derechos fundamentales y no de protegerlos, por lo que la Corte Constitucional debe obrar como regente de la Corte Suprema (también del Ejecutivo y el Congreso en otros ámbitos); que si el juez natural aplica la

ley, válida y constitucionalmente incorporada a la normatividad jurídica, – la que debe imperar en sus decisiones – pueden sin embargo llegar a violar la Constitución, con lo que de paso también se sustituye al Legislador.

La Corte Suprema de Justicia no es prepotente ni infalible

Cuando defiende sus decisiones no lo hace por considerar que jamás se equivoca. Ninguna justicia en el mundo se halla construida sobre la base de que hay jueces infalibles. Los de índole constitucional tampoco lo son. Simplemente hay que disipar la incertidumbre de los derechos disputados en juicio, para lo cual se ha consagrado, en ciertas causas, la presencia de jueces de distintas categorías e incluso la del juez máximo de integración plural para tratar de garantizar el acierto dentro de las limitaciones humanas. Por lo tanto, la posibilidad del error judicial, no legitima, *per se*, la acción de tutela contra las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, como tampoco el ser ésta una autoridad pública, pues igual condición tiene la Corte Constitucional, por lo que, por ese camino, además de que cabrían también acciones de tutela contra ésta, ningún proceso tendría fin.

La confrontación actual es institucional y de política del Estado, por lo mismo no se trata de defender prerrogativas que no correspondan a la realidad, sino de limitar la ambición de poder total por la que, para su haber, propende la Corte Constitucional.

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

La usurpación no atañe únicamente con la justicia. Son muy conocidos los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han sobrepuesto a las legítimas atribuciones del Gobierno y del Legislador. Así, entre otros temas, ha intervenido para modular los instrumentos de participación ciudadana; ha impuesto que se expidan leyes, desconociendo la autonomía del legislador y el origen popular que lo legitima; las políticas monetaria, cambiaria, fiscal y tributaria están hoy prácticamente en cabeza de los jueces constitucionales; la política de ingresos y salarios no ha sido ajena a su intromisión; en materia de orden público se verifica su turbación según el designio de los jueces constitucionales y no del Gobierno encargado de preservarlo; y aun las relaciones internacionales, que debe dirigir el Presidente de la República, se han visto comprometidas. En fin, tal acopio de poder en una institución, además de ser altamente peligroso e inconveniente, representa un atentado contra la democracia y la división de los poderes; y evidentemente quien irrespeta tales valores no puede llamarse demócrata, ni verdadero guardián de la Constitución.

Las evidencias dimanantes de la actuación de la Corte Constitucional son incontestables.

Las decisiones de la Corte Constitucional de los últimos días son innegables evidencias de lo que en esta declaración se advierte: la supresión del recurso de casación en un caso concreto, tras de haber arrasado con una definición de la Sala de Casación Laboral proferida en aplicación de la ley,

incorporada en el ordenamiento jurídico; y la invitación a los jueces de cualquier categoría para que conozcan de acciones de tutela contra decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en contravía de las normas que regulan la competencia que fueron objeto de control constitucional y declaradas exequibles por el Consejo de Estado; para no mencionar decisiones de la misma estirpe en otros casos, y con relación al ejercicio de las facultades propias del Ejecutivo y el Legislativo.

La comunidad judicial, jurídica y nacional debe reflexionar y expresarse

Aspira la Corte Suprema a que esta declaración no solo abra un espacio de reflexión, sino también definiciones que deben darse dentro de la comunidad judicial y jurídica del país, los partidos políticos, las instituciones públicas y privadas, las universidades, la academia y los colombianos en general, a fin de que se hagan los pronunciamientos que correspondan respecto de lo que representa que prospere la idea, ejecutada hoy en contra de la Constitución Política y a costa de los valores institucionales, de la concentración de poder omnímodo en cabeza de la Corte Constitucional, lo cual precisamente quiso eliminar el constituyente de 1991, cuando del seno de la Corte Suprema de Justicia se extrajo aquélla; visiblemente se ha arrogado atribuciones que no le corresponden, sin control ni medida, y sin responsabilidad política, ni de ninguna especie, que le concierna.

La reforma de la justicia

Nada más oportuno que hacerlo ahora a propósito de la reforma de la justicia que se presentará próximamente al Congreso; sobre la cual, en aspectos diferentes a los que atañen con el tema de la presente declaración, la Corte Suprema hará en su momento los pronunciamientos correspondientes.