

Constitución, precedente y derecho privado. Una lectura de cuatro doctriantes

Constitution, precedent and private law.
A reading of four authors

Jorge Gabriel Franco Franco*

Resumen

Constitución Política (1991), precedente y derecho privado, confluyen en una tarea encargada a la jurisdicción constitucional, en la defensa de principios y derechos que forman el *corpus* de la dogmática de la Carta e inciden en lo material de la controversia tutelada. Ello de algún modo coarta la autonomía de la voluntad privada en el contrato, situación genitora de discusiones sobre asuntos sustantivos y formales, correlacionados con las controversias que la Corte Constitucional aborda, especialmente en las sentencias tipo *t* y de las cuales desprende la concreción del precedente, como instrumento del imperativo constitucionalizante para el derecho privado.

Una exploración analítica-textual de tales controversias, da lugar a una reflexión abierta en el marco formalista o del impuro, propiciando nuevas ecuaciones jurídicas.

Palabras clave

Constitución - Jurisdicción constitucional - Precedente - Jurisprudencia - Derecho privado.

Abstract

Constitution (1991), private law and precedent, converge on a task entrusted to a special jurisdiction - the Constitution

* Abogado y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda.

- in defense of principles and rights that form the corpus of his dogmatic and affect the material of the controversy supervised. This somewhat restricts private autonomy in the contract, a situation genitori discussions on substantive and formal and correlated with the controversies that especially addresses the Constitutional Court in the judgments of type t which follows the completion of the previous, constitucionalizante reflecting the imperative of private law.

An analytical and textual exploration of such controversies, gives rise to an open reflection in the formalist context or the impure, promoting new legal equations.

Keywords

Constitution - Constitutional Jurisdiction - Precedent - Jurisprudence
- Private law.

Introducción

Los paradigmas sostienen la historia, la cultura y los ordenamientos sociales, puesto que de alguna manera, el entramado de su estructura da consistencia coyuntural a saberes, técnicas, a la ciencia, la ideología y al derecho. No es de esperarse que una sociedad imbricada en un *modus operandi*, dé giros estrepitosos o saltos al vacío porque sí, de aquí que los cambios resonantes en el paso de Roma al Medievo y de este a la modernidad, estén marcados por mojones fácticos capaces de conmover cimientos, precipitar derrumbes y propiciar nuevas ventanas a las ruinas de lo que queda o a los constructos en ascenso. Resulta que éstos, si encuentran audiencia sólida, avanzan en la posibilidad de expansión de la duda, reordenación de los paradigmas existentes, el rechazo frontal del nuevo o en ocasionales saltos cualitativos, el nuevo instauro su propio entramado. De todas maneras ocurren campos de controversia. Dice al respecto alguien que sabía de paradigmas dados como verdad que uno nuevo, solo adquiere carta de naturaleza en la medida de la aparición de “... una nueva generación” y de cómo ésta, “... empieza a familiarizarse”, con esa “nueva” verdad (Planck. Citado por Boghossian, 2006. p. 168). Lo aquí enunciado por el físico cuántico, en estricta ortodoxia positivista, tiene equivalentes de mayor resonancia en el área de las ciencias sociales y humanas o en aquello que toque con las

apetencias del hombre como ser social, donde los neo paradigmas o tienen serias falencias o no son de buen recibo inicial dado que en muchas ocasiones significa desacomodar lo acomodado.

Todo cambio presupone algún grado de desarraigo y desamarrre, mucho de incertidumbre, bastante de zozobra; no obstante muchas veces resulta atractivo el escenario sin la rutina coreográfica y tal vez sea más productivo participar en los ajustes que permitan cierta transición, menos traumática, orientada a la preservación de lo valioso y al proyecto de nuevos escenarios actuales y a futuro. En lo que sigue: a), primero son examinados aspectos contextuales de naturaleza jurídica; b), un segundo capítulo aborda de manera breve los puntos relevantes de cuatro textos elaborados desde las diferentes miradas de sus autores (Arévalo, 2007; Calderón, 2011; Jaramillo, 2012; Moreno, 2012; Tamayo & Jaramillo, 2012.), respecto de la constitucionalización del derecho privado; c), el tercer capítulo de estas notas aborda desde dos textos de López (2006) y otros doctrinantes (Cepeda, 2008. Henao, J., 2010. Pardo y Parra, 2006. Vila, 2012) y en la perspectiva del autor de este trabajo, unas consideraciones a modo de conclusión razonada.

No sobra el aviso al amable lector que cada texto explorado tiene suficiente material para estudios de alto nivel jurídico y lo de estas notas, apenas asoma una breve mirada al “*jardín de las delicias*” (El Bosco, 1480-1490), de la constitucionalización del derecho privado, donde, Erasmo, Quevedo, Rabelais y Kafka, mucho tienen que decir, pese a la exigencia del rigor jurídico en el abordaje del tema. Vale así mismo la anotación de cómo cada uno de los autores de los temas en estudio para estas notas (Arévalo, 2007. Calderón, 2011. Jaramillo, 2012. Tamayo & Jaramillo, 2012), utilizan extensamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la de mayor relevancia para su temática, la cual no será examinada en el presente documento, dadas las limitaciones formales propias de este artículo pero en lo esencial las diferentes posiciones jurídicas estudiadas expresan, a más de ingente y riguroso acervo doctrinal de los autores, la jurisprudencia de base en su labor.

A su turno, el presente documento tiene como objetivo el asumir las perspectivas estudiadas en los diferentes autores, en función de un bagaje que reduzca al mínimo la tarea del apóstol y permita el paso a la aventura intelectual, la exploración, el desconcierto y la creatividad jurídica, en un marco holístico de acercamiento a los textos estudiados puesto que la experiencia jurídica a partir de la Constitución de 1991, proporciona múltiples aristas, facetas, lados y vértices del ordenamiento constitucionalizado, mirada en que imbrican y repelen apetencias disímiles de doctrinantes, juristas y observadores del devenir socio-jurídico y exigente de cierta perspectiva de más de 180 grados en la valoración.

Respeto de la metodología para la tarea aquí realizada, está inscrita en una revisión documental con la pretensión de un inventario somero - de las tesis de cada uno de los autores, en torno a las cuestiones que dan lugar al título. Tanto en la presentación temática inicial, como en el capítulo de cierre, tiene lugar un, a modo de integración conceptual sea para situarse en el contexto de tales tesis o a fin de establecer unas conclusiones en torno a estas mínimas aproximaciones y primeras consideraciones sobre el “*estado del arte*”, de la constitucionalización del derecho privado (Pérez, 2000. pp. 143 a 160).

El punto de partida

La tradición de la pugilística radica en dos contendientes que a partir de los opuestos, en la medida de su confrontación, desde esta o aquella esquina, darán la victoria a uno u otro o cuando más - pese a los sinsabores de los golpes -, dejan las cosas donde estaban, en el punto neutro del empate. No cabe así en tal contexto la opción del entendimiento, conciliación o amistoso arreglo. Ahora bien tampoco allí el espectador espera eso, solo ansía que su favorito sea quien aplaste al otro, quien dé rienda suelta a sus demonios internos o aquello freudiano de sus transferencias inconscientes y sus apetitos no confesables. Algo o mucho de tal trama pareciera suceder con lo de la Constitución y la ley: Aquí unos dicen que la ley basta a sí misma; para otros, la Constitución prevalece. Así son dos las escuelas, la formalista del *dura lex, sed*

lex o la de la “*predilección por las palabras*” (Arévalo, 2007, pp. 28-32) - de concreción en la ley o el contrato -, y la anti-formalista de la *Norma de normas* o de “*predilección por la conducta*” (Arévalo, 2007, pp. 32-35) que al final parecieran, ellas mismas, constituirse en cerradas, dogmáticas e interexcluyentes. La primera exige la estabilidad jurídica con apego a la ley; la otra, el ejercicio del precedente correlativo al imperio de Principios y garantismo de Derechos, del nivel superior en el Ordenamiento.

Son así “*representaciones de la realidad* que apuntan a “*diferentes formas de entender qué es derecho*” (Arévalo, 2007, p. 35), anejas a efectos prácticos en el decir el derecho. Así, en apoyo de sus argumentos aparece, v. gr., cierta jurisprudencia de lado y lado (Arévalo, 2007, pp. 123-124; Calderón, 2011. p. 113; Cepeda, 2008; Henao, J. 2010; Jaramillo, 2012; Moreno, 2012; López, D. 2006, pp. 399-461; Tamayo & Jaramillo, 2012. Vila, 2012) que doctrinantes de ambas esquinas relacionan y desmenuzan en apoyo de sus singulares y excluyentes miradas, o son apóstoles de la “*norma en el papel*” (Arévalo, 2007, p. 36) o heraldos de las “*normas de acción*” (Arévalo, 2007, p. 36).

Resulta entonces necesario ocuparse de discursos inmersos en un *episteme* que para este efecto tienen suficiente divergencia como para contextualizarlos en algunas de las concepciones antes anotadas. Puesto que el lenguaje da cuenta de unas realidades, son muchos los discursos jurídicos cuyo valor atañe a las cuestiones en consideración. Esto implica examinar presupuestos, deslindar posiciones, asomarse a contenidos latentes. Es decir, imbricarse en una hermenéutica de la investigación necesaria al aterrizaje en una analítica crítica capaz de dar soporte a otras conclusiones.

No sobra advertir, que como en la metodología no positivista, en una interpretación gramatical, el lenguaje entra el terreno de lo aleatorio, si no se fijan expectativas delimitantes, puesto que el significado puede no coincidir con el significante y además el contexto re-define otros nuevos significantes (Eco, 1985) pero en este sentido ya se está en el mundo de la incertidumbre y podrían operar a su antojo las axiologías representativas para alguien o algunos, de manera que todo sea, como Perogrullo lo afirmaría,

“Según el cristal con que se mire”. Es así que “... *la precisión del lenguaje en las reglas generales es limitada, debido a la textura abierta del vocabulario normativo*” (Hart, 1968; Jaramillo, 2012, p. 219;) a más que “...*todas las posibles situaciones jurídicas y fácticas no puedan ser previstas por el legislador quien es falible por naturaleza...*” (Hart, 2002; Jaramillo, 2012, p. 219).

Aquí la noción de certeza tambalea (Balmes, 1847). Ahora bien, en otro horizonte, de carácter positivista escueto, el lenguaje de la pretensión científica exige precisión de las palabras en uso (Eco, 1991, pp. 177-188), por ende surge así mismo la exigencia del examen de las nociones: a) seguridad jurídica; b) ordenamiento legal; c) ordenamiento constitucionalizado; d) precedente jurisprudencial. Nociones estas, base y sustento de la tarea a desplegarse en estas notas.

La tarea

En correlato con lo anterior este texto aborda un examen comparativo de tendencias jurídicas prevalentes, surgidas en torno a la Constitución de 1991 -su dogmática y los efectos de esta-, traducidos al ordenamiento legal, en principio en la ley o como inmanencia de la interpretación jurisdiccional constitucional, originándose así una jurisprudencia operante cada vez más allá de la controversia interpartes, a través del precedente y, más aun, con resonancia especial en cuanto este “*derecho de los jueces*” (Lambert, 2010, pp. 13-55, 123-144; Pomed, 2010, p. XI; López, 2006; López, 2004, 2012), tiene alcances jurídicos que tocan con la estructura misma del ordenamiento legislativo, en un aparente hálito de sustitución funcional, como lo señalan algunos estudiosos y doctrinantes (Zambrano, 2011; Loaiza, 2011).

Los antecedentes

La seguridad jurídica, el ordenamiento legal y la jurisdicción constitucional, conforman un trípode capaz de sustentar muchas reflexiones jurídicas puesto que los tres definen un *modus operandi* del ordenamiento jurídico colombiano, donde caben preocupaciones de orden pragmático, lecturas del ámbito de la

teoría del derecho, constructos explicativos del por qué sí o por qué no, prevalece esto o aquello jurídico, etc. De acuerdo con esta consideración resulta necesario entonces el abordaje y disección conceptual, de los tres elementos relacionados tarea útil para delimitar campos, conceptualizar disquisiciones y generar otras perspectivas.

La exigencia garantista legal (Seguridad jurídica)

En la medida del despliegue de la contractualidad primigenia, el conjunto social exige garantía para todos y de perennidad, nacidas del acuerdo sobre un aparato coactivo ordenador estable frente a las controversias internas y la probabilidad, cierta muchas veces, de la confrontación con otras comunidades sociales extrañas, los extranjeros o los bárbaros (Montesquieu, 1748; Petit, 1997; Garcés, 2007). No obstante no basta la existencia de un Estado fuerte dirigido a la cohesión interna y la respuesta a los foráneos, si no aparece la necesidad inmediata de la resolución de los conflictos propios del acaecer cotidiano entre los particulares y entre estos y el mismo Estado; es decir, de la ley como elemento capaz y coactivo, de suficiente fuerza dirimente (Petit, 1997).

Ello por cuanto la mera consensualidad interpartes no resulta configurante de un ordenamiento, sino que en muchos casos estará sujeto a lo aleatorio de los devenires de la praxis social y de las apetencias íntimas de las partes no expresadas en el negocio jurídico. Noción ésta que ya prefigura en la ciudad Antigua y el derecho romano (Petit, 1997) y alcanza el *plus* en la codificación del Primer imperio (Código de Napoleón), de donde Javert (Hugo, 1862), surge como el prototipo de tal rigurosidad legal: inexcusable, insoslayable, inamovible. Aparecen así constituciones decimonónicas que si bien son el marco referencial del Estado dejan al arbitrio de la ley el ejercicio ordenador e igual de la proyección de la Carta en: a) el conjunto del ordenamiento; b) las consecuencias jurídicas para el individuo, la persona y c) el sistema de relaciones jurídicas que ocurren en el ámbito de la sociedad.

El ordenamiento legal

En lo privado la ley aporta cierta sólida cimentación, históricamente irrefutable, donde el mundo de los negocios o de las interacciones intersubjetivas; da despliegue a una extensa trama de relaciones con valor jurídico, capaces de darse por inamovibles en la medida que sus concreciones, omisiones e infracciones, están prefiguradas en el tipo legal y por ende serán objeto de la exigencia de su cumplimiento, generadoras de obligación, de atribución o de la imputación penal. Ello configura una estructura jurídica de anclaje, donde de alguna manera encuentra eco la confianza de la persona - del ciudadano en la acepción clásica -.

En el valor jurídico primero de la ley, la Constitución de 1886 expresa con referencia a la ley mucho de su dogmática, v. gr., Artículo 50.- *“Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes”*. Es la ley, en el sentido de 1789, el eje que emana de esta Carta hacia el ordenamiento jurídico durante más de 100 años de vida republicana y lo nuclea; así mismo tal Constitución privilegia la noción de ciudadano, con todas sus singularidades de desigualdad, v. gr., de género. Por su parte, la Constitución de 1991 (art. 230), enseña como eco de la de 1886, sobre el *“imperio de la ley”*. Y esta misma Constitución amplía la noción material de ley cuando enseña los Principios fundamentales, Artículo 4° que *“La Constitución es norma de normas”*. No obstante ¿Basta la ley?

El ordenamiento constitucionalizado

Resulta extraña a la concepción de la Constitución de 1886 la noción de un ordenamiento donde la ley resulte cuestionada. La raigambre de *“l'état du droit”*, exige el acatamiento sin más a la norma legal. Ésta en su plenitud daría la respuesta a todas las controversias posibles pero los hechos contradicen la especulación o el mero raciocinio, a más que la incorporación del devenir histórico a la perspectiva doctrinal da paso, a fisuras, fracturas y deslizamientos que permean la legitimidad y gobernabilidad institucional misma. Para el constituyente de 1991, desde su multiplicidad ideológica, su praxis política y las expectativas del poder

redimensionado en la coyuntura del momento, atisba la limitación de la letra de la ley en los vacíos y carencias que pretenden abordarse como tarea de la refundación institucional naciente. Surge aquí en la lógica de un derecho positivo constitucionalizado, lo orgánico de la Carta incluyente de la Corte Constitucional con la función central de la “*guarda de la integridad de y supremacía de la Constitución*” (Art. 241) y en estricta relación con los enunciados de los numerales 1 a 10 del Art. 241.

Así el numeral 4a del mismo artículo, asigna a la Corte la custodia expresa de lo material de la ley, sincrónico con la principialista y los derechos fundamentales consignados; en el 9a, integra a la jurisdicción constitucional el derecho a la acción de tutela (Art. 241). En consecuencia queda armada la estructura central de un ordenamiento fundado en la Constitución, no en tanto esta sea la base y la cúspide en un paradigma kelseniano (López, 2006, p. 268; 2004, pp. 399-461; Rico, 2011, pp. 40-51), sino en cuanto de ella dimana la sustantividad de los derechos fundamentales como base material general del ordenamiento legal donde tenga lugar la noción “... *que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro...*” (García Pelayo, 2003. p. 617).

En este orden de ideas ya ocurre cierta caracterización de riesgos derivados de la constitucionalización del ordenamiento en el ámbito del derecho privado (Moreno, 2012, pp. 103-105) que surgen de tres instrumentalizaciones jurídicas, donde lo sustantivo de la Carta y lo procedimental del terreno jurisdiccional constitucional pueden incidir en los negocios jurídicos, dado:

- a) Su “*imperatividad*” inmanente del carácter de ser norma fundante y de cierre, del ordenamiento jurídico constitucionalizado del Art. 4° de la misma.
- b) El ser la Constitución un referente “*hermenéutico vinculante*” (Moreno, 2012. p. 104) de derecho y en virtud de decir el derecho en la jurisprudencia, como lo establece el Art. 241 de la Carta, con referencia a la función de la Corte Consti-

tucional, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional (Art. 241); y, en lo especificado en los numerales *1a* a *10a*, del precitado Artículo.

- c) El tener la misma Carta carácter de “*fuerza invalidante*” de derecho (Moreno, 2012. p. 104) y por vía de la jurisprudencia: α), de la norma legal - según los numerales, *1a*, *2a*, *3a*, *4a*, *5a*, *7a*, *8a*, *9a*, del ya citado Art. 241 -; β), de los tratados internacionales de acuerdo con el numeral 10a, también del mismo.

Los anteriores atributos, si bien responden al ordenamiento estatuido, han generado suspicacias respecto de los efectos de sustitución de la ley. Pareciera así fisurarse el edificio de la norma legal y en *estricta sensu*, dar curso a cierta inseguridad jurídica que extiende sus alcances al derecho privado, de donde puede estimarse el denominado *triple riesgo* constitucional (Moreno, 2012, p. 104). En este sentido pueden considerarse así mismo dos posiciones: a), la propia de la exigencia razonable y legítima del ciudadano de tener claras reglas de juego en el devenir jurídico de los actos entre particulares o entre estos y el Estado; b), la naciente de una conceptualización de un derecho inmutable, trasladada al acontecer cotidiano de la sociedad, las comunidades y los individuos.

Sucede además que no es extraño al ordenamiento jurídico comparado la jurisprudencia como fuente formal de derecho positivo; esto, evidente en el *common law*, tiene correlato en el sistema continental (Lambert, 2010) y lo expresa con suma claridad García Máynez (1944), para lo de estos lares: “*De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia*” (García Máynez, 1944, p. 51). El asunto es de filigrana cuando se recuerda cómo “*la ley otorga a las tesis expuesta en las resoluciones de ciertas autoridades judiciales, carácter obligatorio, relativamente a otras autoridades de inferior rango*” (García Máynez, 1944, p. 68). En este orden de ideas es la ley y solo la ley, el ente jurídico capaz de la determinación de la jurisprudencia como norma incorporable al derecho positivo.

Hasta aquí podría argüirse que la Constitución encierra la ley dado su carácter universal, operando a título de género, aunque de alguna manera más allá de la regla normatizada (la ley positiva) que por su parte opera como especie y sin los efectos coactivos inmediatos de esta en la jurisdicción, cuando llega a lo concreto de la Sentencia. En este orden de ideas surge la consideración de la vuelta a la vieja máxima, la Constitución es norma de normas que encuentra nicho en la misma Carta del 91 (Art. 4º). Así mismo, en una perspectiva legalista en su tiempo, dice de la Constitución en cuanto a su *carácter fundamental* (García Máynez, 1944, p. 138), “es ser “ *una ley de protección pública, una ley de garantías*” (Posada, 1929. Citado por García Máynez, 1944. p. 138). Si esto es cierto, entonces la constitución resulta integrada en el derecho positivo manteniendo la unidad estructural necesaria a la legitimidad deseada y por ende no resulta inaceptable al rigor jurídico un ordenamiento constitucionalizado con doble vía funcional: la Constitución opera sobre la ley y esta, a su vez, redimensionada en un bloque de constitucionalidad, adviene a incorporarse con la jurisprudencia, como fuente de derecho formal, sin más, en una legalidad constitucionalizada.

En contraposición con lo anterior, la discusión centrada, no en lo formal de la jurisprudencia, más bien en lo sustantivo en juego que tiene raigambre fáctica y jurídica, caben como *leiv motiv*: a), la principialística de la Carta, necesaria de autodeterminarse imperativa en la legislación o la jurisprudencia, es decir en lo material del ordenamiento jurídico; b), cierto cuestionamiento de la legitimidad de lo sustantivo puesto en escena -Principios y Derechos-. En estos puntos nuclea las tesis en contradicción descritas en lo que sigue.

Las tesis en contradicción o la divergencia jurídica conceptual

Situarse en una de las riveras de las contradicciones puede permitir ver las olas de aquí, de allí, pero poco las de la otra cosa esta que preocupa a quien pretende la totalidad del panorama. Sin embargo, dada la carencia de la ubicuidad, muchas veces, ¡Qué más puede hacerse! De todas maneras la vida exige definiciones,

igual que tomar rutas-, que no apropiarse de las mismas-. Es así como en torno a la discusión de estas notas resulta exigible una mínima taxonomía de trabajo necesaria a la comprensión de las tesis en contradicción, sin que ella ponga en escena tal o cual preferencia.

Esta queda a criterio del lector. Además, en la tarea del científico social caben muchas cosas, aun cuando no debiera ser portavoz de la subjetividad exultante, puesto que en esa posición, ¡Poco de ciencia y mucho de opinión! Parece útil aquí apostillar unos enunciados con relación a lo epistémico que establezcan una hoja de ruta para expectativas de científicidad social: a). la necesidad de cierta duda sistémica que controvierta aquellas explicaciones racionales presentadas como verdades con o sin “*evidencia relevante*” (Boghossian, 2006, p. 155), puesto que la ausencia de evidencia conduce a mera retórica vacía, así tenga efectos en la realidad, en virtud del imaginario que traslada el mundo al lenguaje humano (Lacan, 1954; 1956a; 1956b); o aun teniendo evidencia, sopesar los sesgos de la misma, su génesis, desenvolvimiento, si tiene fuerza suficiente, etc.; b), el peso de los aportes “*sociales*” (Boghossian, 2006, p.156), propios o de los contextos, en la tarea del observador o ejercitante de una hermenéutica, inmersa en una *acción comunicativa* (Habermas, 1989).

La breve revisión puntual de doctrinantes nacionales, a continuación, primero examina: a), dos obras cuya perspectiva apunta a la crítica de la constitucionalización, como riesgo para la autonomía de la voluntad y el derecho privado, las de Moreno (2012). y Tamayo y Jaramillo (2012); b), otras dos, la de Calderón (2011) y Arévalo (2007) que mantienen cierto balance en la doctrina al respecto, aun cuando la última de estas (Arévalo, 2007), explicita mayor adherencia a tal constitucionalización, como un deber ser en el contexto actual jurídico-político. Además, con relación a la diversidad de tesis anotadas de los mismos autores, las citas son abundantes, a modo de construir objetivamente un campo conceptual, direccionado a mostrar *la letra y espíritu* de cada autor en lectura. Opera la transcripción escueta - o más bien un parafraseo, algunas veces -, a título de elemento susceptible

de verificación, para luego, en el Capítulo 3 el abordaje de unas consideraciones propias.

La perspectiva del “riesgo constitucional” (Moreno, 2012)

La tesis sustentada en un reciente trabajo, *“El riesgo constitucional en la interpretación de los contratos”* (Moreno, 2012, p. 101. pp. 103-121), centra su discusión en los *“dos factores relevantes en el mundo de los negocios, el beneficio y el riesgo”* (Moreno, 2012, p. 103); factores estos, que exigen a las partes contractuales *“prever, valorar, valorar y cuantificar las circunstancias que inciden o pueden incidir en ambos factores”* (Moreno, 2012, p. 103).

Respecto del riesgo constitucional, el doctrinante Moreno (2012), señala que: a), la Constitución invade la autonomía de la voluntad privada; b), el ámbito de la libertad contractual va reduciéndose en tanto la omnipresencia de la Carta es mayor; c), y puesto que a esta ha sido imbricada la ley sustantiva mediante el bloque de constitucionalidad (Moreno, 2012. p. 109), ello configura un imperativo de talante de orden público que va a estar en el trasfondo del derecho privado. Esto en contravía con la noción errónea - afirma el autor en estudio, de *“asumir que los contratos se hacen, se interpretan y se validan o invalidan sin ninguna interferencia externa a las partes”* (Moreno, 2012, p. 106). Apoya tal formulación en la mirada retrospectiva al mismo derecho romano - a los glosadores -, y la división que éstos hacen entre derecho privado y derecho público.

Recuerda así mismo, como la ley -el Código Civil (Art. 1602), si bien establece que el contrato es ley para las partes, en esta afirmación está implícita la noción de límite a la voluntad ya que esta noción opera como límite de los presupuestos contractuales, a más de las *“buenas costumbres”* (Moreno, 2012, p. 107). Ahora, en tanto riesgo, la Constitución, dada la supremacía inherente a sí misma (Moreno, 2012, pp. 107-110; pp.120-121), de ninguna manera puede excluirse en el plano de lo particular de la imbricación con una hermenéutica del texto contractual (Moreno, 2012, pp. 106-110; pp. 120-121) y de su impacto directo en la validez de los

contratos, expresión formal de la autonomía de la voluntad privada (Moreno, 2012, pp. 104-107).

Surge así en la perspectiva del doctrinante la necesidad para las partes contractuales del estudio, cuantificación, valoración y previsión del “riesgo constitucional” (Moreno, 2012, pp. 101-121) que en una mirada epistemológica, Moreno (2012) distingue que Constitución y contrato “*comparten características*” (Moreno, 2012, p. 108) sintetizadas en que una y otra son: a), “*textos abiertos*” (Moreno, 2012, p. 108); b), exigen “*conformación*” ulterior (Moreno, 2012, p. 108); c), contienen “*reglas como principios*” (Moreno, 2012, p. 108); d), ambos requiere “*ponderación*” y una hermenéutica (Moreno, 2012, p. 108); e), configuran textos “*articulados*” con otros “*referentes relevantes*” e imprescindibles (Moreno, 2012, p. 108). Así, aquí otea una facticidad formal vinculante que aúna a la inmanencia principialística y de derechos de la Carta.

En cuanto a lo adjetivo jurisdiccional, el trabajo en comento señala que las “*sentencias tipo t*” (Moreno, 2012, p.120), en tanto generadoras de precedente, son los instrumentos procesales moduladores de la congruencia entre lo contractual del ámbito privado con la dogmática constitucional. En consecuencia, el efecto de ese *estar ahí* de la Carta, materializa en cuanto: a), deviene en un imperativo; b), configura un marco y parámetro hermenéutico vinculante; c), llega a ser “*fuerza invalidante para los contratos*” (Moreno, 2012, p. 104), en cuanto su atributo de proyectarse jurisprudencialmente en el decir el derecho. De esta conjunción de caracteres jurídicos surge para “*el mundo de los negocios*” (Moreno, 2012, p.103), una Constitución a manera de “*factor de riesgo*” (Moreno, 2012, p. 104).

Del “*Papel y valor asignados a la jurisprudencia*” (Tamayo & Jaramillo, 2012)

Desde la mirada efectuada acerca de “*El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*” (Tamayo & Jaramillo, 2012), los autores establecen el valor del abordaje del precedente como técnica de la jurisdicción constitucional desa-

rrollada para decir el derecho del juez constitucional, con efecto *erga omnes*.

El prologuista de la obra en estudio (Yepes Arcila, 2012), diferencia entre el precedente como “*procedimiento de producción normativa*” (p. XLV), en tanto que la jurisprudencia lo es “*de aplicación del acervo legislado preexistente*” o “*el resultado de la interpretación que la autoridad judicial hace de las normas establecidas por un legislador distinto de ella misma*” (Yepes Arcila, 2012, p. XV) o mejor aún, el precedente crea, en tanto la jurisprudencia tiene “*efecto residual*” (Yepes Arcila, 2012, p. XV) que deviene en lo concreto de la “*sentencia*” (Yepes Arcila, 2012, p. XV).

En esto del precedente, los presentadores del texto de Tamayo y Jaramillo (2012), hacen una apreciación clarificadora sobre el impulso a los estudiosos del tema: “*Es evidente que además de jurídico, se trata de un problema político de difícil resolución, aunado a la tradición continental del derecho colombiano y a la propia organización del Estado, que no facilitan la discusión*”.

Tamayo y Jaramillo (2012) inicia su estudio inquiriendo sobre si el precedente judicial tiene carácter obligatorio, ya que la Constitución en su Artículo 230 la considera como criterio auxiliar en la interpretación de la ley o como lo expresa el doctrinante, “*auxiliar de la actividad judicial*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 3). Señala así que la obligatoriedad de la jurisprudencia es en esencia equivalente a la obligatoriedad de la *ratio decidendi* en la aplicación de los jueces. Es decir, de alguna manera se estaría frente a un esguince de la recta vía formal para dar vida a una formulación jurídica diferente a la ley en la producción de efectos en la sentencia.

En este sentido el jurista opina su oposición a la aplicación del precedente por cuanto choca con la formulación constitucional del Artículo 230 de la Carta, además que a su parecer tiene “*más costos que beneficios*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 3-4) y, en segundo lugar, contradicciones en la técnica de la interpretación semántica respetuosa del significado de las palabras (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 4-5) y a la adopción de una interpretación axio-

lógica de la Corte o “valorista” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 5; pp.72-78) en su apreciación, ya que pondera entre ordenamiento y fines del estado social de derecho (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 9). Ello además afecta a su parecer, el principio de legalidad, la *dogmática tradicional*, es decir el *corpus* teórico establecido y la misma función académica del derecho (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 5). En defensa de sus tesis, Tamayo & Jaramillo (2012), recurre a:

- a) La propuesta de una “*legítima interpretación del artículo 230 de la Constitución*” (Tamayo & Jaramillo, 2012. p. 7 a 99) que sostiene en varios postulados: i), Colombia es un Estado Social de Derecho que define en su interpretación, a partir de estar sustentado en el núcleo del Estado de Derecho que nace del Principio de Legalidad; ii), otro principio fundante es el de la igualdad ante la ley, tomada aquí en estricto sentido formal; iii), el derecho es positivo en cuanto escrito o sea positivo y es en su presencia material el principio de legalidad; y, iv), el estado de derecho privilegia el imperio de la ley, y la razón lógica y jurídica radica en el Art. 230 de la Carta.
- b) Un “*análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente constitucional*” (pp. 11-97): La Sentencia paradigmática C-836/2001 sirve para tal análisis que en resumen apoya en argumentaciones críticas que convergen en la rememoración de Alexy (1997), cuando explica que este autor, “...tiene conciencia clara de que la Constitución por sí sola es incapaz de servir de base a una correcta interpretación” (Tamayo & Jaramillo, 2012. p. 69). Más adelante en su escrito, el doctrinante continua: “...es preferible, para que haya verdadera igualdad y verdadera justicia, el margen de creatividad que en el Derecho escrito conceden las normas vigentes” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 89). Concluye este apartado afirmando que una dificultad importante en su perspectiva es “*la identificación de una verdadera ratio decidendi*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 93).
- c) Una *crítica a la doctrina colombiana del precedente constitucional obligatorio* (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 99-173)

que apuntala en el Artículo 30 de la Constitución, ya que el precedente, tomado aquí como sinónimo de jurisprudencia, es un simple y exclusivo “*criterio auxiliar del juez*” (Tamayo & Jaramillo, 20012, p. 96); además la obligatoriedad tiene sofismas a su parecer fundamentados en que deduce que tácitamente el Artículo 230 “*condenó el sistema de precedentes obligatorios estilo anglosajón*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 102); otea así una violación al principio de contradicción, ya que si el precedente está taxativamente en la constitución como criterio auxiliar, no puede ser al mismo tiempo expresión del imperio de la ley que en su criterio es el mismo “*imperio del derecho*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, p. 105); por último, termina este capítulo argumentando contra el precedente y los jueces que desconocen la jurisprudencia (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 151-153), sobre el *precedente obligatorio y recurso de casación*, (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 153-161); en cuanto que el precedente es obligatorio y con relación a “*las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 161-169) y en lo de la “*actividad administrativa*” (Tamayo & Jaramillo, 2012, pp. 169-173).

Jaramillo (2012), por su parte, examina la “*Importancia, papel y valor asignados a la jurisprudencia en el derecho colombiano...*” (pp. 177), de manera que afirma “*nos orientamos por, o hacia una jurisprudencia racionalmente vinculante*” (Jaramillo, 2012, p. 209; pp. 209-220), ya que entrevé cómo la jurisprudencia tiene rol en la “*respuesta a un modelo político e institucional*” (Jaramillo, 2012, p. 209; pp. 209-220) además que reconoce, cómo “*el escenario actual en la práctica, obviamente con excepciones sigue siendo un sistema de jurisprudencia libre o meramente indicativa*” (Jaramillo, 2012, p. 255; pp. 254-260), lo que genera efectos diversos en el quehacer jurisdiccional de decir el derecho, de los que hace un listado. Finaliza su texto el jurista con argumentos de sostén a su propuesta de la “*jurisprudencia racional y relativamente vinculante*” (Jaramillo, 2012. p. 260; pp. 260-273).

La “CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO” (Calderón, 2011)

En *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia* (Calderón, 2011), el autor señala que no es pacífica la confrontación entre los puristas del derecho privado versus quienes estiman necesario la inmanencia constitucional a los diferentes ámbitos de derecho, lo que constituye el presupuesto inicial de esta tesis. Parte de una contextualización fáctica para delimitar cómo el derecho privado tiene sus propios afanes que nacen de entre otros aspectos de:

- a) La situación de las personas frente al Estado o según la doctrina de Bobbio (1999), acerca de la “*situación de igualdad o desigualdad de las personas que establezcan la relación*” (Calderón, 2011, p. 9).
- b) La posibilidad de adecuarse un contrato donde la autonomía de la voluntad tenga valor frente a las partes del mismo en razón de la consensualidad: el derecho privado “*es el derecho del contrato*” (Calderón, 2011, p.15).
- c) La posibilidad de hacer concreción en un ordenamiento de la menor injerencia posible en los espacios de los negocios interparticulares: un ordenamiento jurídico *marginal*, así mismo coherente con un paradigma de economía de mercado (Calderón, 2011, pp. 12-23).

Así mismo Calderón (2011), apunta a lo epistemo-sustantivo en juego, ya que examina:

- a) Si son las palabras o la conducta, aquello que va a determinar la constitucionalización; es decir, si prima el discurso constitucionalista formal-nominativo o si efectivamente la dogmática de la Carta alcanza más allá del texto en la concreción operativa de los que denomina “*agentes concernidos*” -“*agentes constitucionalizados*” y “*agentes constitucionalizadores*”. (Calderón, 2011. pp, 27-28).
- b) Si son las palabras, esto deviene en una “*ilusión formalista*” (Calderón, 2011. p. 28), donde la Carta de alguna manera

llega a ser espectador con función de control formal de la comprensión, interpretación y estructura de la ley o el contrato (Calderón, 2011, p. 29). Entonces, definir la Constitución como “*norma de normas*” (Calderón, 2011, p. 33), v. gr., no pasaría de ser una nominación más, formalista o de tipo positivista que no garantiza la praxis constitucionalizante que va a ser en última instancia lo que establece “*la efectividad del fenómeno*” (Calderón, 2011, p. 35).

- c) Si son las conductas, ocurre que dos son puntales de esta praxis: α), la categorización que hace la Corte Constitucional de una constitucionalización derivada de la tarea jurisdiccional que le ha sido encomendada (Constitución, Art. 241); β), el reflejo jurisdiccional de la Carta en las Sentencias o lo que denomina “*la práctica de los tribunales, agentes oficiales y particulares cobijados por ellas (agentes concernidos)*” (Calderón, 2011, p. 33).

Calderón (2011), expresa también: “... *cada una de tales aproximaciones, hacia las palabras y los conceptos o hacia las conductas y las prácticas es relevante pero, de cualquier manera, incompleta*” (p. 28). Supera tal disyunción cuando sostiene, “*se trata de dos caras de la misma moneda*” (Calderón, 2011, p. 28). Y argumenta en este enfoque epistemológico: “*En el tránsito de las normas a las prácticas... la distinción entre el derecho en el papel y el derecho en acción supone una desconfianza acerca del impacto efectivo del discurso constitucional en las prácticas del derecho privado*” (Calderón, 2011, p. 38). Encuentra este autor estrategias constitucionalizantes intrínsecas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que afectan escenarios (Calderón, 2011, p. 71):

- a) Definición de servicio público de una actividad de impacto en las personas y en sus negocios privados, v gr, la actividad bancaria.
- b) La perturbación inducida cuando ocurre restricción a los “*intercambios voluntarios*” (Calderón, 2011, p. 83), de los privados, a partir de la afectación de “*un usuario que inten-*

ta acceder a un servicio indispensable para su participación en el mercado” (Calderón, 2011, pp. 82-83).

- c) El reconocimiento de una especial relación usuario servidor, asimétrica en cuanto ocurre un negocio jurídico entre un usuario privado y un ente de servicio público o de manera general entre un usuario y un servidor sujeto a una categorización en la dogmática de los derechos y principios de la Carta (Calderón, 2011, pp. 86-92).
- d) El control de la buena fe en el litigio constitucionalmente tutelable (Calderón, 2011, pp. 97-114).
- e) La extensión del amparo judicial frente a controversias en el derecho privado dada la situación en riesgo de derechos fundamentales (Calderón, 2011, pp. 114-128).
- f) La asimetría de las partes contractuales (Calderón, 2011, pp. 97-128).

Frente a los anteriores argumentos, Calderón (2011) encuentra vacíos entre “*la constitucionalización judicial y la constitucionalización real*” (p. 129), expresados en:

- a) El efecto en la “*seguridad de los negocios*” (pp. 132-137).
- b) La *resistencia de los agentes* (pp. 137-141).
- c) Los *riesgos relevantes* (pp. 141-144).
- d) El efecto de la *exigencia judicial* (pp. 144-150).
- e) *El efecto de la prohibición de las cláusulas genéricas* (pp. 150-153).
- f) Las razones de la “*ineficacia*” de la constitucionalización (Calderón, 2011; pp. 153-157): i), incumplimiento del derecho; ii), no voluntariedad de una de las partes contractuales para adherirse al mandato constitucional; iii), sesgo a la legitimidad normativa del imperativo constitucional; iv), asunción de una posición axiológica frente a la norma; v), carencia de coactividad directa de la norma constitucional.

De “Los derechos fundamentales y la autonomía contractual” (Arévalo, 2007)

En *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia. Contrato de mutuo, transporte y transacción. Línea jurisprudencial 1999-2006*, Arévalo (2007), parte de: a), el impacto económico de la intervención jurisprudencial en amparo de la dogmática de la constitución; b), la “*eficacia horizontal o frente a terceros*” o “*Drittwirkung*”, de los derechos fundamentales (Uprimmy, 2007, p. 6); c), el significado de este amparo frente a la autonomía de la voluntad. Resulta que la jurisprudencia tiene un coste o de rentabilidad social o de impacto económico pero como lo de los derechos conlleva reconocimientos sobre la persona, sobre sus atributos como la dignidad, etc. o sobre su patrimonio, es ineludible que ello afecte intereses económicos de los particulares o lleve a identificar un responsable macro de la obligación que puede llegar a ser el Estado mismo (Arévalo, 2007, p. 9). En el primer abordaje el doctrinante parte de la teoría de la *Drittwirkung* Alemana y el neo constitucionalismo de raigambre itálico (Arévalo, 2007, p. 13), mira otras fuentes en el derecho comparado y resalta la reiteración de la Corte constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares cuando el solicitante se halle expresamente en estado de subordinación e indefensión (Arévalo, 2007, p. 19) y examina también la ponderación de la libertad contractual en la confrontación con otros derechos de rango constitucional (Arévalo, 2007, p. 24).

En un segundo nivel de análisis, aborda el estudio comparado y de autores en lo de la de la autonomía de la voluntad, en correlato con el contrato (Arévalo, 2012. p. 25), en la perspectiva histórica del acaecer jurídico de un Estado que deviene del “*liberalismo clásico*” (Arévalo, 2007, p. 25), al neoliberalismo y en tanto la concepción de Estado transcurre de un Estado de Derecho significado en el Código de Napoleón - cuya concreción en Colombia tiene lugar en el Código Civil y luego en el Código de Comercio de 1971 -, al Estado Social de Derecho articulado en la Constitución Política de 1991, de manera que en estos dos (Código Civil, Art. 1602; Código de Comercio, Art. 822), tiene lugar el altar de

la autonomía de la voluntad como núcleo del derecho privado y el ejercicio del atributo de ser ciudadano.

Examina así mismo el intervencionismo del Estado expresado en legislación hija de la Reforma de 1936 a la Constitución de 1889 (Arévalo, 2007, p. 35) con relación a sus efectos jurídicos e incluso desde la noción kantiana de la libertad (Arévalo, 2001; p. 36) y prosigue en la idea del Estado Social de derecho, donde distingue entre un Estado de raigambre neoconstitucionalista neoliberal y otro “*neoconservador*” (Arévalo, 2007; p. 39) que ejemplifica con lo sucedido entre los años 1900 a 1930 en Estados Unidos con los fallos de la Corte suprema de justicia (Arévalo, 2007, p. 39). Más adelante, en su texto, Arévalo (2007), reconoce cómo:

No es lo mismo concebir la autonomía de la voluntad en un estado (sic) liberal y neoliberal que su usanza en un modelo intervencionista. En los dos primeros el estado (sic) debe garantizar el ejercicio pleno de esos postulados - los liberales de la autonomía de la libertad contractual - (Acotación del Autor de estas notas), en el segundo por el contrario, el estado (sic) deberá ponderar el ejercicio de esa libertad contractual al límite más importante de todos: el de los derechos fundamentales (pp. 41-42).

Así mismo hace un amplio recorrido jurídico-histórico y desde la filosofía del derecho de los “*derechos fundamentales como límites a la autonomía negocial de los particulares*” (Arévalo, 2007, pp. 43-65), examinando las relaciones horizontales - *Drittwirkung* -, como sustento teórico a la tesis central de su trabajo aquí enunciada, “*la justificación de la intervención del juez constitucional en las relaciones entre privados en su autonomía negocial*” (Arévalo, 2007, p. 52). En consecuencia, en ese orden de ideas (Arévalo, 2007, pp. 55-65), estudia la “*Norma como clausura límite*”, los “*Bienes Constitucionales*”, el “*límite del derecho ajeno*”, la “*ley y el estado (sic) democrático*”, la “*jurisprudencia*”, el “*abuso del derecho*” y la “*buena fe*”. Y, en el antepenúltimo capítulo de su texto, el autor en comentario ocupa su estudio en “*la relación derechos fundamentales y autonomía negocial*” (Arévalo, 2007, p. 67), así mismo, en la “*eficacia de los derechos fundamentales frente a*

los particulares” (Arévalo, 2007, pp. 67-74); ello desde el derecho comparado y en función del desarrollo de la “*eficacia horizontal o frente a terceros*” (Uprimny, 2011, p. 6) o *Drittwirkung* que da fundamento a la convicción de un rol donde “*el juez constitucional está legitimado para intervenir en las relaciones negociales entre los particulares*” (Arévalo, 2007, pp. 89), piedra angular esta, de “... *un nuevo orden jurídico que presupone la relación entre el derecho constitucional y el derecho privado en especial el civil y el comercial...*” (Arévalo, 2007, p 86), cuya expresión material está dada “... *en la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares que son conocidas como relaciones universales*” (Arévalo, 2007; p 86).

Culmina el planteamiento transcrito arriba, en el estudio de “*la Drittwirkung en Bogotá*” (Arévalo, 2007, p.89), donde a partir de la consideración de una Constitución que irradia *en el derecho privado* (Arévalo, 2007, p. 89), revisa los escenarios jurisprudenciales más relevantes con relación a la prevalencia de los deberes constitucionales en 1993, 1994, 1995 y aquella que toca con lo contractual (Arévalo, 2011, pp. 89-122). Esto le permite al doctrinante llegar a una propuesta que sintetiza en lo de la “*reformulación del sistema de fuentes para la interpretación de los contratos a través de los derechos fundamentales*” (Arévalo, 2011, p. 123) y en consecuencia, primero alude a los efectos económico-patrimoniales generados en las decisiones de la Corte constitucional donde distingue por lo menos dos fuertes tendencias, las economicistas y las garantistas de derechos.

Estima Arévalo (2007) que para las decisiones de los primeros - los economicistas -, la racionalidad económica está en la base de un ordenamiento fiscal inamovible y en lo contractual donde la voluntad de las partes funciona como reflejo de esa racionalidad inscrita en el campo de la libertad política y económica. La otra corriente –los garantistas de derechos -, privilegia el dar concepción a la garantía de los derechos asignado la carga fiscal a la vocación y misión del Estado Social de Derecho con lo que ello implica de priorización del gasto, reasignación y focalización del recurso, además que exige la intervención del ordenamiento en el

campo de la autonomía de la voluntad ya que el fin del contrato no es absoluto para las partes sino así mismo está inserto en un ámbito social.

A manera de síntesis

Ha sido efectuado un rápido recorrido en cuatro tesis respecto de la jurisprudencia y sus efectos en el conjunto del ordenamiento jurídico. En principio pareciera ser un asunto técnico de reglas, formalismos y juricidad; no obstante todo lo de valor jurídico en una sociedad tiene un coste sea directo o indirecto que afectará algún tipo de rentabilidad, económica o social generando una obligación. En este sentido afectará estos u otros intereses intangibles aunque dé valor patrimonial o con relación a los derechos fundamentales, objeto de garantismo constitucional que en algún momento tendrán la connotación de prestacionales o generarán una prestación en torno a su garantía. Por ende el nudo a desatar estriba en si una Constitución como la del 91 trasciende a la cotidianidad o resulta en un horizonte a alcanzarse. Esto último podría llegar a constituirse en un monumento más a las utopías del imaginario social; si lo primero, la racionalidad de la jurisprudencia algo aporta a ese trascender constitucional en un marco de estricta legalidad–legitimidad. Pudiera decirse que los puristas en lo jurídico aman lo clásico. El clasicismo del Siglo XVII, donde Corneille, Moliere, Racine y otros más tienen su nicho escénico y literario, preconizaba al apego a las formas. Estas daban supuestamente la seguridad que todo marcharía *bien*.

La ausencia de sobresaltos, el formato conocido, el mantener el mismo discurso, daban la posibilidad de mantener un *status quo* suficiente para la rememoración de las glorias pasadas y el deleite de continuar la tradición. No obstante pronto se vio que el público hastiaba en los palcos; el recital adquiría un rictus de monotonía; la melodía sonaba monocorde y poco a poco desfilaban los oyentes en busca de otras experiencias. Así lo bueno del clasicismo terminó en una insoportable retahíla donde primero sobraron las injurias a los trashumantes, los desertores y los hastiados.

Luego la angustia de la soledad en curso de unos cuantos actores sin audiencia y en fin, la certeza que las glorias fueron eso, glorias en la memoria. Nada más. Es que ahora el mundo del momento cambiaba, mientras los de la pluma y secante desesperaban en redefinir lo estatuido para que nada cambiara. Este afán conduce en unos raíles sin retorno, de Luis XIV a Robespierre (2000); del Estado absolutista al imperio de la guillotina en nombre de la Ley y el Ciudadano.

Es así mismo la pureza de la ley el sustento de un ordenamiento blindado contra sobresaltos y ello irradia al conjunto de los gobernados, los ciudadanos en tanto acuciosos adherentes a la tridivisión de poderes públicos (Montesquieu, 1748), propuesta en el “*siglo de las luces*” - el período del Siglo XVII al XVIII, donde la razón pareciera haber resuelto los problemas inherentes a la libertad, la necesidad y la desigualdad, mediante la síntesis en los Derechos del Hombre y genitora de la concepción excluyente de *sólo un legislador natural* - no en el sentido del derecho natural -, sino en cuanto es su finalidad principal la producción de leyes en un marco de legalidad y legitimidad.

En lo atinente a estas consideraciones, en lo que sigue aparecen dos conceptualizaciones, la del formalismo puro y lo del antiformalismo que López, (2004; 2012), ha categorizado como derecho impuro que rescataría de la impureza de lo formal.

Del acabar un mundo para pulir un verso

Lo del legislador natural nace en rigor de la estricta división de poderes (Montesquieu, 1748) y la especialización de competencias aneja en el Estado; además que el mismo legislador, por su carácter de representante del soberano, daría cuenta de las apetencias reales en una sociedad específica. No obstante sucede que este mismo legislador en el afán del día a día posterga o soslaya la asunción de pronunciarse mediante la ley sobre algunas de las expectativas jurídicas puestas a su consideración o lo que le es propio, asume cierta contextualización política inhibitoria en su *hacer la ley* que va a generar vacíos normativos exigentes de su-

plirse para la tarea jurisdiccional y el edificio del ordenamiento jurídico, a más que el principio de legalidad así lo exige.

En otra mirada la tarea del legislador privilegia la ley; es decir que esta sea la norma suficiente: *lex dura lex sed*. Su tarea así vista responde taxativamente a la concepción del Estado de derecho y ello está bien, puesto que al regirse por la ley esaá tiene la pretensión de suficiente y largo alcance en el tiempo, lo que da tranquilidad en el acontecer jurídico, sustantivo o adjetivo.

Ahora, en lo material la ley establece unas claras reglas de movilidad que permiten a los particulares, v. gr., en lo contractual establecer su consensualidad como ley para las partes. Sin embargo aquí vale detenerse en qué trasfondo pudiera darse en el curso de la ejecución contractual; trasfondo distinto al de la simulación o el propio de la acción Pauliana que de alguna manera implique conflicto frente a la ley misma o al imperativo constitucional. Aparece así, cómo la seguridad jurídica no basta para dar cuenta y corte a las contingencias del derecho privado.

Que el poema no tiene estructura, más bien su propio "swing" o la impureza del antiformalismo

En principio los individuos humanos devienen en un mundo al parecer inamovible por la noción de *estar ahí* cuando se empieza a percibirlo; noción esta que pese a lo hechos contextuales, nacimientos, muertes, migración, triunfos y fracasos, persiste como eje del ejercicio de la vitalidad. Todos en algún momento asumen cierta nota de perennidad que así mismo tendrá que ver con el ejercicio social del Yo (Lacan, 1954, pp. 343-395; 1955, pp. 261-278; 1956a. pp. 409-481).

En lo jurídico así mismo pareciera estar construido todo; no obstante, el devenir social y de las relaciones intersubjetivas genera problemas puntuales o en racimo, de tal manera que pareciera muchas veces percibirse cierta carencia de instrumentos para el derecho. Requiere este de re-contextualizarlo para su operación en el ámbito de lo jurídico, sea del derecho público o privado o en lo que atañe a los contratos. Así, el poema no está estructurado

como una totalidad definitiva, sino que cada palabra o cada nueva frase darán cierto aire melódico nuevo a una tarea que nunca será la definitiva o igual, será un entramado tal que termine siendo laberíntico y oscuro o una fuente más de incertidumbre, mientras el hombre o la mujer estén y configuren espacios de sociedad.

El contexto del nuevo derecho en Colombia

Debe recordarse que a la Constitución de 1991 no se llega por la vía de la razón únicamente. Allí está la confluencia de los muchos vapores acumulados en 100 años de vida republicana y en efervescencia en los años previos a la convocatoria de la Constituyente, donde la noción de Estado se inserta en un escueto acatamiento a la ley por un ciudadano reglado. Todo lo que controvierta el discurso legalista esta contra la ley; no cabe la disquisición de los beneficios o perjuicios derivados. Es un asunto puramente formalista.

A la Constituyente, partera de la Constitución de 1991, convergen tendencias en principio incontrollables que traducen sus querencias en una carta principialística, dotada de una perspectiva antiformalista en pro de la democracia, libertad e igualdad, aun cuando rígidamente adherida al modelo económico sustitutivo del keynesianismo en los países industrializados - El modelo económico políticamente intrínseco a los regímenes de Thatcher / Reagan de los años 80 del Siglo XX -, o donde la noción de ciudadano da paso a otra mayor, la de persona como sujeto de derechos y deberes. Este aglomerado, en principio saludable - puesto que por primera vez es posible el diálogo inter-ideológico en niveles de poder dentro al interior del Estado - a diferencia del ocurrido con el Frente Nacional, fruto de un consenso que permitía la alternación partidista sin tocar con la dogmática de la Constitución misma -, carga contradicciones propias de estructuras terminadas con segmentos fundidos entre sí pero que de alguna manera dejan entrever las costuras; hechos traducibles así mismo en la propia funcionalidad operante del régimen.

Entonces surge en la Norma la exigencia de dar espacio al garantismo de los derechos fundamentales (Capítulo I. Arts. 11 a

41), de segunda y tercera generación o conexos que taxativamente son enumerados o se reconoce puedan no haberse caracterizado al momento de su promulgación como sucedería con los de cuarta generación (González, A. R., 1984). En consecuencia, surge para el derecho la exigencia de re-crear perspectiva, enfoques y miradas que van a tener correlato en doctrina y derecho positivo o en lo que aparece definido por estudiosos como activismo de los jueces y de lo jurisdiccional cuando ocupan su tarea en el nominado “*gobierno de los jueces*” (Lambert, 2010. p. 1-13; pp. 13-77; Pomed, 2010, pp. XI–CII; López, 2006; López, 2012); *tarea esta* a lo que no faltan los reproches por la “*usurpación de una función política que no les corresponde*” (Lambert, 1921; 2010, p. 21-35), generando “*virtudes y peligros*” (Lambert, 2010, pp. 242-258).

Ahora, ¿cuál es el instrumento jurídico coherente con esta actividad? En cuestión de *decir el derecho* no basta con la delimitación interpartes, sino aparece el requerimiento del *erga omnes* muchas veces. Y este trasciende a los propios de las partes en un examen profundo de su resonancia jurídica, puesto que el negocio jurídico válido consensuado interpartes pasa por el tamiz social de su respeto o de la mirada no pacífica, hechos estos a los que solo la operancia de un ordenamiento legal-legítimo, va a darle el significante social congruente. En correspondencia con lo de legal-legítimo, surgen tres factores determinantes de suficiente fuerza jurídica, la Constitución, el derecho positivo y el decir el derecho de los jueces.

Respecto de esto Artola (1986), sostiene que el garantismo de los derechos fundamentales no puede reducirse a una fórmula sacramental de carácter nominal (Artola, 1986, pp. 50-75), formal, sin fuerza de concreción jurídica; es así como, dice, el mismo: “*La concreción constitucional de las garantías depende del poder judicial...*” (Artola, 1986. p. 59) o en otros términos, el “*derecho a la jurisdicción*” (Artola, 1986. p. 59), sólo posible en virtud de:

- a) La *ratio decidendi* reiterada por el juez superior, el constitucional, aun cuando no se de en calco, de manera que construya un precedente.

- b) El mandato al juez constitucional: α), de ajustarse a tal precedente en virtud de la congruencia interna de su argumentación con el *animus* o dogmática constitucional; β), que cumpla el ritual procedimental de la reiteración genitora formal del precedente jurisprudencial; γ), la aplicación en los análogos en controversia, sobre los que dice el derecho en la Sentencia.

Si bien la Carta extiende sus alas a todo el ordenamiento jurídico, solo la ley y la jurisprudencia dan operatividad discursiva y jurídicamente reconocible para efectos del acaecer del mismo. Mas la Constitución está ahí. Es la fuerza de la ley devenida de la tarea del legislador el instrumento necesario a que tal Constitución irradie sus efectos. No obstante en vuelta a lo contextual, la ley opera en contextos más estrechos y con mayor transitoriedad que la misma Carta, dado que esta en principio es a largo plazo. Ahora, todavía mayor es la estrechez de contexto - en principio -, del intervalo de movilidad de la tarea de los jueces: la jurisprudencia o la sentencia, dado que su ocupación está focalizada. Pero esto resulta engañoso, dado que la construcción de la jurisprudencia obliga a la determinación y puesta en escena de múltiples e ingentes factores relevantes de orden jurídico, contextual y axiológico, tales, suficientes a dar paso a la *ratio decidendi* (Cepeda, 2007; 2008; López, 2004; 2006; 2012; Vila Cepeda, 2012).

El precedente jurisprudencial como instrumento conexo de garantismo

Otra consideración nace sobre el valor de tal jurisprudencia o decir el derecho en cuanto a sus efectos en el ordenamiento: En principio, *una golondrina no hace verano*. Esta verdad sanchopancesca tiene su rol en lo de la *costumbre*, que desde la misma Roma forma parte del *derecho no escrito* (Petit, 1997, 30,46), reconocida en la legislación nativa por la ley 153 de 1887, Art. 13 (Garcés, 2007, p. 39) o como expresión de democracia participativa que la Constitución de 1991 privilegia en sus Arts. 7° sobre diversidad étnica, 246 de la jurisdicción indígena, 247 de los jueces de paz y 330 que se refiere a los gobernantes de la minoría étnica indígena que en texto dice: “De conformidad con la Constitución y las le-

yes, los territorios indígenas están gobernados por consejos conformados y reglamentados según, los usos y costumbres de sus comunidades...”. Por su parte el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), la retoma en cuanto en el Artículo 3º, señala que la costumbre mercantil tiene igual valor jurídico que la ley. Esto, no obstante la disposición en contra del Art. 8 del Código Civil que doctrinantes asimilan a la costumbre *contra legem*. Por su parte la jurisprudencia da cuenta de la noción de costumbre con valor jurídico en la Sentencia C224 de la Corte Constitucional.

Igual, por analogía puede suceder que en el caso de la jurisprudencia aparece la reiteración de la *ratio decidendi* en sucesivas sentencias referidas a similares controversias, generando un constructo jurisprudencial fundado en el precedente (Cepeda, 2007; 2008; López, 2004; 2006; 2012; Vila Cepeda, 2012). En la noción clásica resulta la jurisprudencia como una actividad acumulativa de los jueces asimilable a “conjunto de decisiones que expresan la interpretación judicial de la ley por vía de doctrina” (Madrid-Malo, 2010, p.196) o un “conjunto de sentencias dictadas por miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada” (Osorio, 2006 p. 526). Dado que su origen no tiene lugar en el legislador natural, el precedente ocasiona resistencia, debido a que:

- a) De alguna manera el producto jurisprudencial substituya la ley, en cuanto llegue a tener fuerza *erga omnes* (López, 2012) o en el caso interpartes, vaya *ultra* o *infra legem* y de esta manera invada la autonomía de la voluntad (Arrubla, 2010, p. 50).
- b) La jurisprudencia así instrumentalizada genere terreno movido en el juego de la estabilidad jurídica (Arrubla, 2010, p. 49, pp. 45-66; Tamayo & Jaramillo, 2012).
- c) Tal inestabilidad jurídica, también tenga impacto en el derecho privado (Moreno, 2012).
- d) En consecuencia con los anteriores, el orden económico subyacente a lo contractual tenga algún grado de afectación (Arrubla, 2010, pp. 50-65. Moreno, 2012).

Resulta útil aquí, con ánimo de soslayar aquello de “... *el hombre crea diariamente su propia realidad sin orden, sin referente, y lo que es peor, sin conciencia clara de hacia dónde va o por donde debe ir*” (García, 2003, p. XXI), traer cuatro referencias de Hegel (1980), cuya significancia resulta atemporal y necesaria en esta discusión. En lo primero citado el filósofo del derecho reconoce la exigencia de los derechos como una primera sustancia íntima de la Carta en que van imbricados el ejercicio de la libertad y una praxis aneja: “... *por Constitución se debe entender la determinación de los derechos, esto es de las libertades en general y la organización de la actuación de estas, y la libertad política puede en todo caso constituir solo una parte de esto. ...*” (Hegel, 1830, 539).

La segunda cita enfatiza: a), el rol garantista de la Constitución: “... *esto es, la necesidad que las leyes sean racionales y su realización sea asegurada es puesta en el espíritu de todo el pueblo, esto es en la determinación, según la cual éste tiene la autoconciencia de su razón*” (Hegel, 1830. 540); b), una sustantividad exigible en una jurisdicción que transluce en su texto que continúa, “... *y, por consiguiente, a la vez en la organización real conforme con él - el espíritu del pueblo o la determinación (anotación del autor de este artículo) -, como desarrollo de aquel principio...* (Hegel, 1830. 540) y materializa en cuanto la Constitución, “... *es la justicia existente como realidad de la libertad en el desarrollo de todas sus determinaciones racionales*” Hegel, (539); c), En la tercera, Hegel no diferencia entre ley y Constitución, puesto que en esta subsumen las leyes, lo que va a dar la esencial unidad del Estado - “*el Estado es uno*” (Hegel, 541), en un a modo de “*individualidad*” que es “*la máxima determinación que compenetra la organización del Estado*” (Hegel, 1830, 541).

La cuarta cita, en ilación con lo anterior, concierne a de qué manera la Constitución atañe al Poder y correlaciona con el ahora Principio de Legalidad y garantismo de los Principios y derechos. Así, el filósofo enseña: “*La Constitución es tal organización del poder del Estado. Esta contiene las determinaciones sobre el modo en que el querer racional...*” (Hegel, 1980, 539) que en su concreción “... *por una parte llega a la conciencia y al conocimiento de*

sí mismo, y es encontrado; por otra parte, mediante la eficacia del gobierno y de sus ramos particulares...” (Hegel, 1980, 539).

Ahora bien, el modo racional sustantivo tiene así la connotación de legalidad en tanto su “... *fuerza es puesto en acto y allí es mantenido y protegido, tanto contra la subjetividad accidental de gobierno, cuanto contra la de los particulares* (Hegel, 1980, 539). En resumen, la Constitución, a demás de su determinación en abstracto, requiere la concreción en el mundo de lo empírico que tiene su *loci* en la tarea del legislador, aun cuando la jurisprudencia, como instrumento amplificador de la principialística y garantista de derechos, va íntima a la norma del derecho positivo constitucionalizado; esto atiende la singular unidad del Estado, el garantismo de la Carta y la obediencia al Principio de Legalidad, en el ordenamiento jurídico nacional fundado en 1991.

Conclusiones

Del breve estudio de los autores anotados (Arévalo, 2007. Calderón, 2011. Moreno, 2012. Tamayo & Jaramillo, 2012), surgen unas consideraciones finales a manera de conclusión:

- a) La noción de Estado Social de derechos admite en lo doctrinal por lo menos dos conceptualizaciones: α), la de su génesis en el Estado de Derecho, puro; β), la de un Estado fundado también en el principio de legalidad con el garantismo de los derechos fundamentales y conexos. Para ambas concepciones subyacen contradicciones conceptuales- jurídicas de fondo, desde las miradas formalista y antiformalista.
- b) El debate sobre el precedente judicial *per se* ocurre en un campo de ideologías que en aras de deslindar posiciones más bien llevan a la obstinación conceptual en mantener estructuras o en moverlo todo por moverlo. A la primera línea de pensamiento jurídico dura que rescata la norma legal operan doctrinantes actuales (Tamayo & Jaramillo, 2012); otros, frente a la constitucionalización del derecho privado aceptan ciertos matices relativistas como Jaramillo (2012) o de orden pragmático Moreno (2012).

- c) Otros más sin llegar a la creación de arenas movedizas (Arévalo, 2007; Calderón, 2011), avizoran cierta tendencia transnacional que incluso va más allá de la noción de Estado excluyente, a la luz de los nuevos fenómenos jurídicos exigentes de respuestas de orden internacional: Es así que el derecho privado hoy tiene elementos de reajuste como los que aporta el derecho privado de índole internacional que de alguna manera puede llegar a desconocer el local, pero es entendible que esto resulta anejo a la praxis en un mundo globalizado y donde la red define nuevos elementos relacionales, humanos, sociales y jurídicos que de alguna manera revierten a los diferentes ordenamientos, junto con los avatares internos del día a día, para la neogeneración de argumentos políticos y jurídicos, reestructurantes del ordenamiento, cuya concreción estará en la ley o en la jurisprudencia; o también, por cuanto lo fáctico del devenir jurídico en una sociedad en cambio e inestable muchas veces, conlleva a la búsqueda de flexibilidad en las soluciones para mantener la homeóstasis o sea el punto de equilibrio dinámico necesario a la pervivencia de un sistema social.
- d) Otro elemento a tenerse en cuenta resulta en cuanto hacer la ley requiere tales combinaciones de consensos, políticas y directivas que muchas veces van quedando problemas jurídicos sin respuesta normativa en el ordenamiento, lo que a su vez va dando paso a cierto aire de incertidumbre y desconfianza en las instituciones lo que más temprano que tarde afectará la legitimidad de los poderes públicos frente al ciudadano o en general a la persona y aun, a la comunidad jurídica internacional.
- e) En consonancia con lo anterior, la autonomía de la voluntad ya no es reina y señora, con el derecho privado, más bien debe entenderse que los cambios de contexto obligan a cambios de estrategias y praxis como una forma de adaptación evolutiva de los individuos, las comunidades, las sociedad y los diversos ordenamientos, entre estos el jurídico.

- f) Una perspectiva integral de un ordenamiento de elevada eficiencia y eficacia atañe a la posibilidad de un legislador ágil, oportuno y conectado con los problemas jurídicos del día a día, dado que ello permitiría instrumentalizar soluciones en el marco de la norma legal con el referente constitucional; si esto no ocurre, la jurisprudencia configura una vía alterna dentro de la legalidad-legitimidad. Debe anotarse que la ley en abstracto cubija *in extenso* los actos de voluntad con valor jurídico y los efectos de estos; no obstante, resulta monumental y faraónica la expectativa de una legislación tan amplia que aspire al llenado de todos los vacíos actuales y a futuro. Ahí sí ondula una porción de la Utopía.

Epílogo

La historia no ajusta su devenir a lo lineal, ni lo cíclico, igual ni al espiral ascendente, más bien pareciera darse en su progresión temporo-geográfica, un estocástico cambio de direcciones que bien pudiera materializarse en aquello de los saltos cualitativos, visibles de alguna forma cuando los intervalos examinados son de largo trecho. En este sentido debe asimilarse como “*Las sociedades cambian*” (Zimmerman, 2005, p. 13) y eso obliga al individuo a situarse aquí o allá puesto que “...*aunque en el transcurso de sus vidas los seres humanos no siempre lo perciban...*” - pero viven de alguna manera el cambio -, “... *el proceso de cambio sigue su curso inexorable, unas veces para bien y otras para mal.*” (Zimmerman, 2005, p. 13).

Por su parte González, I.(2007. p. XXVIII), enseña: “*Ser ciudadano y participar de nuestra realidad temporal requiere una actitud crítica y de renovación...*” en un ejercicio de libertad y autonomía que permita “...*poder pensar y activamente construir la convivencia mediante el intercambio de opiniones críticas, y eso se proyecta desde el pasado -historia-, al futuro-devenir-, pasando por un presente que no dejamos de construir...*”. Muchas veces el motor del cambio es volver a la dogmática para rencontrarse en otro plano - como alguna vez sucedió con Wittgenstein - (Sen, (2010), pp. 61-80) y ello de alguna manera sitúa al sujeto del dis-

curso en el eco traducido de la aprehensión científica y el reajuste de los paradigmas.

Entonces, aquí, en torno a lo del derecho formal o impuro y con relación a la tarea de la Carta, son dos las elecciones posibles o útiles al Estado Social de Derecho, la del orfebre engolosinado en la piedra preciosa en vitrina o la de aquel que valora el uso de la joya, puesto que solo así tendrá más que su estar ahí. ¡Y la Constitución, donde sea que ocurra, es la Norma!

Referencias

- Arévalo, G. (2007). *Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia. Contrato de mutuo, transporte y transacción, Línea jurisprudencial 1992 - 2006*. Medellín: Jurídica Sánchez.
- Artola, M. (1986). *Los derechos del hombre*. Madrid: Ediciones de Prado.
- Arrubla, J. A. (2010). La constitucionalización del derecho privado. *Revista Nuevo Derecho*, 5(n), XX-XX.
- Balmes, J. (1847). *Filosofía fundamental*. Barcelona: Editorial Araluce.
- Boghossian, P. (2006) *El miedo al conocimiento. Contra el relativismo y el constructivismo*. Madrid: Alianza Editorial, S. A.
- Calderón, J. J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Temis.
- Cepeda, M. J. (2008). *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Constitución Política de Colombia (1886). Asamblea Nacional Constituyente. Colombia.
- Constitución Política de Colombia (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Eco, U. (1985). *Signo*. Barcelona: Editorial Labor
- Eco, U. (1991). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Barcelona: Gedisa Mexicana S. A.
- Espinosa, L. (2010). Hacia la arbitrabilidad como regla general en el sistema contractual colombiano. Espinosa Quintero (Ed.), *Estudios sobre el derecho de los contratos internacionales*. (p. 110-140). Colombia: Universidad Sergio Arboleda.

- Garcés, F. (2007). *Nociones de Derecho Romano* (4ª ed.). Bogotá: Leyer.
- García Máynez, E. (1944). *Ética*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García, E. (2007). Introducción. En: González J. Ibáñez (Ed.), *Derecho a la educación y ciudadanía democrática. El derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento republicano cívico*. Bogotá: Ibáñez.
- Habermas, J. (1989). *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*. Cátedra: Madrid.
- Hart, L. (2002). *Entre utilidad y derechos* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hegel, F. (1980). *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. México: Editorial Porrúa S. A.
- Heno Hidrón, Javier. *Derecho Procesal Constitucional* (2010) Bogotá. Tercera edición Editorial Temis.
- Hugo, V. (1862). *Los Miserables*. Buenos Arites: Editorial Sopena.
- Jaramillo, C. (2012). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Colección Ensayos.
- Lacan, J. (1954). Función creadora de la palabra En: A. Editor (Ed.). *El Seminario de Jacques Lacan*. Libro 1. Buenos Aires: Paidos.
- Lacan, J. (1955). ¿Dónde está la palabra? ¿Dónde está el lenguaje?. En: A. Editor (Ed.). *El Seminario de Jacques Lacan*. Libro 2. Buenos Aires: Paidos.
- Lacan, J. (1956a). Acerca de los significantes primordiales. En: A. Editor (Ed.). *El Seminario de Jacques Lacan*. Libro 3. Buenos Aires: Paidos.

- Lacan, J. (1956b). El significante en cuanto tal no significa nada. En: A. Editor (Ed.). *El Seminario de Jacques Lacan*. Libro 3. Buenos Aires: Paidós.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos. Tercer Milenio. Clásicos del pensamiento.
- Lasalle, Ferdinand. ¿Qué es una constitución? (2004). Editorial Unión Ltda. Segunda edición (2004). Bogotá, D. C.
- Loaiza, J. (2011). *El juicio de sustitución, creación de principios constitucionales*. Conversatorio sobre rigidez Constitucional. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, D. C.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Universidad de los Andes.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Madrid-Malo, M.(s.f.). *Diccionario de la Constitución Política de Colombia: Incluye texto de la Carta fundamental 2ª*. Bogotá: Editorial Legis.
- Montesquieu. (1748). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad.
- Mora, E. (2011). *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Leyer.
- Moreno, L. (2012). El riesgo constitucional en la interpretación de los contratos. (2012). *Cuadernos de la Maestría en derecho*, 2, 101-126.
- Muñoz Laverde, Sergio. El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato que hace parte de estudios de derecho económico (2003). Tomo I. Bogotá. Universidad de la sabana.
- Osorio, M. (2006). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* (33ª Ed.). Buenos Aires: Editorial Heliasta.

- Petit, E. (1997). *Tratado elemental de derecho romano* (9ª Ed.). Medellín: Abogados Asociados Editores.
- Pomed, L. (2010). Estudio preliminar. En: Lambert, E. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.* Traducción y adaptación: De La Fuente, Félix. Madrid: Clásicos del pensamiento Tercer Milenio Tecnos.
- Rico, L.(2011). *Teoría del derecho*. Medellín: Sello Editorial. Universidad de Medellín.
- Robespierre, M. (2000). *Libertad, igualdad fraternizada. Selección de discursos a la Asamblea General*. Buenos Aires: Longseller. Errepar.
- Sen, A. (2010). *La idea de la justicia*. Bogota: Taurus.
- Sentencia C 836 (2001, agosto 9). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.
- SentenciaC-224(1994,mayo5).Demandadeinconstitucionalidad. M.P. Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional.
- SentenciaC-224(1994,mayo5).Demandadeinconstitucionalidad. M.P. Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional.
- Tamayo, J.& Jaramillo, C. I.. (2012). *El precedente judicial en Colombia Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Uprimmy, R. (2007). Prologo. Derechos Fundamentales y autonomía contractual en Colombia: Contrato de mutuo, transporte y transacción. Línea jurisprudencial 1992-2006. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En El

derecho en América Latina; un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Vila, I. (2011-2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (2ª Ed.). Bogotá: Legis. Zambrano, D.(2011). *Una mirada jurisprudencial y conceptual a la sustitución de la constitución. Demanda de inconstitucionalidad contra el Art 1 (parcial del Acto Legislativo 2 de 2009 “Por el cual se reforma el Art. 49 de la constitución política”)*. Intervención en el conversatorio sobre rigidez constitucional. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.

Yepes Arcila, H. (2012). Prólogo. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibáñez.

Zimmerman, R.(2005). Adiós a la Tierra. Estaciones espaciales Superpotencias rivales y los viajes interplanetarios. Barcelona: Melusiana.

Otras referencias

Alarcón, F. (2001). *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia. Álvarez, M.. (2012). *Contratos mercantiles*. Ibagué: Universidad de Ibagué.

Amézquita, P & Madrid, L. A. (2011). Normas de publicaciones de artículos. *Revista Civilizar de Empresa y Economía*, vol(3).

Belcher, W. L. (2010). *Cómo escribir un artículo académico en 12 semanas. Guía para publicar con éxito*. México: FLACSO.

Bernal, M. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla de *venire contra factum proprium*. *Revista International law*, 13. 291-321.

Bernal, M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Revista Vniversitas*, 120, 253-270.

- Blanco, G., Hoyos, J. F., Maya, N., & Pérez, M. M. *Tutela y seguridad social. La judicialización de la salud en Colombia*. Medellín: Litografía dinámica.
- Céspedes, Á. El poder en manos de los jueces (2011). Universidad Sergio Arboleda (2011). Revista verbum. Edición N° 7. Diciembre.
- Cortés, E. (2009). *Responsabilidad civil y daño a las personas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Escobar, E. G. (2011). *Arrendamiento de locales comerciales* (4ta ed.). Medellín: Señal Editora.
- García, M. E. (2003). *Introducción al estudio del derecho* (37ª ed.). Ciudad de edición. Ediciones Esquilo.
- González, A. R. (1984). Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación. Barcelona. Recuperado de: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/rgaddhh.pdf
- González, I. J. (2011). *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González, I. J. (2007). Derecho a la educación y ciudadanía democrática El derecho a la educación como desarrollo constitucional del pensamiento republicano cívico. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- González, R. A. (2010). *Introducción al Derecho* (8ª ed.). Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.
- Ibáñez, P-A. (2011). *Cultura constitucional de la jurisdicción*. Siglo del Hombre Editores. Universidad Eafit. Colección Justicia & conflicto. Bogotá, D. E.
- Ley 1563 (2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Diario oficial N°. 48.489. Congreso de la República, julio de 2012.

- Mantilla Fandiño, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista chilena de derecho privado*. No. 16.
- Martínez Neira, N.H. (2003). Seis lustros de jurisprudencia mercantil que hace parte de estudios de derecho económico. Tomo 1. Universidad de la Sabana.
- Martínez, M. (2008). *Epistemología y metodología cualitativa en las ciencias sociales* Editorial trillas. México.
- Molina, B., Carlos, M. et alt. (2008). *Derecho constitucional general (3ª Ed.)*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Montaigne, Michel. *Ensayos completos. Tomo I* (2005). Biblioteca Avrea. Barcelona.
- Motta Navas, A.A. (2011) *La estabilidad de la constitución para la vigencia de los derechos (intervención en conversatorio)*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, D. C.
- Murcia Montoya, C.A. (2009). *Lineamientos metodológicos para el proceso investigativo en el programa de doctorado en derecho*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, D. C.
- Naranjo Ochoa, F. y Naranjo Flórez, C.E. (2012). *Derecho procesal civil*. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín.
- Olano García, H.A. (2013) ¿Cómo analizar sentencias de la corte constitucional de Colombia? www.geocities.com/hernan_olano/
- Ospina Fernández, G., Ospina Acosta, E. (2000). *Teoría general del contrato del negocio jurídico*. Editorial Temis S.A. Sexta edición. Bogotá, D. C.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Traducción de García González, M. D. (1995). Fondo de cultura económica. México. Segunda Edición Español (1995). Sexta reimpresión.

- Rojas Gómez M. E. (2012). Código general del proceso- Escuela de actualización jurídica. Leyer. Primera edición Bogotá, D. C.
- Sáchica, L. C. (2006). Teoría Constitucional. Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Bogotá, D. C.: Editores Académicos.
- Sánchez Torres, Carlos A. (2011). El impacto de la globalización Aspectos económicos y políticos en América Latina. Biblioteca Jurídica Dike. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá.
- Sentencia C-529 (2000, mayo 10). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
- Sentencia T-468 (2003, junio 5). Acción de tutela. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional.
- Sepúlveda, M; Rodríguez Garavito, C. (2013). La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social (1981). En: Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales. Tendencias emergentes en el Derecho. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Soboul Albert, L. (1981). La Revolución francesa- Biblioteca de historia. Barcelona.
- Touchard, J. (1981). Historia de las ideas políticas. Editorial Tecnos. Colección de ciencias sociales. Serie Ciencia Política. Madrid. 4ª edición.

