

2018

Comparative
Law Review
Vol. 9

VOL. 9/1

ISSN: 2038 - 8993

SPECIAL ISSUE ON
LATIN AMERICA

VOLUMEN ESPECIAL SOBRE
AMERICA LATINA

N1

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)
Mauro Grondona

Comparative Law Review is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE

LAW

REVIEW

VOL. 9 /1

SPECIAL ISSUE ON LATIN AMERICA N. 1

Helena Alviar

4 *Violencia economica contra la mujer y deber de alimentos en Colombia: visiones teoricas en conflicto.*

Giovanni Marini

29 *El Italian Style entre Centro y Periferia, o Gramsci, Gorla y lo que està en juego en el derecho privado.*

Carlos Petit

98 *Debido proceso y proceso civil, o cómo hacer códigos con teorías*

I. Jaramillo-Sierra

120 *El Papel de derecho en la production de desigualdad: el caso de los alimentos*

Lucio Pegoraro

143 *La Constitución española en su contexto comparado. Una lectura a través de las citas comparadas de los Constituyentes españoles y de algunas Constituciones influenciadas por ella*

Andres Botero Bernal

154 *Codigo Civil, Bello y La Exegesis en Colombia*

Mario Alberto Cajas Sarria

174 *La construcción de la justicia constitucional colombiana, 1910-1991: una aproximación histórica y política*

VIOLENCIA ECONÓMICA CONTRA LA MUJER Y DEBER DE ALIMENTOS EN COLOMBIA: VISIONES TEÓRICAS EN CONFLICTO

HELENA ALVIAR GARCÍA¹

La violencia contra las mujeres ha sido debatida de manera profunda y amplia en Colombia. Entre las diferentes formas de violencia que enfrentan las mujeres, una de las menos estudiadas es la violencia económica. La violencia económica se califica como una acción u omisión que causa un daño o sufrimiento económico a las mujeres por su género. En otras palabras, por el hecho de ser mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. De esta forma, la violencia económica incluye las acciones que controlan o limitan el acceso a bienes por parte de las mujeres tanto al interior del hogar como en el mercado, las ocasionadas por la desigualdad económica, así como las acciones dentro del hogar encaminadas a limitar el dinero, esconder los recursos o controlar el ingreso monetario de las mujeres.

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA VIOLENCIA ECONÓMICA: LÍMITES SOBRE EL LÍMITE
- III. LOS ALIMENTOS, EL DEBER DE SOLIDARIDAD AL INTERIOR DE LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA ECONÓMICA: ¿VALORES ENCONTRADOS?
- IV. IMPEDIMENTOS ESTRUCTURALES DENTRO DEL DERECHO: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA Y DIFICULTADES INSTITUCIONALES
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la violencia contra las mujeres ha sido estudiado, debatido y legislado de manera profunda y amplia en Colombia durante los últimos 20 años.

¹ Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes. La autora agradece el invaluable trabajo de investigación adelantado por Tania Luna Blanco en este texto. También agradece a Alma Beltrán y Puga Murai sus comentarios y ayuda con la edición final del capítulo. El consejo de redacción ha invitado a la autora a publicarlo en esta revista.

Dentro de las diferentes formas de violencia que enfrentan las mujeres, una de las menos estudiadas y denunciadas es la violencia económica. Por violencia económica se entiende aquella acción u omisión que causa un daño o sufrimiento económico a las mujeres por su género. En otras palabras, por el hecho de ser mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado.² De esta forma, la violencia económica incluye las acciones que controlan o limitan el acceso a bienes por parte de las mujeres tanto al interior del hogar como en el mercado, las ocasionadas por la desigualdad económica, así como las acciones dentro del hogar encaminadas a limitar el dinero, esconder los recursos o controlar el ingreso monetario de las mujeres.

La ausencia en su estudio y denuncia se debe a muchos factores: es más difícil de probar y como consecuencia de argumentar; los daños que de ella surgen parecen reducirse a la solicitud de alimentos desconociendo las múltiples maneras que perjudican la situación económica de las mujeres; y el hecho de que culturalmente prevalece una visión de la violencia como algo excepcional, que deja claras secuelas físicas y psicológicas y menos como una situación estructural que tiene diversas manifestaciones y consecuencias difíciles de trazar. La visión de la violencia contra las mujeres como algo marginal y accidental resulta en que se crea más fácil individualizar victimarios y se pueda adjudicar su responsabilidad a una sola persona.

En este contexto, el presente capítulo propone una visión alternativa, que se concentra en las manifestaciones del abuso que son más difíciles de percibir y en las que el Estado debe tener una responsabilidad mayor: la violencia económica y su relación con el régimen de alimentos. El objetivo principal será argumentar que la violencia económica contenida en la legislación colombiana es la más tímida que se podría redactar y como resultado su interpretación judicial es la más restringida.

² El artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará” (1994) define la violencia contra la mujer como: Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.” Esta definición se puede aplicar a la violencia sufrida en el ámbito económico.

Adicionalmente, los arreglos institucionales diseñados para apoyar a las víctimas son difíciles de poner en práctica debido a que no se asignaron recursos financieros suficientes y se responsabilizó a las EPS de su cumplimiento. Estas dificultades son el resultado de la definición individualista del daño causado y del victimario. Como consecuencia, a pesar de que en Colombia existe la causal y su definición en la ley, dentro del mismo derecho existen limitaciones estructurales que hacen casi imposible que se proteja a las mujeres que padecen este tipo de abuso.

Con el fin de sustentar esta hipótesis, el texto se dividirá en cuatro partes. En la primera, se describirán las diferentes posiciones teóricas que han informado la sanción a la violencia doméstica y cómo estas visiones se ven reflejadas en los debates alrededor de la ley que incluyó la violencia económica. Esta descripción es importante pues ilumina el argumento de que lo que se incluyó fue lo más tímido posible. En segundo lugar, se vincula el tema de los alimentos al deber de solidaridad al interior de la familia y la violencia económica. El objetivo de esta segunda sección es iluminar algunos rasgos de los valores encontrados que informan la legislación. En la tercera parte se presentarán algunos ejemplos de impedimentos estructurales dentro del mismo derecho: la interpretación judicial restrictiva y las dificultades institucionales para garantizar la protección de las mujeres víctimas de la violencia en general y económica en particular. Finalmente se propondrán algunas conclusiones.

II. LA DISCUSIÓN SOBRE LA VIOLENCIA ECONÓMICA: LÍMITES SOBRE EL LÍMITE

La manera de solucionar la violencia contra las mujeres se piensa de forma diferente de acuerdo con la corriente teórica que informe el bien que se debe proteger, el daño principal que genera, la determinación del responsable y el modo de solucionarlo.

De esta forma, para los conservadores³, el bien que se debe proteger es el núcleo familiar por encima de los individuos que la componen; el daño principal que la violencia produce es la disolución de la unidad familiar; y, aunque el responsable es el individuo que agrede, la víctima también puede llevar algo de responsabilidad si no está comprometida con proteger el matrimonio. El estado no es responsable de los daños causados pues finalmente se trata de una situación que sucede al interior del hogar. Claro que el estado debe ser solidario con las víctimas, pero nunca responsable o corresponsable. Desde esta perspectiva, la solución siempre debe tener como meta mantener la unidad familiar, como consecuencia la conciliación es esencial⁴.

Para los liberales⁵, el principal objetivo es proteger a la víctima (en la mayoría de los casos la mujer dentro del hogar); los daños principales son las consecuencias sobre la salud, la vida emocional y el bienestar económico de la persona que sufre el abuso; el único responsable es el victimario. Uno de los daños principales es el efecto que la violencia doméstica tiene sobre el acceso de las mujeres al mercado laboral o su permanencia en él. Como consecuencia, la dimensión patrimonial de la solución se argumenta no a partir de la redistribución de recursos sino a partir de acceso al mercado. La responsabilidad del estado en esta materia debe ser compartida con el victimario en la medida en que el estado debe hacer todo lo posible para prevenir y sancionar la violencia doméstica. En este orden de ideas, el

³ Esta postura se desprende de la caracterización tradicional que hacen los tratadistas civiles del derecho familia y su entendimiento de la familia. Ver P. LAFONT PIANETTA, *Derecho de familia, primera edición, Santafé de Bogotá*. Ediciones Librería del Profesional, 1992; M. MONROY CABRA, *Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana*. Bogotá: Temis, 1977; J. PARRA BENÍTEZ, *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, 2008; R. SUÁREZ FRANCO, *Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, 2006; y A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia*. Bogotá: Temis, 1970.

⁴ Una postura intermedia de cómo realizar mediación con un enfoque de género para la resolución de los conflictos familiares se encuentra en M. VARGAS, L. CASAS & M. J. AZOCAR, *Mediación familiar y género. Informe Elaborado para el Servicio Nacional para la Mujer y la Fundación de la Familia*, Chile: Universidad Diego Portales, 2008.

⁵ La postura liberal es criticada por la feminista académica Frances Olsen considerando que las desventajas del mito de la no-intervención estatal han sido particularmente nocivas para las mujeres en casos de violencia, pues al considerar a la familia como un ámbito privado donde el Estado no debe intervenir se ha propiciado que la violencia contra las mujeres perdure. Ver, F. OLSEN, "The Myth of State Intervention in the Family", 18 *University of Michigan Journal of Law Reform*, 835, 1985.

ataque a este problema se concentra en la criminalización y el aumento de penas acompañadas de un mejoramiento en el acceso a la justicia.

La izquierda está de acuerdo con los liberales en que se debe proteger a las víctimas, pero, considera que la protección debe pasar por la redistribución económica que corrija las condiciones de pobreza que golpean más a las mujeres⁶. Si se fortalece la independencia económica de las víctimas serán mas autónomas y podrán optar por salir de una relación en la que sucede el abuso. Consideran que la cárcel nunca es la solución, que el estado es responsable de redistribuir recursos para mejorar el acceso que las mujeres tienen a lo público y lo privado y entienden que la socialización del trabajo reproductivo es uno de los pasos fundamentales para la autonomía femenina. Adicionalmente, consideran que la responsabilidad del estado debe ser entendida de la manera mas amplia posible. En los siguientes párrafos daré algunos ejemplos de las discusiones en el Congreso Colombiano que demuestran estas diferencias ideológicas.

2.1 La ola conservadora que perdura

La ley ha establecido la protección de la unidad familiar en diversas oportunidades. Un ejemplo sería la ley 294 de 1996 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”. En su artículo 3º señala dentro de sus principios de interpretación: “g) La preservación de la unidad y la armonía entre los miembros de la familia, recurriendo para ello a los medios conciliatorios legales cuando fuere procedente.”⁷

Dentro de la misma ley se establece la obligación del comisario de familia de promover la conciliación para preservar la unidad familiar: “antes de la audiencia y durante la misma, el Juez deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia, y especialmente que el agresor

⁶ H. ALVIAR y I.C. JARAMILLO, *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2012.

⁷ Ley 294 de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.836, el 22 de Julio de 1996.

enmiende su comportamiento. El Juez en todos los casos, propiciará el acercamiento y el diálogo directo entre las partes para el logro de acuerdos sobre la paz y la convivencia en la familia. En la misma audiencia el Juez decretará y practicará las pruebas que soliciten las partes y las que de oficio estime conducentes” (art. 14).⁸

Esta visión busca el respeto de los integrantes de la familia entendiéndolos como parte de un todo orgánico, como “núcleo básico” de la sociedad, regido por relaciones de interdependencia y solidaridad.⁹ Desde este punto de vista, y como lo dije arriba, se promueven los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, llevando a los miembros de la familia a acudir a las casas de justicia o comisarías de familia con el propósito de preservar el hogar y la unidad familiar¹⁰.

Para algunos, esta manera de pensar la violencia intrafamiliar quedó superada con La ley 1181 de 2007 que reforma el artículo 233 del Código Penal que habla de los delitos contra la asistencia alimentaria superando la concepción de delitos contra la armonía y unidad familiar.

Sin embargo, el debate frente a la responsabilidad del estado en la violencia doméstica, la visión conservadora prevaleció. Lo anterior lo demuestra la objeción presidencial a la expresión corresponsabilidad del estado frente a la violencia intrafamiliar.

Durante el desarrollo del debate legislativo de la ley 1257 de 2008 se enfrentaron por lo menos dos visiones sobre la responsabilidad en los hechos de violencia contra la mujer. Una de ellas, defendía una comprensión amplia que veía un victimario más allá del ámbito doméstico y que hacía un llamado a la corresponsabilidad del estado. Esta corresponsabilidad se entendía como la participación estatal en la producción del daño. De otro lado estaban quienes

⁸ Ley 294 de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.836, el 22 de Julio de 1996.

⁹ Una crítica a esta postura en el ámbito de la familia se encuentra en I. C. JARAMILLO, “The Social Approach to Family Law: Conclusions From the Canonical Family Law Treatises of Latin America.” *The American Journal of Comparative Law*, Volume LVIII, Number 4, p. 843-872, 2010.

¹⁰ Muestra de ello son el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) y las leyes 294 de 1996 y 599 de 2000 (art. 233-delito de inasistencia alimentaria en el título de los delitos contra la armonía y la unidad familiar).

fundamentaban la intervención estatal en el deber de solidaridad del Estado hacia la familia. Desde este punto de vista, el individuo es el único causante y responsable del daño y como consecuencia no se le puede exigir nada al estado directamente, salvo la protección de la ley de esa “unidad familiar” básica impidiendo su desintegración.

Como era de esperarse, al interior del Congreso, la expresión *corresponsabilidad* sufrió una batalla legal por la definición de su contenido. Del lado del debate de la corresponsabilidad, entendida como responsabilidad estatal en la producción del daño, el articulado original señalaba que el estado colombiano no sólo debía respetar los derechos de las mujeres, así como prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia en su contra, sino también repararlas y restablecer sus derechos.

El proyecto de ley establece en su artículo 6° como postulado de interpretación el **principio de corresponsabilidad**. Según este principio, de acuerdo con la formulación que se hace en el Proyecto de ley, **la familia y la sociedad son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas, y el Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres, así como de reparar a las víctimas y restablecer sus derechos**¹¹. (Resaltado fuera de texto).

Sin embargo, la objeción presidencial alertó al legislativo sobre la des-individualización de la responsabilidad. La interpretación mas amplia de la responsabilidad social/estructural de la violencia y el daño contenida en la ley habría tenido importantes consecuencias en los recursos asignados, así como los límites interpretativos de los jueces. El Ejecutivo se opuso a comprenderla como un fenómeno de “complicidad”, en virtud de la tolerancia a la violencia hacia las mujeres ejercida por particulares, del que había participado el estado y por el que también debía responder.

Esta máxima de la **corresponsabilidad** en la citada formulación es **inconstitucional, puesto que se establece la responsabilidad del Estado en términos de la más estricta responsabilidad objetiva,**

¹¹ Debate objeción presidencial a Ley 1257 de 2008. Gaceta del Congreso 538 de 2008.

desconociendo el principio general de derecho de acuerdo con el cual la reparación del daño es responsabilidad de quien lo causa. Con otras palabras, de acuerdo con el artículo objetado, el Estado debe responder por toda forma de violencia contra las mujeres, con independencia de si el daño antijurídico le es imputable por causa de la acción u omisión de alguno de sus agentes. No se menciona siquiera a los victimarios ni se los hace responsables; no se consagra ningún derecho del Estado a repetir contra quienes causan el daño, como tampoco se establece ninguna obligación de vencer al Estado en juicio. Se consagra una especie de presunción de derecho, de que el Estado es responsable de toda forma de violencia contra las mujeres.

Ahora bien, el artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, hace responsable al Estado patrimonialmente, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Y lo obliga, además, a repetir, contra el agente suyo que, por razón de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar a que se condene al Estado a tal reparación patrimonial.

Por tanto, a la luz del artículo 90 de la C. P., es evidente que el artículo 6º, numeral 3 del proyecto de ley extiende la responsabilidad patrimonial del Estado más allá de los límites fijados por la Constitución: responde, independientemente de si el daño antijurídico, causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, le es imputable. Y responde, además, sin que se establezca ningún tipo de responsabilidad para el victimario, agente de la violencia que causa el daño. Por lo mismo, es inconstitucional.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-370 de 2006, en el contexto de la ley de Justicia y Paz, fue muy clara en establecer:

En primer lugar, al menos en principio, **no parece existir una razón constitucional suficiente para que, frente a procesos de violencia masiva, se deje de aplicar el principio general según el cual quien causa el daño debe repararlo.** Por el contrario, como ya lo ha explicado la Corte, las normas, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han considerado que la reparación económica a cargo del patrimonio propio del perpetrador es una de las condiciones necesarias para garantizar los derechos de las víctimas y promover la lucha contra la impunidad. **Sólo en el caso en el cual el Estado resulte responsable -por acción o por omisión- o cuando los recursos propios de los responsables no son suficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica.**

Estas consideraciones de la Corte cobran mayor fuerza cuando se trata, en general, de toda forma de violencia contra las mujeres,

concepto mucho más amplio que el de los daños a los que se refiere la mencionada Ley de Justicia y Paz”.¹² (Resaltado fuera de texto).

Finalmente la comisión acogió lo contenido en la objeción frente a la responsabilidad, pero dejaron la corresponsabilidad como parte de los principios generales de la ley. Una solución que aunque incluye de alguna manera la participación del estado, no tiene dientes o manera de hacer efectiva su responsabilidad.

Ante estas observaciones, y luego de un examen acucioso sobre los objetivos y bondades que esta importante iniciativa legislativa persigue, **permítanos manifestarles que comprendemos el riesgo que contiene la expresión [así como de reparar a las víctimas y restablecer sus derechos], en la medida en que puede ser malinterpretada y dar lugar a una responsabilidad objetiva por parte del Estado, desconociendo que su responsabilidad patrimonial surge en la medida en que se atribuyan el daño antijurídico y la imputabilidad del Estado.** De esta forma convenimos en eliminar únicamente dicha expresión del numeral en cuestión, para que así no haya lugar a malinterpretaciones, pero a su vez sugerimos se mantenga dentro del documento el Principio de Corresponsabilidad que resulta esencial para la interpretación y ejecución del proyecto de ley.

...Por lo demás, debe entenderse que la obligación de protección que tiene el Estado implica necesariamente la inversión por parte del mismo en programas que se dirijan a erradicar la violencia contra la mujer, **por lo cual no puede entenderse que el Principio de Corresponsabilidad es causal de Responsabilidad del Estado en el marco del artículo 90 de la Constitución Política, sino que desarrolla aquellos principios constitucionales mediante los cuales el Estado se obliga a garantizar la protección de los derechos de todos y cada uno de sus ciudadanos, teniendo especial interés en aquellos que se ven discriminados o marginados por razones de sexo, raza, religión y demás causas de segregación.**

En consecuencia, las miembros de esta Comisión hemos decidido suprimir la expresión, así como de reparar a las víctimas y restablecer sus derechos, del numeral 3 del artículo 6º del proyecto de ley, en aras de evitar malinterpretaciones, pero manteniendo el Principio de Corresponsabilidad por la importancia que reviste a la hora de orientar la interpretación

¹² Debate objeción presidencial a ley 1257 de 2008. Gaceta del Congreso 538 de 2008.

que debe tener el presente proyecto de ley¹³. Resaltado fuera de texto.

2.2 *La visión liberal*

En Colombia también ha hecho carrera la noción de **protección individual de los integrantes del grupo familiar**¹⁴, entendiendo que se debe proteger el derecho de las personas que integran la familia a vivir una vida libre de violencia y discriminación, por encima de la conservación de la unidad familiar. En un debate con el Senador Parmenio Cuéllar del Polo Democrático (cuya visión expondré mas adelante) se defiende la idea que la protección exigida es esencialmente a los derechos de las mujeres. La siguiente cita ilustra perfectamente esta visión liberal:

Finalmente, quisiéramos destacar que la constancia radicada por el Senador Cuéllar devela una orientación patriarcal y de desconocimiento de las leyes y obligaciones relacionadas con la prohibición de violencia y discriminación contra las mujeres, por tanto, resultaría importante que fuera retirada. Parece que aún no se comprende por parte del Senador que el bien jurídico protegido en estos casos son los derechos de las mujeres, concretamente el derecho a una vida libre de violencias y no la familia: -En material de deficiencias, la CIDH ha examinado que el objetivo principal de las leyes continúa siendo la preservación de la unidad familiar y no la protección de los derechos de sus integrantes a vivir libres de violencia y discriminación. Al instituir políticas encaminadas a la protección de la familia, se omiten las necesidades particulares de prevención y protección que los miembros de la misma requieren, en este caso las mujeres.¹⁵

Como consecuencia, las feministas liberales han diseñado normas para rodear de garantías a las víctimas para que sean capaces de denunciar y materializar su

¹³ Informe de objeción presidencial al proyecto de ley 171 de 2006 Senado, 302 de 2007 Cámara, Comisión Accidental.

¹⁴ La ley 1181 de 2007 que reforma el artículo 233 del Código Penal habla de los delitos contra la asistencia alimentaria superando la concepción de delitos contra la armonía y unidad familiar. En la misma línea la ley 1098 habla de la especial protección a la infancia y la adolescencia y la ley 1257 de 2008 desarrolla el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias o discriminación.

¹⁵ Ver, Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 164 de 2011 (ley 1542 de 2012). Congreso General de la República. Gaceta 149 de 2012. Martes 17 de abril de 2012, pp. 8 y 9.

derecho de acceso a la justicia¹⁶, endurecer las penas y ampliar el catálogo de tipos penales para enviar mensajes sociales disuasivos¹⁷ y para ayudarlas a insertarse en el mercado laboral¹⁸.

3. *La participación de la izquierda*

La izquierda en el Congreso centra su atención en las dimensiones económicas de la violencia que en últimas son responsabilidad del estado. Desde esta perspectiva, además, es fundamental que se reconozca socialmente su trabajo reproductivo¹⁹ y el estado está en la obligación de proveer servicios a la población vulnerable, entre ellos las mujeres. Adicionalmente, se oponen al aumento de penas y la criminalización, pues consideran que es peor el remedio que la enfermedad. La siguiente cita de Parmenio Cuéllar es un ejemplo de esta visión:

...En tercer lugar, yo digo la dependencia económica, quién se va a hacer cargo de la manutención del hogar mientras el jefe de la familia vaya a la cárcel, claro que está muy bien que lo mandemos a la cárcel, si es que la mujer se mantiene en el testimonio y logramos probar la agresión y lo mandamos a la cárcel a ese señor y quién va a mantener el hogar, porque el jefe del hogar va a la cárcel.
En muchos países ya va cabalmente por parte de las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer, la exigencia de que el Estado legisle y dejo aquí esta iniciativa, a los congresistas de que legisle en torno a la remuneración del trabajo femenino en el hogar, la mujer

¹⁶ Ley 1257 de 2008 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”; Ley 1719 de 2014, “Por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado”.

¹⁷ Ley 1542 de 2012, “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal y de Procedimiento Penal”. Ley 1761 de 2015, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”; Ley 1639 de 2013, “Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la ley 599 de 2000.”

¹⁸ Ley 1232 de 2008, “por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones”.

¹⁹ Ley 1413 de 2010, “Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas”.

trabaja en el hogar, pero no recibe por parte del esposo ninguna remuneración²⁰.

Por otra parte, existen recuentos que determinan el contenido económico de la izquierda. En el texto publicado por Diana Guzmán y Silvia Prieto con DeJusticia, se hace un recuento fascinante sobre los encuentros y desencuentros de la bancada de mujeres en el Congreso. La posición de la senadora Gloria Inés Ramírez del Polo Democrático Alternativo, descrita por las autoras y citada ilustra claramente la posición de la izquierda.

Otro tema que suscitó tensión entre las congresistas en el marco de la discusión de este proyecto de ley está relacionado con la inclusión de la violencia económica en el mismo. En este debate, la senadora Gloria Inés Ramírez destacaba “cómo el modelo económico neoliberal afecta la vida y la autonomía de las mujeres, exponiéndolas a exacerbados niveles de explotación de su fuerza de trabajo en las maquilas, los talleres satélites y los trabajos a destajo en las zonas rurales”. La senadora estaba interesada en incluir en el proyecto de ley una serie de artículos orientados a reconocer las necesidades y los intereses particulares de las mujeres en el marco de un modelo económico neoliberal. A raíz de esta propuesta, se generó un debate en torno a los principales impactos de este modelo económico en la vida de las mujeres. Este debate no fue fácil pues en la Bancada coincidían congresistas de posturas políticas diversas y en ocasiones contrapuestas. En este punto algunas congresistas consideraron que aceptar la propuesta de la senadora Ramírez implicaba asumir una postura en contra del gobierno del momento. Por ello, todo el articulado formulado por Ramírez no fue incluido en el proyecto de ley, solo se incluyó un artículo con la definición de violencia económica basada en parámetros de los estándares internacionales.²¹

²⁰ Intervención del senador Parmenio Cuellar (Senador Polo Democrático Alternativo) para dejar constancia sobre algunas de sus preocupaciones sobre el proyecto de ley que dio origen a la ley 1542 de 2012. Primer debate ley 1542 de 2012, Gaceta del Congreso de la República No. 148 de 2012. Martes 17 de abril de 2012, p. 8.

²¹ D. E. GUZMÁN, S. C. PRIETO, Bancada de Mujeres. Una historia por contar, DeJusticia, Documentos 15, consultado marzo 10 de 2016, http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.627.pdf, 57.

En últimas la ley 1257 de 2008²² marca el triunfo de la visión liberal del bien protegido, el daño y el responsable (individual) de la violencia contra las mujeres.

En materia de violencia económica contra la mujer se replicó el mismo debate, como lo muestran las gacetas del Congreso de la República en las discusiones de las leyes 1257 de 2008 y ley 1542 de 2012²³. Por un lado, se encontraban quienes querían ampliar su contenido desde la perspectiva del victimario, responsabilizando incluso al estado mismo, por otro, quienes querían reducirlo a la presión económica ejercida por un victimario que se encuentra al interior del hogar, intentando asimilarla a la inasistencia alimentaria.

La visión que se reflejó en el texto legislativo en materia de violencia económica, fue la que la reducía a la presión económica ejercida al interior del hogar y que guarda similitudes con la inasistencia alimentaria, un delito que, a juicio de los legisladores, impactaba junto a la violencia doméstica, de manera desproporcionada la vida de las mujeres.

El artículo 2º de la ley 1257 de 2008 señala que la definición de violencia económica que se adopta, prácticamente reproduce lo contenido en instrumentos internacionales como las conferencias y planes de acción de Viena, Cairo y Beijing²⁴. Sin embargo, una lectura mas cuidadosa demuestra que en las conferencias se le dio un sentido mas amplio a los derechos económicos de las mujeres y tocaron temas no discutidos en el debate de las leyes 1257 de 2008 o 1542 de 2012 como la feminización de la pobreza, la carga global del trabajo, el acceso a recursos para la satisfacción de las necesidades básicas, entre otros²⁵.

²² "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"

²³ "La presente ley tiene por objeto garantizar la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal", Ley 1542 de 2012, art. 1º

²⁴ "Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende", Ley 1257 de 2008, artículo 2º.

²⁵ "El grado de acceso de la mujer y el hombre a las estructuras económicas de sus sociedades y sus respectivas oportunidades de ejercer poder en ellas son considerablemente diferentes. En la mayor parte del mundo es escasa o nula la presencia de mujeres en los niveles de adopción de decisiones económicas, incluida la formulación de políticas

La ley 1257 de 2008 ata la definición de violencia económica a la presión económica ejercida en el hogar con los bienes comunes o la apropiación de bienes de la pareja, es sólo uno de los puntos del Área F, Economía y Mujer, tratados por Naciones Unidas²⁶. Desde esta perspectiva, puede decirse que el cónyuge responsable de esta conducta ejerce presión a través de los alimentos, generando en su pareja dependencia económica, lo que hace que la mujer víctima de violencia económica esté en mayor riesgo que las mujeres víctimas de otros tipos de violencias cuando se atreve a denunciar los hechos o transitar hacia su independencia.

Finalmente el texto quedó redactado de la manera mas limitada posible:

(...) cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas²⁷.

d. Daño patrimonial: pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer²⁸.

financieras, monetarias, comerciales y de otra índole, así como los sistemas fiscales y los regímenes salariales. Dado que a menudo esas políticas determinan la forma en que las mujeres y los hombres deciden, entre otras cosas, cómo dividirán su tiempo entre el trabajo remunerado y el no remunerado en el marco de esas políticas, la evolución real de esas estructuras y políticas económicas incide directamente en el acceso de la mujer y el hombre a los recursos económicos, en su poder económico y, por ende, en su situación recíproca en el plano individual y familiar, así como en la sociedad en su conjunto² En: Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, Área F. Economía y mujer, p. 70, consultado agosto 13 de 2016, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>

²⁶ “F.1. Promover la independencia y los derechos económicos de la mujer, incluidos el acceso al empleo, a condiciones de trabajo apropiadas y al control de los recursos económicos” En: Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, p.73.

²⁷ Ley 1257 de 2008, artículo 2°.

²⁸ Ley 1257 de 2008, artículo 3°.

III. LOS ALIMENTOS, EL DEBER DE SOLIDARIDAD AL INTERIOR DE LA FAMILIA Y LA VIOLENCIA ECONÓMICA: ¿VALORES ENCONTRADOS?

Como lo sostuve anteriormente, la visión conservadora de la familia coexiste con leyes que promueven una visión más liberal de la misma. De esta forma, al mismo tiempo que se intenta proteger a sus miembros individualmente considerados, ha existido un llamado permanente a la unidad y solidaridad entre sus miembros para que no se rompa su equilibrio. Esta solidaridad se exige en un primer momento aún en los casos de ruptura por hechos de violencia.

Una expresión de la solidaridad familiar es el deber de alimentos. El Código Civil colombiano establece la obligación alimentaria a favor de ciertos integrantes de la familia, entre los que se incluyen el cónyuge y/o compañero/a permanente²⁹. Este deber se define como la prerrogativa que tiene una persona para demandar una cantidad de dinero³⁰ a otra que se encuentra legalmente obligada a brindar tal apoyo, siempre y cuando quien lo solicita no esté en condiciones de atender sus propias necesidades económicas³¹ y quien esté obligado cuente con los recursos para proveer dichos alimentos. Este deber es recíproco entre padres e hijos y cónyuges, lo que refuerza la idea de solidaridad entre ascendientes y descendientes.

La Corte Constitucional ha descrito esta visión idealista y conservadora de la familia en varias oportunidades. La siguiente cita ilustra de manera clara este cuadro idílico de la familia como el lugar de la cooperación y el amor y no del conflicto, la competencia y la violencia.

Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia

²⁹ También son beneficiarios: lo hijos, los padres, los hermanos y quien hubiese realizado una donación cuantiosa. Código Civil, artículo 411.

³⁰ Los alimentos se definen como todo aquello “es indispensable para el sustento, habitación, vestido asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”. Ver, “Derecho de Alimentos. Concepto”, Corte Constitucional, sentencia C-919/01. M.P. Jaime Araujo Rentería.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-919/01. M.P. Jaime Araujo Rentería.

es la alimentaria, cuyo origen ha explicado la Corte en los siguientes términos: la sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular "la solidaridad comienza por casa", tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)"³².

Como se dijo, el estado colombiano ha establecido, a través de leyes y políticas públicas, parámetros de protección para quienes considera los miembros más vulnerables de la familia: los niños y niñas³³, y las mujeres³⁴.

Aún cuando el problema de las mujeres víctimas de violencia económica se reduce a esperar que se aplique lo contenido en ley 1257 del 2008, vale la pena describir las alternativas que ofrece la ley para este tipo de violencia. Como consecuencia es importante integrar el debate sobre las causas y soluciones de la violencia con las nociones del derecho de alimentos y la inasistencia alimentaria.

Una mujer al interior del hogar (alimentario) tiene derecho a exigir alimentos por parte de su marido (alimentante) bajo ciertas circunstancias (Código Civil, arts. 411 y Ss.), este derecho implica:

³² Corte Constitucional, sentencia C-237/97 citando la sentencia T-533/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Decreto 2737 de 1989 y ley 1098 de 2006.

³⁴ "Las mujeres están sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo, sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución y por el derecho internacional de los derechos humanos. No se puede invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado". Corte Constitucional, sentencia C-408/96. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también: ley 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008.

...jurídicamente, una acepción más técnica, de la que le asigna el lenguaje común y su misma esencia; en efecto, en derecho comprende, en general, lo necesario para la subsistencia, habitación vestuario y educación correspondiente a la inter condición del que lo recibe y del que lo preste, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.³⁵

Para que se pueda exigir el derecho de alimentos se deben cumplir los siguientes requisitos:

- i) Que una norma jurídica otorgue el derecho a exigir los alimentos, ii) Que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y iii) Que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para proporcionarlos³⁶.

Si se cumplen estos requisitos, la mujer puede acudir a una comisaría de familia o ante un juez para solicitar la fijación de una cuota alimentaria o iniciar un proceso ejecutivo de alimentos (art. 21 Código General del Proceso). También podrá pedir una cuota alimentaria como sanción en caso de que su cónyuge o compañero permanente haya incurrido en alguna causal de divorcio, siempre y cuando no exista concurrencia de culpa (art. 411 No. 11).

Por otra parte, puede acudir a la justicia penal para demandar al cónyuge por inasistencia alimentaria. Es interesante notar que este delito se considera una violación al bien jurídico tutelado de la familia:

ARTICULO 233. INASISTENCIA ALIMENTARIA. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1181 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, **cónyuge o compañero o compañera permanente**, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios

³⁵ O. HUERTAS DÍAZ, R. CHARRY ROJAS, C. M. ARCHILA Y J. E. ARCHILA, *El delito de Inasistencia Alimentaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Bogotá: Editorial Ibañez, 2013, p. 44.

³⁶ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto Jurídico No. 134 de 2012, consultado agosto 12 de 2016, http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0000134_2012.htm

mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor³⁷.

Las mujeres pueden acudir a las comisarías o jueces de familia para solicitar medidas de protección inmediata³⁸ como el desalojo de la residencia por parte del agresor, o exigirle al agresor cubrir con los gastos médicos, jurídicos o psicológicos que se requieran y prohibir la enajenación o gravamen de bienes con fines de insolventarse. En cuanto a las medidas de atención se encuentran la de garantizar la habitación y alimentación de la víctima y sus hijos a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁹.

En conclusión, cuando la mujer sufre los efectos de la violencia económica cuenta con por lo menos tres caminos en el ordenamiento legal colombiano: hacer exigible su derecho de alimentos (a), denunciar por inasistencia alimentaria (b) o activar las medidas de prevención y atención que se encuentran establecidas en la ley 1257 de 2008 (c). Las tres vías, aunque guardan diferencias, también se conectan en ciertos puntos. El siguiente cuadro las resume:

<i>Posibilidades para la violencia contra la mujer</i>	<i>jurídicas</i>	<i>Régimen/es legal/es aplicable/s</i>	<i>Fuente de la obligación</i>	<i>Jurídica</i>	<i>Normatividad</i>
<i>Exigencia del derecho de alimentos</i>		Derecho de familia	de	Deber de solidaridad ⁴⁰	de Art. 411 y Ss. Código Civil

³⁷ Ley 599 de 2000, artículo 233.

³⁸ Ley 1257 de 2008, arts. 16 y 17

³⁹ Ley 1257 de 2008, art. 19: En el régimen contributivo éste subsidio será equivalente al monto de la cotización que haga la víctima al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y para el régimen subsidiado será equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

⁴⁰ "El fundamento constitucional del derecho de alimentos es el principio de solidaridad social (Arts. 1o y 95, Núm. 2) En el interior de la familia, por ser ésta la institución básica de la sociedad (Art. 5º) o el núcleo fundamental de la misma (Art. 42), por lo cual, por regla general, una de sus condiciones es el parentesco de consanguinidad o civil entre alimentario y alimentante, en los grados señalados en la ley, o la calidad de cónyuge o divorciado sin su culpa". Corte Constitucional, sentencia C-994 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<i>Inasistencia alimentaria</i>	Derecho penal	Violación a la familia como bien jurídico tutelado	Art. 233, Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano.
<i>Violencia económica contra la mujer</i>	Derecho familia, penal y administrativo	Principio de corresponsabilidad	Art. 2, 3, 16 y Ss. Ley 1257 de 2008.

IV. IMPEDIMENTOS ESTRUCTURALES DENTRO DEL DERECHO:

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA Y DIFICULTADES INSTITUCIONALES

Como se ha venido argumentando, la redacción de la violencia doméstica tuvo tres restricciones importantes: la eliminación de la responsabilidad del estado y como consecuencia la estructura institucional de las medidas de protección y atención así como la definición limitada, individualista y centrada en el mercado de la definición, las causas así como los daños de la violencia económica.

Con el fin de explicar como operan estas restricciones, esta sección tomará como ejemplos dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional. La primera de ellas da cuenta de la interpretación restrictiva que los jueces dan a la concurrencia de culpas cuando se argumenta la violencia económica. La segunda sentencia demuestra el viacrucis por el que tienen que pasar las víctimas cuando quieren acceder a las medidas de atención que deben prestar las EPS.

La interpretación de los jueces de familia: la mas restrictiva posible

En enero del 2016, la Corte Constitucional expidió un fallo importante en relación con la violencia económica. El fallo es relevante para este capítulo no solamente porque se hace un análisis de la violencia económica, sino porque ilustra la interpretación restrictiva de la violencia doméstica y el daño patrimonial que esta interpretación restrictiva puede causar.

El caso relata la situación de una mujer que fue víctima de violencia física, psicológica y económica por parte de su esposo, durante mas de 15 años. A pesar de haber sido condenado a 72 meses de prisión por este delito, el Tribunal Superior de Bogotá consideró que había concurrencia de culpas y como consecuencia no ordenó alimentos a favor de la víctima. Esta interpretación no solo es la mas

restringida posible, sino que además, al no tomar en cuenta la narración de abusos que se encuentran en el proceso penal, efectivamente borra la existencia legal de los mismos.

La víctima interpone una acción de tutela contra esta sentencia argumentando que se han violado su derecho a la vida, la familia, a la defensa y al debido proceso. La Corte consideró de relevancia constitucional este caso pues, “se trata de una sentencia que puede afectar los derechos de la demandante a tal punto de cercenar, desproporcionadamente, su vida digna, mínimo vital y no discriminación.”⁴¹ En una gran sentencia, la Corte demuestra como el Tribunal le dio la lectura más literal posible al Código Civil y como consecuencia afectó los derechos fundamentales de la actora. La cita que sigue es larga, pero vale la pena por la claridad argumentativa de la Corte.

Pese a lo anterior, frente al caso concreto, esta Sala estima que la interpretación estricta del artículo 411 del Código Civil que realizó el Tribunal Superior de Bogotá es contraria a derechos fundamentales. Para esta Corte, si bien en algunos casos la concurrencia de culpas conlleva a la negación bipartita de alimentos, de ahí no se sigue que, siempre, en todos los casos, esa deba ser la consecuencia jurídica del artículo 411 del Código Civil. Para esta Sala, una interpretación respetuosa de derechos fundamentales, especialmente de las mujeres, debe valorar la situación concreta de la pareja pues, como se demostrará a continuación, la culpa de una de las partes pudo ser causada por otra.

Acorde con lo dicho, las normas sobre fijación alimentaria no deben abstraerse de la realidad interpersonal de la pareja. La sanción prevista en el artículo 411 del Código Civil debe aplicarse cuando la causal de divorcio en la que incurrió uno de los cónyuges haya sido consecuencia directa de la conducta desplegada por el otro. Esta Corte no acepta la tesis contraria a derechos fundamentales según la cual no se debe reconocer alimentos en favor de uno de los cónyuges cuando, por ejemplo, se ausenta del lugar conjunto de habitación para evitar maltratos físicos y/o psicológicos causados por el o la agresora. Esa postura es a todas luces contraria a la Carta Política pues bajo ese panorama, se estaría privilegiando las actuaciones del cónyuge agresor sobre la víctima. Allí, evidente y estrictamente, los dos cónyuges estarían incumpliendo con sus deberes conyugales. Sin embargo, no

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-012/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

puede pasarse por alto que la víctima de violencia lo hace motivada por las agresiones que su pareja le proporciona. Es importante resaltar que el deber de alimentos del cónyuge culpable es una sanción que el ordenamiento jurídico colombiano establece a la parte matrimonial que ocasionó el divorcio. No es razonable considerar que un agresor intrafamiliar pueda verse beneficiado a pesar de que fue quien ocasionó la reacción de la víctima. Esto, en algunos casos será difícil de establecer, pero, como se sostuvo a lo largo de la providencia, no puede dejarse de lado el hecho de que ha sido la mujer, de diferentes formas, quien tradicionalmente ha sido la parte usurpada en su integridad por parte del hombre. Por ello, además de esta regla, el artículo 411 del Código Civil, debe, en todo caso, estudiarse con base en criterios de género que den cuenta de las desigualdades que existen dentro de las relaciones de pareja. Por otra parte, a lo largo de esta providencia, la Sala Novena de Revisión Constitucional ha dado cuenta de cómo existen normas internacionales y nacionales que obligan a los administradores de justicia a resolver los casos con base en criterios diferenciales de género. Entre otras, la Ley 1257 de 2008 incorporó legalmente diferentes tipos de violencia en contra de la mujer. Esa norma prevé que el maltrato contra la mujer puede ser psicológico, físico, económico y que el daño que se ocasiona a esta población, también se presenta en relaciones familiares. Esa ley, entonces, debió ser tenida en cuenta por el Tribunal Superior de Bogotá pues existen abultadas pruebas de violencia en contra de la señora *Andrea*. Así, se trataba de un caso que justificaba y exigía un análisis de género en su favor. No obstante, el Tribunal hizo caso omiso a esas circunstancias, obviando análisis diferencial alguno. Así las cosas, el Tribunal Superior de Bogotá debió aplicar esta, la interpretación más razonable, al igual que criterios de género (Ley 1257 de 2008) para evitar una doble victimización de la señora *Andrea*. Tal y como se mostrará a continuación, haciendo alusión al defecto fáctico, el juez no solo interpretó indebidamente la sanción prevista en nuestro Estatuto Civil, sino que, sin dar cuenta de las circunstancias particulares del caso, concluyó que los dos cónyuges concurren en culpa y por tanto, ninguno era merecedor del derecho de alimentos. Lo anterior, a pesar de que existían pruebas fehacientes del maltrato prolongado e intenso que el demandado en divorcio causaba sobre la accionante de tutela.⁴²

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-012/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Adicionalmente, en la misma sentencia, la Corte explica como la violencia económica no sólo es la más difícil de probar y afecta a todas las mujeres sin importar su estrato social⁴³.

¿Medidas de protección y atención? Promesas legales incumplidas

En materia de violencia económica, la ley 1257 de 2008 contempló como medida de atención la prestación de vivienda y sostenimiento por parte del sistema de salud. La Corte Constitucional en la sentencia C-776/2010⁴⁴ estableció la exequibilidad de este tipo de medidas, señalando que está en cabeza del sistema de salud la responsabilidad de proveer tal asistencia. La demandante de la ley 1257 de 2008, argumentaba que se sobrecargaba el sistema de salud si se debían cubrir los gastos de alojamiento para las mujeres víctimas de violencia. En este sentido, se alega en la demanda que: ⁴⁵

La accionante recuerda cómo los recursos del sector de la salud se han destinado históricamente a cubrir gastos de este servicio, limitando las

⁴³ “Por otra parte, la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos.

Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir.

Es importante resaltar que los efectos de esta clase violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “*compra su libertad*”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles.” Corte Constitucional, Sentencia T-012/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-776/10. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-776/10. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

coberturas para evitar la indebida utilización de estos dineros, para dedicarlos de manera específica a las áreas dispuestas en la Constitución. Por esta razón, considera que las normas demandadas son inconstitucionales, por tanto el Legislador violó la reserva constitucional establecida para los recursos de la seguridad social en salud.

En cuanto al artículo 49 superior, señala la demandante que las normas impugnadas son inconstitucionales en cuanto el Legislador omitió asignar responsabilidad presupuestal al Estado, toda vez que si necesitaba recursos para la prevención del maltrato no consideró la cobertura económica para los costos de alojamiento y comida de las víctimas y sus familiares.

Aunque a primera vista parece un argumento en contra de la medida, la demandante tiene razón en que los recursos no estaban asignados y como lo demuestra la sentencia T-434 de 2014, las EPS hacen todo lo posible por evadir esta responsabilidad. En este caso, una mujer víctima de violencia intrafamiliar en Barrancabermeja, a través de la oficina regional de la Defensoría del Pueblo solicita los servicios de habitación, alimentación y transporte. La solicitud la hace luego de cumplir con varios trámites que incluyen que la Fiscalía o Comisaría de Familia verifique que se está afectando la salud física y/o mental de la víctima y que se encuentra en una situación de riesgo. La EPS no solo no responde a la solicitud dentro del término exigido (3 días) sino que negó que fuera su responsabilidad prestar el servicio.

En el asunto *sub-judice*, es claro que Cafesalud EPS se apartó de forma injustificada al deber de acatar la orden de atención dispuesta por la Comisaría de Familia de Barrancabermeja, ya que a pesar de la citada regla imperativa, conforme a la cual en el término máximo de tres hábiles contados a partir de su recibo, se debe comunicar a la mujer el lugar donde se le prestará el alojamiento y la forma como se surtirá su traslado; la aludida EPS se limitó a cuestionar la existencia misma de dicha prestación, al señalar que no estaba obligada a proporcionar ese tipo de servicios a las mujeres víctimas de la violencia.

Este comportamiento asumido por la EPS demandada produjo dos efectos, por un lado, profundizó la condición de víctima de la señora *Aurora Hernández*, al no obtener una respuesta efectiva por parte de las entidades vinculadas con la realización de sus derechos, en abierto desconocimiento de la Ley 1257 de 2008; y por el otro,

condujo a que ella tuviera que abandonar el municipio en el que se encontraba para trasladarse a uno nuevo⁴⁶.

V. CONCLUSIONES

Este texto tenía como propósito principal señalar los principales obstáculos jurídicos que la protección de las víctimas de violencia económica enfrentan. Estos obstáculos se producen como consecuencia de entender la violencia como algo marginal y no estructural; a la comprensión de los alimentos como un deber de solidaridad y no como una redistribución de recursos por su trabajo reproductivo; la responsabilidad del estado como subsidiaria y la criminalización individual como la solución a la violencia.

Como lo demuestran los debates en el Congreso la visión del bien que se debe proteger, la responsabilidad del estado y la criminalización tienen profundas diferencias ideológicas que permanentemente están en tensión al momento de interpretar el derecho.

Por otra parte, los arreglos institucionales: la participación de diferentes actores al momento de poner en práctica medidas de protección y atención, así como los recursos asignados, hacen que la violencia económica sea una promesa incumplida.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-434/14. M.P. Luis Guillermo Guerrero.

EL *ESTILO ITALIANO* ENTRE CENTRO Y PERIFERIA, O GRAMSCI, GORLA Y LO QUE ESTÁ EN JUEGO EN EL DERECHO PRIVADO¹.

GIOVANNI MARINI²

El derecho italiano ha sido representado como una solución intermedia entre el sistema francés y el sistema alemán, considerados estos dos los arquetipos sobre los cuales descansa la tradición jurídica continental. Le han seguido análisis bastantes simples que se han limitado a comprender las razones de la similitud o de la diversidad. Desde hace varios años, esta imagen se ha visto difundida por la presencia cada vez más frecuente del common law y, más precisamente, del modelo jurídico estadounidense.

Esta condición, que ha perdurado en el tiempo, nos ha llevado a diseñar un instrumento metodológico articulado y flexible. Este instrumento ha demostrado ser valioso para tratar y amalgamar materiales diferentes y compuestos. Nos ha permitido lograr tanto equilibrios a veces originales como soluciones a menudo de vanguardia en el panorama europeo.

Sobre el significado, el origen y la singularidad del eclecticismo del modelo italiano como de otras culturas jurídicas, tendremos la oportunidad de volver más adelante. Mientras tanto, una acotación: ser ecléctico en el derecho, esencialmente, significa evitar tomar partido a favor de una de las posiciones en el campo. Aunque, según una versión más tradicional, no habría necesidad de alinearse porque no hay competencia en el derecho. Sin embargo, ser ecléctico parece más que una modalidad "retórica": eclécticos, podría ser una posición que evita las incomodidades de una crisis, de traumas que pueden resultar de una ruptura, o de simplemente permanecer "de moda".

TABLA DE CONTENIDO

- I. EL ECLECTICISMO Y LA CULTURA JUSPRIVATISTA ITALIANA.
- II. EL "ESTILO" ITALIANO.
- III. CONSTRUIR TRADICIONES JURÍDICAS.
- IV. NOTA SOBRE GRAMSCI, HEGEMONÍA CULTURAL Y POSCOLONIAL.
- V. A LOS ORÍGENES DEL "HÍBRIDO" EN LA "SEMI PERIFERIA" ITALIANA.
- VI. RECONSIDERAR LOS ARQUETIPOS: EL CASO DEL PENSAMIENTO CLÁSICO.
- VII. LA "RUPTURA" DEL PENSAMIENTO SOCIAL.

¹ Traducción: Yuri Tornero Cruzatt. Ph. D. en Comparación Jurídica e Histórica Jurídica por la Universidad de Ferrara (Italia), profesor de Derecho Constitucional Comparado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima Perú).

² Giovanni Marini es Profesor de derecho privado comparado de la Universidad de Perugia. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

- VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS JERARQUÍAS CLÁSICAS, HACIA UNA NUEVA ESTÉTICA.
- IX. LA LEY CIVIL "SOCIAL" ENTRE LA CRÍTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN.
- X. MÁS ALLÁ DEL TEXTO: RUTAS DE LA CRÍTICA A LA "BELLE EPOQUE".
- XI. DEL CENTRO A LAS PERIFERIAS, HACIA LA HEGEMONÍA DEL MODELO DE EE. UU.
- XII. LA "CUESTIÓN SOCIAL" EN ITALIA: DERECHO, EVOLUCIÓN, "SISTEMA".
- XIII. LA AMBIGÜEDAD DE LO SOCIAL: HACIA EL "NUEVO ORDEN CORPORATIVO".
- XIV. SOBRE LOS "GÉRMENES DE UN NUEVO DERECHO".
- XV. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DE LO SOCIAL: LOS AÑOS SETENTA.
- XVI. CRISIS Y DECLIVE DE LO SOCIAL.
- XVII. LOS LÍMITES DE LA VISIÓN TELEOLÓGICA, CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES.
- XVIII. NOTA SOBRE GORLA Y EL MÉTODO EN "EL CONTRATO".
- XIX. LA TERCERA FASE: PRINCIPIOS, VALORES Y POLÍTICAS.
- XX. PLURALISMO Y "PROSPECTIVISMO": QUÉ IDENTIDADES CUENTAN.
- XXI. EL CONFLICTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.
- XXII. ... Y EN EL CONTRATO.
- XXIII. ¿Y AHORA QUÉ?

I. EL ECLECTICISMO Y LA CULTURA JUSPRIVATISTA ITALIANA

La cultura jurídica italiana, especialmente la jusprivatista, siempre ha sido representada como una solución intermedia entre el sistema francés y el sistema alemán, considerados estos dos los arquetipos sobre los cuales descansa la tradición jurídica continental. Le han seguido análisis bastantes simples que se han limitado a comprender las razones de la similitud o de la diversidad, de la derivación o de la oposición a los dos modelos considerados dominantes³. Desde hace varios años,

³ Recientemente se publicó A. DE VITA, *L'influenza del diritto italiano in Francia. Iter frammentario per una consapevole ricognizione*, en *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2014.

esta imagen se ha visto difundida por la presencia cada vez más frecuente del *common law* y, más precisamente, del modelo jurídico estadounidense.

Si "el viento ha cambiado" y ahora proviene de los Estados Unidos, la perspectiva general de estos análisis no parece haberlo hecho. En efecto, se tiende a proponer, nuevamente, el esquema clásico de la confrontación con un arquetipo, en su variada gama. Es decir, se desarrolla un esquema que va, dependiendo del caso, de la subordinación al "enamoramiento" o "provincialismo". Dicho enfoque prevalece, en lugar de considerar la naturaleza dinámica y el movimiento continuo de las formaciones a las cuales este hace referencia en su desarrollo.

También a raíz de este enfoque, está bastante difundida la conclusión de que una de las características principales del jurista italiano y de nuestra cultura jurídica, o más bien su verdadera originalidad, sea el eclecticismo.

En la tradición del derecho romano común, frente a la línea divisoria entre los dos modelos franceses y alemanes, los italianos han debido necesariamente saber cultivar la curiosidad por las otras experiencias.

Esta condición, que ha perdurado en el tiempo, nos ha llevado a diseñar un instrumento metodológico articulado y flexible. Este instrumento ha demostrado ser valioso para tratar y amalgamar materiales diferentes y compuestos. Nos ha permitido lograr tanto equilibrios a veces originales como soluciones a menudo de vanguardia en el panorama europeo.

Así, de esta manera, el pensamiento italiano habría sabido mantener su distancia de aquellas formas extremas de legalismo y logicismo que, en cambio, caracterizaban a otras tradiciones jurídicas⁴. Con esta medida evitando las mismas fatales "desviaciones"⁵ que hacían cada vez más difícil entrar en relación con los caracteres típicos de nuestro tiempo.

⁴ Si se quiere revisar por un lado, sobre las anfibiologías que pueden tomar estos términos y sobre su relación con el estatismo; y por el otro, el conceptualismo, en su conjunto, de manera resumida y eficaz se puede consultar R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 417.

⁵ Así, con referencia a la "*french deviation*", es decir, a la variante desarrollada, según Merryman, desde el positivismo francés y por el conceptualismo alemán respecto a los caracteres propios de su tradición jurídica de derecho civil antes de la Revolución Francesa, véase J.

Uno puede entonces preguntarse, si en virtud de estas características, ¿no se podría siquiera pensar para el derecho, como ha sucedido en otros campos de las humanidades, en reconquistar una posición hegemónica para la *Italian Theory*?⁶

Sobre el significado, el origen y la singularidad del eclecticismo del modelo italiano como de otras culturas jurídicas, tendremos la oportunidad de volver más adelante. Mientras tanto, una acotación: ser ecléctico en el derecho, esencialmente, significa evitar tomar partido a favor de una de las posiciones en el campo. Aunque, según una versión más tradicional, no habría necesidad de alinearse porque no hay competencia en el derecho. Sin embargo, ser ecléctico parece más que una modalidad "retórica": eclécticos, podría ser una posición que evita las incomodidades de una crisis, de traumas que pueden resultar de una ruptura, o de simplemente permanecer "de moda".

II. EL "ESTILO" ITALIANO

A principios de los años 60, un norteamericano, John Merryman, reconoció que la cultura jurídica italiana desempeñó un papel crucial en la génesis y desarrollo del sistema de las tradiciones jurídicas occidentales. Creó un verdadero *Italian Style* que - con su dimensión *judge made law* de tipo pluralista y cosmopolita - durante muchos siglos, se habría permitido que nuestra tradición corriera en paralelo al *common law*⁷. Con un análisis impecable, que habría suscitado la indignación de toda

H.MERRYMAN, *The French Deviation* en 44 *Am. J. of Comp. Law*, 1 (1996) 109-119; Id., J.H. MERRYMAN, *How Others do it: The French and German Judiciaries* 6. *S. cal. L Rev.* 1865 (1988) 1865.

⁶ En el debate filosófico actual, por ejemplo, se está volviendo a la discusión sobre una verdadera *Italian Theory* que, por su particular articulación, podría aspirar a una difusión tan extendida al igual que aquella realizada por la *French Theory* y podría más bien estar orientada a reconquistare una posición hegemónica, incluso respecto a las otras tradiciones filosóficas europeas R. ESPOSITO *Pensiero vivente. Origine e attualita della filosofia italiana*, Turín, Einaudi, 2010, 3. No hay duda de que se pueden encontrar características similares en la tradición jurídica italiana (ver *infra* G. Bascherini).

⁷ J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America*, trad. es. Stanford, 1973, 1-2; D. S. CLARK, *The Idea of the Civil Law Tradition*, en D.S. CLARK (Ed.), *Comparative and Private International Law*, Berlín, 1990, 11-23; es evidente la presencia, a cargo de Merryman, de Gino Gorla (G. GORLA, L. MOCCIA, A revisiting of the Comparison between Continental Law and English Law (XVI-XIX), en 1981 *Journal of Legal History* 147; ID *Il diritto comparato in Italia e nel "mondo occidentale" e una introduzione al "dialogo civil law - common law"*, Milán, 1983).

la doctrina italiana, su trabajo explicó también el proceso del declive inevitable de aquel *Italian Style*⁸.

En la agonía del formalismo excesivo, el *Italian Style*, ahora inarmónico, dentro del ámbito jurídico y europeo, se habría convertido en otra experiencia más completamente incapaz de ofrecer respuestas claras y adecuadas a los problemas planteados por las sociedades modernas.

El "estilo" que Merryman avizoraba (y promovía) su renacimiento, era, entonces, aquel que - recuperando tanto los caracteres de nuestra tradición como la dimensión historicista, el carácter "no nacional" y la contaminación de esta experiencia con otros saberes - se demostraba capaz de desarrollarse en base de una comparación continua de textos, casos y opiniones diferentes, para evitar la reificación de conceptos; con todo esto, potenciando el dinamismo del derecho y la multiplicidad que históricamente podrían asumir sus formas.

La descripción del "estilo" italiano de Merryman no estaba obviamente completamente "desinteresado": mientras se condenaba el *mainstream*, más bien se exaltaba y valorizaba la modernidad de aquellos autores que se habían diferenciado por su sensibilidad realista, acercándose a los Estados Unidos y dando vida a lo que él consideraba un verdadero "renacimiento" del estilo italiano⁹.

Un "estilo" que permitió mejorar los vínculos entre el derecho y la sociedad, de ir más allá de la forma jurídica para comprender las opciones de la *policy* que se toman a través del derecho. De apelar a la responsabilidad del jurista por sus resultados¹⁰.

⁸ La referencia es a la trilogía publicada en la *Stanford Law Review*, principalmente en la contribución relacionada con el pensamiento doctrinal J. H. MERRYMAN, *The Italian Style I: Doctrine*, en 18 *Stanf. L. Rev.* 39 (1965).

El "estilo", como una forma en que el derecho es producido y se reproduce a lo largo del tiempo, y por lo tanto uno de los elementos fundamentales que caracterizan una tradición o una cultura jurídica, y ayuda a demarcar los límites con respecto a las otras.

⁹ La descripción está en continua contraposición, por el contrario, con la mayor ductilidad y sensibilidad jusrealista, a las circunstancias concretas ampliamente difundidas más allá de nuestros horizontes continentales. A los inconvenientes, para todos los países que comparten la misma tradición continental, la única solución plausible parece referirse al derecho de los EE. UU., de nuevo, cf. J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition*, cit.

¹⁰ Sobre este punto, J.H. MERRYMAN, *On the convergence and the divergence of Civil Law and Common Law*, en M. CAPPELLETTI (editado por), *New Perspectives for a Common law of Europe Nouvelles*

La reapropiación de una tradición, el tema de una "identidad perdida" a recuperar, se convierte, como ya muchas veces en el pasado, en una herramienta retórica que permite legitimar un proceso de renovación¹¹.

III. CONSTRUIR TRADICIONES JURÍDICAS

Frente a los discursos en términos de tradición, resulta necesario evidenciar dos formas diferentes de reduccionismo: la primera es de tipo orgánico, identifica la tradición con una identidad nacional particular, un conjunto único con su propio espíritu que evoluciona gradualmente y mantiene su "originalidad" en el tiempo, una totalidad de la cual es necesario tomar (o intuir mejor) las características específicas¹². La segunda forma es más bien no semiótico, reduce la tradición a un simple depósito en el que se encuentran los diversos elementos (reglas de funcionamiento, esquemas conceptuales, clasificaciones, modelos de razonamiento y argumentos típicos a favor y en contra) que se combinan, en diferentes situaciones concretas, según las fuerzas que gobiernan las relaciones entre las estructuras que operan dentro de una tradición, para dar lugar a una diferente versión de esta¹³.

Ambos reduccionismos pueden ser evitados. Por un lado, no hay duda de que existan diferencias nacionales; no tanto en el sentido de una identidad nacional precisa, sino como un conjunto de caracteres nacionales de los que es posible que los intérpretes ofrezcan representaciones diferentes. Sin embargo, por otro lado, no hay duda de que la originalidad de una tradición no es otra cosa que el resultado de una serie de variaciones y matices dentro de una estructura cuyos elementos están ampliamente predeterminados.

La idea de la *legal consciousness* ofrece una posible clave para la lectura, mediando entre las dos tendencias opuestas. La *legal consciousness* se refiere a los *belief*

Perspectives d'un droit Commun de l'Europe, Florencia, Bruselas, Leyden, Londres, Boston, Stoccarda, 1978, 200. Id., *Legal Education There and Here: A comparison*, 27 *Stan. L. Rev.* 859 (1974).

¹¹ La referencia es A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, en Id. (editado por), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 275 ss.

¹² Sobre el organicismo y las relaciones entre historia y sistema M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Turín, 2013.

¹³ Una aplicación está desarrollada en R. SACCO, *Introduzione*, cit. y Id., *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, en 39 *Am. J. Comp. Law* (1991), 343.

systems, a las estructuras de pensamiento determinadas colectivamente que guían implícita y explícitamente la forma de pensar de los operadores jurídicos. Estos paradigmas intelectuales, de naturaleza histórica y contingente, limitan el campo en el cual se sitúan las diversas condiciones de posibilidad de los intérpretes y condicionan los resultados a los que se pretende conseguir.

Por lo tanto, es importante identificar los diferentes elementos culturales y jurídicos, que pueden haber sido considerados como pertenecientes a una tradición; la forma en que las tradiciones han funcionado, combinando y recombinando sus elementos constitutivos y generando sus mitos fundadores; y finalmente, cómo las tradiciones han adaptado y mantenido su diversidad, empleando el derecho estratégicamente para definir la relación con otras culturas y con otras tradiciones jurídicas.

A este propósito, hoy en día recogido por los juristas, se ha difundido de manera amplia la referencia al método genealógico. Con esto se quiere indicar la reconstrucción hacia atrás de un camino seguido no dirigido a la búsqueda de hipotéticos orígenes fundacionales, sino orientado a identificar todos los componentes que constituyen una tradición y la forma en que se han combinado, en momentos de cambio, para producir una nueva versión con respecto a la anterior¹⁴.

Entonces, las tradiciones aparecen no tanto como el producto de un desarrollo gradual, sino como una sedimentación compleja, una capa de estratificación. En este proceso la capa más reciente descansa sobre los fragmentos más antiguos con los que se combinará. Los elementos antiguos transformados ahora permanecen juntos con los más nuevos.

En sus relaciones internas, las diferentes tradiciones nacionales pueden colocarse en una posición de apertura mutua (o cierre). El grado de esta apertura

¹⁴ A lo largo de este itinerario, se hace evidente que el proceso no está marcado por un desarrollo gradual, sino que se caracteriza por una serie de rupturas. D. KENNEDY, *Three globalizations of Law and Legal Thought*, en D. Trubek, A. Santos (a cargo de), *The new law and development: a critical appraisal*, Cambridge, 2006.

(o cierre) es recíproco. Sin embargo, históricamente se refleja, está, en todo caso, siempre en movimiento continuo.

En esta prospectiva no debemos descuidar la existencia de relaciones muy complejas de jerarquía, dominación y hegemonía. Dentro de un marco transnacional, entre las diferentes tradiciones, ellas se crean necesariamente: los juristas que pertenecen a una tradición que pueden influenciar sobre las otras diversas formas de influencia, a través de mecanismos que van desde la "imposición" por medio de la fuerza, pasando por la imitación sobre la base del simple prestigio, a la negociación acordada.

En un determinado contexto histórico, algunos lugares se convierten en un sitio de producción modelo ("el centro") y otros un sitio de referencia ("la periferia"). Al llegar a su destino, la adaptación al sistema y a la cultura local obviamente produce una recepción selectiva que genera diferencia junto con la integración. A nivel local, los modelos se vuelven a trabajar de una manera original e incluso radical¹⁵, por lo que la transformación se puede transmitir a otras periferias "distantes" (algunos sitios se vuelven "semiperiferia")¹⁶ o regresan al centro¹⁷. Por lo tanto, se establece una dinámica compleja entre el centro y la periferia.

Por lo tanto, es importante entender cómo y dónde se forma esta estructura y lenguaje común que determina la *legal consciousness*, quién determina y dónde comienza este proceso de circulación y cuáles son los objetivos que la difusión de estas prácticas intelectuales permite llevar adelante¹⁸.

¹⁵ De donde provenga la influencia, los juristas locales hacen una selección de acuerdo a sus intereses y a sus orientaciones que siempre produce, junto con la integración, también la diferencia. En estos procesos de transformación, reciclaje y canibalización ver D. LOPEZ-MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Colombia, 2004, donde incluso se desarrolla una teoría de *misreading*, el modo en cual las ideas y los autores pueden usarse de manera diferente en las dos localidades, a veces esto dificulta la comunicación en el espacio transnacional o produce efectos "perversos" "(en el sentido de diferente respecto de aquellos producidos en el contexto originario de producción).

¹⁶ Sobre el papel "semiperiférico" adoptado por Italia en diversos contextos. S. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, en Enc. dir., XXXIX, *Milano, 1988*, 933; M.R. MARELLA, *The geopolitics of law in Latin America. The case of the social function of property*, en *Studi in onore di Corapi*, 2016.

¹⁷ Muchas de las elaboraciones "periféricas" han retroalimentado sobre el derecho metropolitano, para ver un ejemplo importante G. BASCHERINI, *Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 245.

¹⁸ Las tradiciones están conectadas con las "*historical forms of consciousness or subjectivity*", la referencia a esta sirve para enfatizar el hecho de que los sujetos pueden operar solo dentro de un específico contexto cultural, que proporciona el lenguaje que estos pueden utilizar cuando deben

IV. NOTA SOBRE GRAMSCI, HEGEMONÍA CULTURAL Y POSCOLONIAL

Aquello que hace que el pensamiento de Antonio Gramsci sea importante en el marco del análisis marxista y explica su actualidad, incluso más allá de su tiempo, es precisamente, su análisis de la hegemonía.

La hegemonía está vinculada al concepto de ideología. En efecto, la hegemonía significa ejercer formas de dominación a través del consentimiento de los gobernados, con persuasión, en suma, en lugar del uso de la fuerza.

La ideología, el consenso y la hegemonía están, por lo tanto, entrelazados. Aunque de manera fragmentaria y, por lo tanto, abierto a diferentes interpretaciones, en los escritos de Gramsci se sugieren una serie de ideas sobre la forma en que estos elementos se combinan y producen sus efectos. Ideas que, aunque no se refieren directamente al derecho, pueden ser interesantes para los juristas¹⁹.

A través de la hegemonía de Gramsci, alejándose de la ortodoxia marxista, todavía se da importancia al hecho de que la forma de pensar de las personas, una vez transformada en sentido común, pueda influenciar para garantizar el mantenimiento de un liderazgo moral, político e intelectual.

En efecto, para comprender cómo un régimen, una vez establecido, puede seguir gobernando, resulta necesario comprender el poder ideológico. Asimismo, la influencia que logra ejercer dicho poder, su capacidad de generar consenso (en las masas) a través de la creación de instituciones, modelos y prácticas sociales que aparecen legitimadas a los ojos de la mayoría.

lidiar con un problema jurídico particular. La *legal consciousness* está históricamente localizada y señala los confines dentro de los cuales las luchas pueden tener lugar a través del derecho por la hegemonía y la contrahegemonía. En este sentido, el tema más relevante para el derecho comparado se refiere a la comprensión de las formas en que se modela la *legal consciousness*. Quién participa en este proceso y cuáles son los objetivos que se plantean a través de este proyecto intelectual, ver D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., 19-73.

¹⁹ Ver D. KENNEDY, *Antonio Gramsci and the legal system*, 6 *ALSA Forum*, e ID., *The critique of adjudication. Fin de siècle*, para un resumen sobre las relecturas de la hegemonía Gramscian en entornos cercanos al derecho LITOWIZ, *Gramsci, Hegemony and the Law*, 2000 *Universidad Brigham Young L. Rev.* (2000), 2.

En particular, su idea de "bloque histórico" evidencia cómo el significado de una determinada formación económica o de una particular serie de relaciones económicas sea entrelazada con una serie de ideas económicas, sociales, políticas y culturales precisas que lo legitiman. Esto en conjunto es complejo, y la idea de separarlo en una estructura, de un lado, y superestructura, del otro, es una simplificación que, como tal, está destinada a no captar la dimensión real del problema.

En consecuencia, la hegemonía resalta la presencia y el papel de aquellos mecanismos que contribuyen a la construcción de una racionalidad dominante, es decir, de una autoridad cultural. La "hegemonía" va más allá de la mera cultura: relaciona todo el proceso social a través de cual la cultura se construye con una específica distribución de poder e influencia. Esta pone en evidencia las transformaciones que esta origina en términos de dominación y subordinación realizada (por una clase particular o grupo dominante). Y así se va más allá de la ideología. En efecto, aquello que es importante, no es solo el conjunto de ideales y concepciones que la constituyen, sino además la ideología es también una forma de cómo se obtiene ciertos resultados sobre la sociedad, esto es, la forma en la cual los límites que estos principios productores llegan a considerarse como el resultado de la experiencia simple y del sentido común.

Como lo va explicar más adelante Foucault, Gramsci no creía que la dominación pudiera asegurarse a través de formas simples de coerción, sino que necesitaba formas más complejas, entre las cuales jugaba un rol crucial, justamente, la visión compartida del mundo, en la cual se forman todas las expresiones "moleculares" y colectivas de la vida²⁰. La modernidad de Gramsci está dada, anticipándose a algunos de los temas de gobernabilidad de Foucault, en plantear un modelo de poder que no es represivo, sino productivo, es decir, un modelo de poder que, actuando sobre las formas del conocimiento, crea relaciones entre los seres humanos y la verdad, y por consiguiente, este poder produce subjetividad y formas de vida.

²⁰ La contraposición entre la fuerza y la hegemonía será desarrollada, entre otros, por Althusser en el binomio "*repressive state apparatus*" y "*ideological state apparatuses*".

Por lo tanto, la ideología se materializa en una serie de instituciones y prácticas que garantizan el consenso y la hegemonía. Sin embargo, una hegemonía nunca es total y absoluta: dentro de cada conjunto de representaciones siempre puede haber elementos que pueden emerger lo suficiente como para amenazar constantemente con romper el equilibrio logrado.

Gramsci atribuyó gran valor a la autonomía de lo ideológico, considerándolo un área importante de conflicto para ejercer una contrahegemonía.

El pensamiento de Gramsci y el concepto de hegemonía recientemente, han sido puestos en el centro del debate global poscolonial²¹. En efecto, Gramsci ha constituido una invitación a pensar o repensar las presunciones de la experiencia colonial. En esta perspectiva, la teoría ha sugerido diferentes planos de análisis, comenzando desde la consideración de la colonización misma como una experiencia planetaria, realizada a través de la universalización de las representaciones, monopolio de las antiguas potencias coloniales. La visión ideológica de los colonizados por parte los colonizadores se ha extendido y se ha transformado en un instrumento para realizar la dominación de las sociedades no europeas, vulnerando todas las instancias de representación conseguidas por los "oprimidos".

Entonces, el análisis gramsciano se preocupó por el modo en que funciona el poder de definición y representación de los vencedores, además, por encontrar la forma adecuada en que los "oprimidos" puedan tomar parte de la discusión²².

²¹ Gramsci ha influido en todos los *cultural studies*, ofreciendo por medio de la hegemonía un modo para mediar los excesos que había generado el unilateralismo de la cultura clásica como también la estructural. S. HALL, *Cultural studies: two paradigms*, en *Culture, Ideology and Social Process*, London, 1981 y C. MOUFFE, *Hegemony and Ideology in Gramsci*, ivi, 219) y con esto también el debate postcolonial.

²² Esta operación debe tener en cuenta que si Europa es el sujeto que ha producido esta situación, es también el mismo sujeto que ofrece las herramientas para desarrollarla (y aquí el análisis poscolonial está separado del pensamiento "decolonial"). Sobre las dificultades inherentes al proceso de desestabilización del paradigma cultural, desarrollando y utilizando sus propias herramientas conceptuales, "provincializando la Eutropa" CHAKRABARTHI.

V. A LOS ORÍGENES DEL "HÍBRIDO" EN LA "SEMIPERIFERIA" ITALIANA

Diversos son los estudios dedicados a la reconstrucción de escuelas y figuras de la civilística italiana²³, así como aquellos destinados a estudiar el método de nuestra civilística²⁴, parece preferible prestar atención a la forma en que se creó la *legal consciousness* moderna en Italia.

Para nosotros, italianos, fueron cruciales las últimas décadas del siglo XIX. Este periodo, en efecto, constituyó un punto de observación privilegiado: el final del siglo XIX marca la culminación de esa ruptura que alejó la cultura jurídica italiana de los modelos franceses y la lleva decisivamente dentro del área de influencia del modelo alemán.

Así nace un híbrido constituido por el caso italiano en el cual la civilística habría buscado aplicar un código de estilo francés (o tal vez - según algunos - incluso un código francés), pero para leerlo y teorizarlo, en cambio, habría usado los lentes ofrecidos por un modelo pandectístico de sistematización dogmática²⁵.

²³ N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milán, 1982, L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana del Novecento*, Roma - Bari, 1999, RESCIGNO, *La doctrina italiana del derecho privado*, en *Studi A. Arena*, IV, Padua, 1981, 2141 ss.

²⁴ C. SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, en A. SCHIAVONE, *Stato e cultura giuridica*, cit., 233, P. PERLINGIERI, Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche, en *Rass. dir. civ.*, 1984, 956, P. PERLINGIERI, Debate Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia, en *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 42, P. ZATTI, *Methodenlehre*, U. BRECCIA, *Continuidad y discontinuidad en estudios de derecho privado. Testimonios y divulgaciones sobre los años anteriores y posteriores a la Segunda Guerra Mundial*, en *Quaderni fiorentini*, 28 (1999), 330, S. RODOTA, *Estudios sobre derecho contemporáneo*, en A. ACQUARONE, P. UNGARI y S. RODOTA, *Gli studi di diritto contemporaneo*, in A. Acquarone, P. Ungari e S. Rodota, *Gli studi di storia e diritto contemporaneo*, Milán, 1968, 96.

²⁵ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milán, 2000; R. SACCO, *Perspectivas de la ciencia civiles*, cit., A. Guarneri, *la circulation des modeles au cours des deux derniers siecles en Rapports nationaux italiens XIII Congrès de l'A.I.D.C.*, Milán, 1990.

Con la oportuna precisión de que "Los autores alemanes de la Escuela Histórica y la escuela Pandectista fueron imitados por los escritores italianos en su método de análisis y exposición del sistema jurídico, pero su influencia entre los profesionales del derecho siempre ha sido indirecta, es decir, por medio de la doctrina italiana. Por el contrario, faltaron fenómenos de más difundida osmosis, como las que se produjeron en el momento de la recepción del modelo francés" A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, en *Le fonti del diritto italiano*, 1, *Le fonti scritte*, en R. SACCO (a cargo de), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 416-7.

Sobre el canon ecléctico mucho antes de este encuentro L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, en *Quad. fior.*, 2010, 153. En Francia C. Jamin.

Esta reconstrucción, ciertamente, no puede ser discutida, pero merece algunas aclaraciones a la luz de lo que se ha dicho hasta ahora: la primera se refiere a la contraposición entre los dos modelos y la segunda a la anomalía del caso italiano.

La presencia de los alemanes, principalmente, como cultores del derecho romano, fue una constante que no comprende solamente el panorama italiano. Con su enfoque sistemático, usaron una técnica de vanguardia, capaz de ofrecer soluciones a todas las dudas que se pudieron encontrar en la aplicación de los textos, producto de ello, los alemanes tuvieron que ejercer un encanto irresistible. Y esto así sucedió no solo entre los juristas italianos que, especialmente por esta razón, fueron convencidos de "dejar" a los franceses²⁶; sino también lograron este efecto frente a un círculo mucho más amplio, que incluyó la misma Francia²⁷.

Después de la codificación alemana, entonces, la mayoría de las jurisdicciones del *civil law* se pueden considerar un "híbrido" en el que la legislación francesa se encuentra con la doctrina alemana.

Esto ocurrió en Italia como en otros países vinculados al *code* Napoleón y, por lo tanto, fue un proceso de adaptación de materiales jurídicos dentro del nuevo marco ofrecido por el sistema²⁸. Un proceso que, en Francia, se realizó transponiendo de manera críptica los conceptos sistemáticos del ordenamiento, es decir, transformándolos en criterios exegéticos dentro de los comentarios del *code*²⁹.

²⁶ Sin embargo, es bien conocido que mientras realizaba elogios del codice, en la Escuela de la Exégesis se producía una larga cadena de interpretaciones antiliterales. Ph. REMY, *Eloge de l'exégèse, 1 Droits* (1985), 115, C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea, II. Dal medioevo all'epoca moderna*, Milán, 1989, 245; P. G. MONATERI, *The synecdoche, Milan*, 1984, 7, R. SACCO, *La circolazione del modello francese*, en Riv. dir. civ., 1995, I, 51.

²⁷ Confirmando la diferencia entre el sitio de producción y el sitio de recepción, mientras los alemanes usaban el sistema para evitar la codificación; a los franceses y a los demás países que adoptaron el código, les serviría para reorganizarlo.

²⁸ Algo que no implica necesariamente el abandono de las nociones de ordenantes fundamentales de origen francés. "La propiedad se transfiere con la venta, la responsabilidad civil extracontractual se restablece con hipótesis no típicas, la posesión no es tal si falta la intención de ser considerado propietario, se prohíben los acuerdos del sucesor, etc." R. SACCO, *Il codice civile: un fossile legislativo?*, en *Le fonti del diritto italiano, 1, Le fonti scritte*, en R. SACCO (a cargo de), *Trattato di diritto civile, Turín*, 1998, 446.

²⁹ Y la tradición francesa no debe identificarse exclusivamente con la exégesis o peor con las reconstrucciones que de esta hicieron sus opositores, la presencia de modelos de origen alemán está presente al menos en Aubry y Rau, ver, P. JE-STAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, 2004.

VI. RECONSIDERAR LOS ARQUETIPOS: EL CASO DEL PENSAMIENTO CLÁSICO

Alimentar la contraposición entre los dos modelos, entonces, al considerarlos como arquetipos, no contribuye a una comprensión del fenómeno. Por un lado, hace casi invisible las indiscutibles continuidades, que a pesar de tener estilos³⁰ y técnicas legislativas³¹ completamente diferentes, históricamente tienden a crearse entre los dos, especialmente fuera de su sitio de producción. Por otro lado, no nos permite comprender las rupturas igualmente innegables que se han producido dentro de ellos y que se destinarán a proyectarse fuera de sus fronteras nacionales. Justamente, es a partir de una de estas rupturas que toma fuerza, aquello que puede considerarse, en efecto, una segunda globalización, cuyas consecuencias van a ser nada menor de aquella que le precedió, y que incluso estassiguen siendo claramente visibles.

Esquemáticamente, la primera (globalización) tuvo lugar en razón a la difusión del Código de Napoleón y su conjunto de ideas sobre el derecho, que generalmente se resumen en el binomio individualismo / formalismo (entendido como legalismo y/o deductivismo). En comparación con este último, la contribución alemana, que alcanza su pico en la relación del BGB, no puede considerarse una ruptura real, sino la continuación lógica a través de un orden sistemático. La ciencia jurídica alemana perpetúa y reelabora las posturas del racionalismo que subyacen en el código francés³².

La base sobre la cual descansa esta fase y obviamente está representada por la combinación de la idea de "sistema" con la teoría de la voluntad. Sigue la distinción entre derecho privado y derecho público, que se organizan según un orden jerárquico en el que el primero precede al segundo y ocupa una posición

³⁰ Ver P.G. MONATERI, *Jurisprudence, en Dig. disco. priv. secta. civ.*, X, Turín, 1993.

³¹ A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, cit., 428; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

³² Si bien para la mayor parte de los intérpretes franceses la idea de que la interpretación del Código pudiese consistir en la formación de un sistema (interno y externo a este) resultaba absolutamente inaceptable; era ampliamente desarrollada la aspiración a la formación de una estructura racional (incluso por medio técnicas que ocultaban la existencia de esta y a pesar de que se rechazaba cualquier esperanza constructivista del derecho privado). Sobre la continuidad GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 9.

privilegiada en el centro del sistema³³. El derecho privado, dentro de él, conoce sin embargo una profunda fractura entre el derecho del mercado y el derecho de la familia: la teoría de la voluntad se detiene en las fronteras del mercado, en el umbral de otros espacios en los que, como en el caso del derecho de familia, entran en juego los deberes y obligaciones entre los diversos componentes de esa estructura social, cuya definición se confía a la moral y a la cultura tradicional³⁴.

El prestigio dentro de los países del mundo occidental y el imperialismo al exterior tuvieron que promover la difusión del modelo. En efecto, esta primera globalización se expande por toda Europa, alcanzando (hacia el este) incluso aquellas experiencias que aún no estaban "romanizadas"³⁵. Su influencia también es fuerte más allá del espacio europeo, donde también es innegable el posicionamiento de prestigio absoluto que disfrutaban los jueces e incluso en el espacio transatlántico, en los Estados Unidos donde, al resistirse a la codificación, los resultados de la ciencia jurídica alemana fue ampliamente utilizada de diversas maneras.

En todas partes donde el *case law* reemplazó al código, la organización de los materiales producidos mediante decisiones judiciales comenzó a orientarse hacia lo sistemático y trató de imitar aquello que los doctrinarios hicieron en el continente en el aspecto metodológico y a veces en lo sustancial, transponiendo los esquemas

³³ No hay duda de que, incluso en esta perspectiva, la Escuela Histórica fue fundamental. La capacidad de combinar la expresión del *Volkgeist* en la idea sistémica permitió a los juristas locales presentarse al mismo tiempo como herederos de la tradición del derecho romano y de la ciencia jurídica europea y exponentes de su universo normativo particular, facilitando la integración en el orden global sin traicionar su origen nacional. Sobre el tema existe amplia bibliografía, incluso con perspectivas originales. cf. D. KENNEDY, distinción Familia / Patrimonio de Savigny y su lugar en la genealogía global del pensamiento legal clásico, en 58 *Am J. Comp. L.* (2010), 811.

³⁴ Esto le permitió defender su autonomía contra la hegemonía occidental. El ejemplo más clásico, en este sentido, está representado por el derecho de familia que, en la periferia, siempre podrá permanecer nacional, organizado de acuerdo con las particularidades locales, lo mismo sucede con el derecho público, que también es una expresión típica del *Volkgeist*, no obliga al jurista a intervenir ante las dictaduras o la oligarquía. En este punto, la referencia a M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

³⁵ En Europa del Este y en el proceso de romanización tardía de un espacio caracterizado por culturas diferentes (también jurídicas) cf. T. GIARO, ¡*Comparemus!* en *Riv. Crit. dir. priv.*, 199X e ID., *Le radia europeee...*

y las categorías conceptuales ordenadas en el *common law*, aunque a veces cambia su contenido³⁶.

En suma, de diferentes maneras, Francia e Inglaterra, a su vez, tuvieron que contribuir a la difusión: directa en las colonias e indirecta en todos los demás países afectados por su influencia³⁷. El prestigio que Italia disfrutaba en España y Portugal tenía que convertirse en una "semiperiferia", un centro desde el cual los modelos "centrales", a menudo "revisados", podían extenderse por toda el área mediterránea y América Latina³⁸.

VII. LA "RUPTURA" DEL PENSAMIENTO SOCIAL

La ruptura que da lugar a la segunda (globalización) tuvo como su principal artífice en Alemania a Jhering, y su construcción del derecho fue un medio para la realización de los objetivos sociales³⁹. Una ruptura muy conocida desde la cual debieron tomar vida (entre 1880 y 1920) toda una serie de escuelas que trabajarían

³⁶ Este es el caso no solo de los teóricos de la jurisprudencia como Austin, la compañía y documentados por A. GAMBARO, *Propiedad*, A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Propety, Propriété, Eigentum*, Padua, 1992; pero también por Langdell y el c.d. Tratados norteamericanos, queriendo ver, G. MARINI, *Ipotesi sul metodo nel diritto privato. Piccola guida alla scoperta di altri itinerari*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1990,343.

³⁷ P. STEIN, *The influence of Roman Law on the common law*, en J.H. FRANKE, J.P. JORDAANS y J.M. SMITS (editado por), *Historisch vooruitzicht*, Arnhem, 1994, 417, diferente del otro tema de reorganización del *common law* R. ZIMMERMANN, *Diritto romano ed unita giuridica*, in AA.VV., *Studi di storia del diritto*, I, Milano, 1996,16.

³⁸ Sobre el tema C. PETTI, *Qualcosa che somiglia all'ammirazione. Ecos de la civilistica italiana en España*, en *Anuario de derecho civil*, 2004, 4. Con la advertencia oportuna de que la influencia italiana no puede considerarse homogénea en toda América Latina, E. CORTES, *Un'influsso del diritto italiano in Colombia*, en *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dall'Europa* (editado por S. Lanni y P. Sirena), Nápoles, 2013, 167.

³⁹ R. VON JHERING, *Der zweck im Recht*, Leipzig, 1923, trad. es. *El propósito en la ley*, Turín, Einaudi, 1972. Sobre la variedad de los hilos que pueden inscribirse en él cf. F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado Moderno*, II Milán, A.M. HESPANA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 227. Clásico y ahora L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Sobre este punto, referencias útiles en F. MAZZARELLA, *Dialoghi a distanza in tema di socialita e storicita del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, en *Quaderni fiorentini*, 2015, 381.

La jurisprudencia de los intereses no rechaza el sistema, sino solo un cierto tipo de sistema, el sistema lógico, cerrado. En cambio, la jurisprudencia de los intereses acepta el sistema como un "sistema abierto". En cualquier caso, no cuestiona el monopolio del legislador al promulgar la ley. Porque la ley es la "resultante" que se deriva del "paralelograma de las fuerzas de intereses que luchan por ser reconocidas". La búsqueda de los elementos individuales de los que se ha determinado la interferencia mutua es la representación del objetivo perseguido. Sobre el tema cf. G. ORRU, *Giurisprudenza degli interessi*. priv. secta. civ, IX, Turín, 1993, 176.

juntas para ofrecer una visión alternativa del derecho oficial: desde la jurisprudencia de los intereses a la escuela del derecho libre, de la jurisprudencia sociológica al realismo legal. Con especial énfasis, la misma ruptura tuvo que producirse en Francia, donde Saleilles y Géný (pero también Duguit) habrían hecho una contribución esencial a su transposición, especialmente, en el ámbito del derecho privado.

La narrativa tradicional habla de una contraposición doctrinal organizada en razón a la "instancia social", es decir, la necesidad de adaptar el derecho a las nuevas condiciones sociales. En realidad, no hay duda de que el siglo anterior, especialmente a través de la historia, ya contenía muchos de los elementos que fueron el prelude de la nueva fase.

Asimismo, la misma construcción de la época clásica como una entidad coherente, oculta, ciertamente, la complejidad y las variaciones que existían dentro de ella. Esta etapa aparece en última instancia como una "invención" retórica que permitió alcanzar un importante objetivo estratégico: producir una ruptura aún más significativa que en el pasado⁴⁰.

Sin embargo, no cabe duda de que el final del nuevo siglo es una fuente de gran fervor porque el jurista comienza a comparar sus propias categorías conceptuales con nuevos problemas económicos y sociales a los que la

⁴⁰ Evidentemente, los críticos enfatizan los defectos y al mismo tiempo se olvidan de los diferentes matices y componentes que existían a su interés. ¡Antes Géný y Bonne no había ni siquiera una caracterización de la fase previa en términos de la Escuela de Exégesis, proponiéndose redescubrir sus características en muchos autores precedentes! Según el mismo Bonnacase, la exégesis se desarrolla en tres períodos diferentes que muestran sensibilidad y estilos que no son necesariamente idénticos. El primero (1804-1830) se caracteriza por los primeros comentarios sobre la naturaleza estrictamente textual y literal (Delvincourt). El segundo (1830-1880) comprende a los "grandes comentaristas" más maduros (Duranton, Demolombe, Marcadé, Troplong y Laurent) a los que se suman Aubry y Rau que marcan el abandono del comentario a favor del Tratado. Finalmente, el tercero (1880-1890) incluye el compendio ("Précis"), un modelo que elimina las disputas y busca simplificar, que no solo ofrece las soluciones correctas (Baudry-Lancantinerie), sino también los elementos innovadores (Labbé, Saleilles). En la tercera fase, de hecho, emerge algo diferente que tal vez anticipa la ruptura representada por la escuela "científica" y se acerca a otros caminos críticos como el de la jurisprudencia sociológica de Pound. Igualmente, Gounot reconstruye la autonomía de la voluntad como un sistema coherente en lugar de criticar su debilidad (cfr. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomías de la volonté en droit privé, Contribución a la crítica de l'étude individualisme Jurídico*, París, 1912) igualmente Gaudemet con respecto a las nulidades (E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, París, 1937).

industrialización masiva y el consecuente aumento de una "Cuarto Estado" dieron vida.

Bajo la influencia de una nueva generación, los juristas operan una reversión significativa de los cánones, reconociendo en diversos grados el trabajo del juez ("*law in action*")⁴¹ y sobre todo de quienes lo inspiran (la doctrina), las prácticas normativas ("*Diritto vivente*") que se elaboran continuamente dentro de grupos intermedios (entre el Estado y el individuo)⁴² y las costumbres ampliamente difundidas en el tráfico comercial.

En la nueva perspectiva, la sociedad fue entendida como un conjunto de individuos, esta desplazó al individuo y tomó el centro del sistema interpretativo. Caracterizada por una estructura fuertemente interdependiente, la sociedad necesitaba un derecho diferente, un derecho más flexible y solidario que el anterior⁴³. Un modelo de derecho generado dentro de la sociedad, esto es, un derecho capaz de alcanzar objetivos sociales y de hacer responsables a los sujetos de las consecuencias de sus propias acciones.

El surgimiento de un nuevo paradigma epistemológico inspirado en las ciencias naturales - esto es, la imagen de organismos vivos en continua evolución regida por los objetivos de adaptación al ambiente - debería haber producido un aporte fundamental a la crítica, provocando la renovación de la perspectiva que hasta ahora había dominado el conocimiento jurídico.

Este enfoque permitió reaccionar frente a las degeneraciones de construcciones conceptuales que, cada vez más elaboradas, fueron materializados y

⁴¹ Esto podrá suceder considerando la jurisprudencia como una forma de costumbre o una fuente real del derecho (E. LAMBERT, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, in *Rev. int de l'enseignement*, 1900, 232) o el poder de interpretar los textos de manera diferente sobre la base de las inspiraciones de la conciencia y el derecho comparado para ir "*au-dela du Code civil, maiže par le Code civil*" (R. SALEILLES, Prefacio a F. GÉNY, *Methode d'interprétation y sources en droit privé positif*, París, 1899, o bien ocupar los espacios que dejó libres el legislador mediante un "*libre recherche scientifique*". Véase F. GÉNY, *Methode d'interprétation y sources en droit privé positif*, cit.).

⁴² E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechte*, Berlín, 1913, tr. es. 1, *Fundamentos de Sociología del Derecho*, Milán, 1975.

⁴³ El positivismo sociológico, difundido en la segunda mitad del siglo XIX e inserto en el campo jurídico por Emile Durkheim, formula la reacción crítica ("El punto de partida de cualquier doctrina sobre los fundamentos del derecho debe ser, sin duda, el hombre natural Pero el hombre natural no es el ser aislado y libre de los filósofos del siglo XVIII, sino el individuo prisionero de los lazos de la solidaridad social", véase L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1923, 5.

reproducidas mecánicamente por los intérpretes⁴⁴. El constructivismo conceptual, que inicialmente constituyó una técnica de vanguardia, se había convertido con el tiempo en puramente "imitativa" o "mimética" y ahora planteaba dudas y problemáticas, pero no certezas. Junto con el individualismo que transmitía el conceptualismo, subió al banquillo de los acasuados, el abuso de las construcciones abstractas y las metodologías deductivas de diversa índole, que hacían cada vez más al derecho distante de la realidad⁴⁵.

A través de una crítica rigurosa de los institutos y de los procesos argumentativos, se cuestionó la consistencia y la integridad del sistema⁴⁶. En la versión francesa, el objetivo era "liberar" a los juristas del "*feticisme de la loi écrite et codifiée*" que había dominado la época anterior, llamándolos a justificar abiertamente las diferentes soluciones interpretativas sobre la base de su capacidad para responder a las necesidades sociales, en lugar de refugiarse detrás del razonamiento lógico-deductivo.

El derecho ya no se buscaba en un texto centenario, que pretendía expresar la "razón" o el "derecho natural", sino que tenía que buscarse en sus fuentes reales como necesidades sociales, prácticas y conflicto de intereses.

⁴⁴ Al principio, la dogmática se presentó como una teoría del derecho constructivista, y por esta razón el conceptualismo logró formar una vanguardia a comienzos del siglo diecinueve. La clave del éxito y el recurso a la idea de un principio jurídico – extracto de un técnico de un cierto, capaces de organizarlas en una narrativa coherente y vincularlas con una justificación jurídico y/o política, permitieron la construcción de un sistema. Para los juristas, al principio se trataba de identificar algo científico e histórico, superior a los elementos únicos que constituían el sistema, algo "hipotético" o "provisional" siempre sujeto a verificación y eventual cambio. Para Savigny, la tarea del jurista es extraer el concepto de la casuística y encontrar los principios rectores en el usus pandectarum, el pasaje coorresponde a F. C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), en *La polemica sulla codificazione* (a cargo de Giul. Marini), Nápoles, 1982 a F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), Turín, 1886.

⁴⁵La crítica que algunos de sus exponentes llevaron fue dirigida a la "arbitrariedad" del método conceptual, revelando no solo la posibilidad de construir siempre diferentes sistemas conceptuales, sino también demostrando que la clasificación de un concepto en un género nunca es exclusiva. ya que un concepto también puede pertenecer a muchos otros géneros. De esta manera, trajeron exponencialmente la necesidad de otras consideraciones (de tipo social) para justificar el reacondicionamiento de un concepto al género y, por lo tanto, a esa proposición normativa relativa, dejando a los oponentes sin herramientas para defenderse.

⁴⁶ Sobre la crítica demoledora de las construcciones classicistas. M.C. BELLEAU, "*Les Juristes Inquiets*". Legal classicism and criticism in early twentieth-century France, *en* 1997 Utah L. Rev. 379.

En la misma crítica, sin embargo, todos los demás productos del pensamiento clásico se vieron atrapados por la jurisprudencia de los conceptos elaborados por las corrientes post-savignyanas alemanas al formalismo langdelliano en los Estados Unidos.

La conclusión fue que había muchas más opciones en juego respecto de aquello que el debate jurídico había reconocido previamente y que el objeto materia de dicha discusión - material e ideológico - y sobre el cual se realizaban las opciones aún era significativamente amplio.

VIII. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS JERARQUÍAS CLÁSICAS, HACIA UNA NUEVA ESTÉTICA

Las innovaciones fueron múltiples. La inversión de las perspectivas metodológicas realizadas por el pensamiento social también debería contribuir a la transformación de todo el orden conceptual del pensamiento clásico en todas las áreas del derecho.

Desde esta perspectiva, el derecho ya no es, como en la imagen liberal, un límite frente al poder estatal, necesario para defender la vida individual, sino que se convierte en un instrumento de organización social capaz de limitarla, sometiendo su ejercicio a una serie de necesidades sociales que se consideran prioritarias⁴⁷.

El Estado ya no podía ser considerado como el resultado y el efecto de la libertad privada (a través del contrato social), sino que se convirtió en su origen⁴⁸. Esta inversión de la metáfora determina una situación en la cual la intervención

⁴⁷ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Pichon 1901, 351; E. GOUNOT, *Le prince de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, cit., 23; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1, 1923, pero lo mismo sucede con los demás institutos de derecho privado, como la responsabilidad civil, que ya no pueden considerarse meramente una fuente de obligación entre dos individuos, la teoría de riesgo está fundado en la responsabilidad social de los que actúan R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Rousseau, 1897, 5; L. JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, DH, 1937, Ch. 43 y la propiedad.

⁴⁸ En todo caso, el orden social y político ya no es el producto del contrato social estipulado entre los individuos para asegurar sus derechos naturales e innatos, sino el resultado de demandas objetivas de la vida social. Y el estado ya no es el mero garante de la libertad y los intereses individuales, sino el portador de intereses "superiores" propios del organismo social; en la actualidad, es posible observar a la entidad que puede garantizar formas de racionalización social de la mejor manera posible.

legislativa que anteriormente se había considerada una interferencia a favor la libertad individual fue ampliamente legitimada.

En el contexto de una relación diferente entre lo público y lo privado, el primero ganó el centro de la escena, que en la fase anterior estuvo enteramente ocupado por este último, atrayendo a su esfera (a través de una legislación especial) gran parte de lo que era anteriormente privado. En la segunda fase, el derecho de familia (y de las personas) continúa estando separado del de mercado, pero el recurso a lo "social" en la familia sirve teóricamente para fundamentar los intentos de regularlo en interés de la sociedad⁴⁹.

La instancia social legitimó la búsqueda de la proporción y el equilibrio entre las diferentes partes que componen el organismo, fundamentando principalmente la intervención del Estado en la sociedad y en los programas de "derecho social".

Y el orden jerárquico sobre el cual se estructuraron las instituciones de derecho privado podría, así, ser completamente transformado⁵⁰.

En el campo del derecho privado, la influencia de los objetivos sociales contribuyó a atenuar la regla del principio de la voluntad, justificando sus limitaciones en toda el área que iba del derecho contractual a la propiedad, impidiendo que tales instituciones traicionaran los objetivos sociales por el cual fueron creados y, por lo tanto, resueltos a dañar a la sociedad.

En la misma dirección, se afirma la necesidad de garantizar, junto con la protección de los individuos, el logro de objetivos de carácter general como la protección de la seguridad y la estabilidad del tráfico jurídico, justificando una protección más amplia de las expectativas de terceros de buena fe.

⁴⁹ La regulación, a diferencia de lo que sucede en el mercado, asumirá una coloración mucho más proteccionista, mejorando todas las peculiaridades locales, en lugar de inspirarse en los ideales de libertad e igualdad. En las colonias, la disciplina de la familia ofreció la posibilidad al nacionalismo de oponerse al poder colonial y la degeneración del mundo occidental, reafirmando las características de la tradición y dando vida a una compleja serie de compromisos en los que las posiciones extremadamente avanzadas en la ley del mercado se combinarán con visiones familiares extremadamente tradicionales. Una vez más, se permite regresar a M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

⁵⁰ Esto también permite romper el orden interno a las categorías de derecho privado (en el que el contrato precede a la responsabilidad civil y dentro de él la falta precede a la responsabilidad objetiva) y releer toda una serie de instituciones como la lesión contractual, las contingencias.

En efecto, la teoría de la buena voluntad no solo había demostrado ser problemática en términos de consecuencias sociales, sino que también había demostrado - caso tras caso - ni siquiera ser capaz de mantener sus requisitos de coherencia⁵¹.

Sin embargo, el poder del Estado no está exento de límites, la legitimidad que se reconoce en su intervención varía en grado e intensidad según los enfoques. En efecto, lo "social" está abierto a proyectos de diverso tipo que van desde una versión liberal a una versión más colectivista.

Si, por un lado, lo social fue capaz de promover una visión pluralista, llama la atención sobre el derecho nacido de las instituciones sociales⁵² y contribuye así a limitar el absolutismo estatal; por otro lado, también, podría tomar la dirección diferente, disolviendo el individuo en las instituciones⁵³ o en el grupo, de los cuales el Estado puede convertirse en principal y en otras solo en expresión, subordinándolo a sus propios fines.

IX. LA LEY CIVIL "SOCIAL" ENTRE LA CRÍTICA Y LA RECONSTRUCCIÓN

La sola capacidad de las redes sociales para adaptarse a las diferentes formas de política del derecho fue una preocupación constante⁵⁴, como lo demuestra el

⁵¹ De hecho, la teoría de la voluntad por sí sola no podía dar cuenta de todas las instituciones y desarrollos presentes en el sistema, y que, por lo tanto, era necesario al menos restringirla a un área más restringida.

⁵² Véase G. GURVITCH, V, *idée du social: Notions et système du droit social*, París, 1932.

⁵³ El derecho nacido de las mismas instituciones sociales existía independientemente de las voluntades individuales y más allá de la voluntad del estado y en un plano superior como para imponerse a uno y al otro. La "función social" de Duguit, el "derecho social" de Gurvitch, como de hecho el I-social de los santos romanos, rechazó el autoritarismo y cualquier forma de poder jurídico superior. Sin embargo, en algunas versiones, el énfasis puesto al mismo tiempo en la función reguladora del estado como expresión política de una organización superior (la nación) podría servir para mitigar este perfil, restaurando la primacía de la ley en la constitución de la ley. el estatismo autoritario del fascismo es un ejemplo.

⁵⁴ (No confunda el socialismo legal con la solidaridad o la socialización de la ley. Emblemático las perplejidades de L. JOSSERAND, *Aperçu des tendances actuelles de la théorie des contrats*, en Rev. trim. dr. civ., 1937.1-30 frente al reduccionismo que conduce a una crítica indiscriminada del propietario o del acreedor en abstracto como de todos aquellos que podrían ocupar un puesto de relevancia jurídica o material. En el punto M.C. HERRERA, *Par le droit, au-dela du droit? Sur les origines du socialisme juridique en France, Par le droit, au-dela du droit. Textes sur le socialisme juridique*, París, 2003, 7.

cuidado que a menudo usan los juristas para trazar una línea de demarcación frente a las posibles derivaciones que puede asumir la crítica⁵⁵.

En la versión más moderada de la crítica social, el objetivo de la intervención estatal era asegurar la armonía entre individuos, desigualdad, constitución de la sociedad, para mediar conflictos entre grupos (clases) que estaban en peligro de amenazar la existencia de la misma sociedad, garantizando así la protección de los sujetos más débiles bajo el interés general.

Lo "social" criticaba la idea de que la libertad contractual podía garantizar el logro del bienestar social. En efecto, en la perspectiva "social", se reconoció que el contrato necesitaba algo más que una simple libertad contractual: debido a las condiciones económicas y sociales negativas de las partes que operan en el mercado, los resultados producidos por los acuerdos voluntarios parecían sospechosos.

Ante el "descubrimiento" de la desigualdad del poder contractual, mientras tanto, se hace necesario intervenir para evitar las consecuencias negativas de su ejercicio, permitiendo que las clases bajas tengan acceso al mercado y salvaguarden la armonía social. En resumen, fue necesario restablecer una cierta cantidad de armas entre las partes contratantes: cada sistema debe decidir, en suma, cuánto se puede tolerar la desigualdad para disfrutar de los beneficios del mercado.

⁵⁵ Al igual que la primera, la segunda fase también está abierta a proyectos reconstructivos de diversos signos que van desde la ley católica natural y el cristianismo social (como lo atestiguan las expresiones del deber del individuo hacia el prójimo, la fraternidad, la caridad cristiana) hasta la socialdemocracia y el socialismo hasta al conservadurismo Bismarckiano y luego al fascismo: "la imaginación simbólica podría tener enfoques opuestos: señalar la idea abstracta del estado soberano o fortalecer los cuerpos sociales organizados y también construir la esfera de poder económico del ciudadano privado de acuerdo con aquellos". Sobre el tema U. BRECCIA, *Continuità e Discontinuità*, cit.

Lo mismo sucede con respecto a los otros institutos de derecho privado, como la responsabilidad civil, que ya no se puede considerar una mera fuente de obligación entre dos personas, la teoría del riesgo se basa en la responsabilidad social de quien actúan R. SALEILLES, *Les Accidents du travail et civil liability*, cit., 5; L. JOSSERAND, *Un ordre juridique nouveau*, cit., 43, la crítica de la responsabilidad enfatiza que la teoría del riesgo se habría vuelto contra sí misma, ya que la extensión de la responsabilidad habría llevado a los potenciales responsables a cubrirse de los riesgos a través del contrato de seguro, en lugar de actuar responsablemente, desinteresándose, por otro lado, de asumir la responsabilidad de los daños.

El individuo abstracto que constituía el pueblo homogéneo de Savigny se rompió en una serie de subjetividades concretas ("propietarios" y "campesinos", "empresarios" y "trabajadores" desiguales y desiguales).

Así como se ha hecho referencia, se planteaba la cuestión de la legitimidad del ejercicio del poder contractual, es decir, de los límites y la medida en que es posible explotar en condiciones de negociación "desigual", la condición ventajosa que una parte puede disfrutar frente a la otra. Se plantea así abiertamente, y con esto también se puso en evidencia la naturaleza inevitablemente "política" (en el sentido de simple ingeniería social o de la política del derecho) de las decisiones sobre la problemática en que cada ordenamiento está llamada a tomar una determinada definición⁵⁶.

Se desarrollan problemáticas análogas sobre el tema de la responsabilidad civil, donde la dimensión colectiva se une a la dimensión individual. La solución del problema del sujeto sobre el que "debe recaer el daño", problema que se convierte en más complejo por la multiplicación de las ocasiones de daño propiciado por el crecimiento de la industrialización, y se desplazó hacia la sociedad y el objetivo de su defensa⁵⁷, y respecto de la propiedad, en la cual surgen problemáticas respecto

⁵⁶ En el trasfondo parecen del todo evidentes las influencias de las críticas a la libertad contractual, en sus diversas variantes. Ellas habían puesto en discusión la importancia del mercado y su respectiva reglamentación. Estas pretendían justificar la intervención en la política económica y social por parte del Estado. Dichas críticas buscaban reconducir las relaciones que desarrolla el Estado en el mercado en busca de una igualdad, confiadas a un conjunto de subsistemas de legislación especial o también han puesto en discusión de manera más radical la neutralidad del derecho privado, más bien, evidenciando las indiscutibles características de la forma en que el Estado administra la fuerza y el poder contractual. Así S. DAWSON, *Economic duress and the fair exchange in French and German law*, en 11 *Tulane L. Rev.* (1937), 345 "As welcome fiction is slowly displaced by sober fact, the regime of "freedom" can be visualized as merely another system, more elaborate and more highly organized, for the exercise of economic pressure".

⁵⁷ Aun cuando el *neminem laedere* no está desvinculado del todo de las reglas de composición de los conflictos que se basan en la atribución de derechos (subjetivos), se abre paso a la idea de que el acusado se escapa a la responsabilidad porque los beneficios de la conducta del acusado se consideran superiores a los daños causados (cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations Sources*, París, 1923, III, 226. Reafirma la centralidad de la lesión de un derecho, elemento objetivo que, junto al elemento subjetivo de la culpa, produce un resarcimiento por cualquier *suchdamage*, pero añade un significativo elemento: "sin embargo, determinar los límites de un derecho es una tarea difícil, ya que su extensión varía dependiendo de la persona que está opuesta a las circunstancias en las que se afirmó, también los derechos deben ejercerse en vista de un fin social, "pero ya O. W. HOLMES, *Privilege, Malice and Intent*, en 8 *Harv. L. Rev.*, (1894), 1, el demandado puede escapar a la responsabilidad si el tribunal considera que hay una "causa justa" de su conducta. En estos casos, los beneficios de la conducta del demandado se consideran superiores a los costos causados por el daño).

de su uso egoísta y de las formas en que es posible evitar los excesos, asignándole una función social hecha de límites y obligaciones⁵⁸.

El renacimiento de la propiedad colectiva fue uno de los tópicos sociales clásicos que, de esta manera, contrasta con el modelo individualista de la propiedad romana. Se trató de una alternativa igualmente consolidada en la tradición y resultó importante desde el punto de vista económico-jurídico.

La inversión de las jerarquías realizadas por lo social también permite que las cosas recuperen su importancia con respecto al individuo. Ahora la cosa ya no es el objeto bajo el cual están los poderes incondicionales del individuo y que es instrumental para la realización de sus intereses, sino que se la considera según el rol que puede desempeñar dentro de la organización económica y del Estado.

En esta perspectiva, los bienes y las cosas no pueden limitarse en una visión exclusivamente individualista, sino juegan un papel fundamental en la sociedad. De este modo surge el tema de un nexo necesario entre el interés público y el interés privado en su disciplina que será un "*leit motiv*" de toda renovación.

La inversión de la perspectiva con respecto al pensamiento clásico puede dar lugar a diferentes enfoques que también pueden coexistir: por un lado, una lectura más crítica que destaca el carácter discriminatorio de las instituciones del derecho individualista y burgués, legitimando en diversa medida la introducción de una serie de límites a la iniciativa de los individuos; y, por otro lado, la aparición de una visión diferente que favorece la afirmación de una serie de nuevos esquemas de ordenamiento, que ya no giran en torno a la individual, pero valoran la dimensión objetiva y las características concretas de los fenómenos sociales que regulan, de esta manera, exaltando la funcionalidad de los esquemas jurídicos, con respecto a la organización económica⁵⁹.

⁵⁸ En la perspectiva de Duguit, la propiedad se mantiene, pero debe servir para mantener la interdependencia social (véase DUGUIT, *Les transformations generales*, 158), mientras que se perfila un límite más sutil, que no se concreta en reglas fijas (JOSSERAND, *De l'esprit des droits*, 18 "*relativité des droits*"), con el abuso de la propiedad en la realización práctica no tiene que colisionar con la solidaridad social, pero es difícil de identificar y dio lugar a interminables debates.

⁵⁹ La investidura fáctica de un derecho se vuelve fundamental y da lugar a una recuperación 'social' justificada por el hecho de oponerse a las geometrías del derecho formal. El *Genere* sirve

X. MÁS ALLÁ DEL TEXTO: RUTAS DE LA CRÍTICA A LA "BELLE ÉPOQUE".

La reconducción a la unidad de todo lo nuevo surgido, que parece desprovisto de un "concepto orgánico y directivo", se convierte en la tarea de una nueva generación de juristas⁶⁰.

La metáfora organicista ha tenido una legitimidad científica a través del darwinismo social y ha ganado un nuevo impulso, el movimiento, la vida se vincula al derecho, la idea de un "derecho vivo" se encuentra con frecuencia en las páginas de los autores de esta generación.

El enfoque historicista, como veremos, tiende cada vez en más lugares a encontrarse con la idea de la transformación orgánica del derecho. El derecho está sujeto a las leyes de la evolución que constituyen las leyes de todos los organismos vivos, esto significa cambio o más aún evolución científica. La ciencia del derecho se convierte en ciencia social y se acerca a las ciencias biológicas.

La idea de que no todo el derecho está contenido, sino que una parte de alguna manera había permanecido "latente" en la sociedad tenía que acreditar un cambio metodológico.

La interpretación puede ir más allá de la voluntad del legislador. El texto representa un organismo viviente que tiende a integrarse continuamente con nuevas necesidades, adaptándose a sí mismo. En este ámbito, Saleilles elaborará su "*droit naturel à contenu variable*", capaz de adaptarse a los cambios sociales, a través de los cuales el juez podrá interpretar los textos de manera diferente para ir "*au-delà du Code civil, mais par le code civil*"⁶¹. Y Gény, de manera diferente, alentará al juez a

para desviar la atención del propietario hacia aquellos que conducen económicamente el bien, es decir, el emprendedor (ver FINZI).

⁶⁰ "La cuestión social y casi todo en el código civil". Así E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, en *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947, 262-269.

⁶¹ La existencia de un sistema no tanto como aquel clásico sino cambiante, generado por hechos sociales, que varían y evolucionan; por lo tanto, vinculado a datos sociológicos puros que constituye su base de referencia (R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, en *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, 1904, ID., *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, en *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, 99, sobre la cual se puede ver P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles (1815-1912)*, en *Riv. dir. civ.*, 1993, 39. Con una

ocupar los espacios que dejó el legislador a través del "*libre recherche scientifique*", una búsqueda libre, porque está fuera de toda autoridad científica positiva, ya que sus raíces se encuentran en elementos objetivos⁶².

En comparación con Saleilles, la propuesta de Géný, por lo tanto, no apunta tanto a manipular los textos existentes, sino a llenar los vacíos a través de un fructífero ir y venir entre los "datos" y los "construidos" (los conceptos) para ir "par tail civil, maíz au dela du code civil". Y una reconstrucción rigurosa de la voluntad del legislador, como la que Géný espera, deja muchos vacíos que se pueden llenar de esta manera.

Sobre todo en esta última versión, la nueva visión prometía evitar todas las formas de subjetivismo para lograr una mayor científicidad, una lógica aún más escrupulosa que la de sus predecesores. En resumen, el método aspiraba a un estudio metódico de la empresa, capaz de ofrecer una base objetiva a las decisiones de los jueces.

Por lo tanto, se reconoció que la ley estaba impregnada de opciones políticas, pero la observación científica de los hechos y las consecuencias podían ofrecer una base objetiva (y neutral) sobre la cual fundamentar las decisiones de los jueces⁶³.

En resumen, en ambas versiones, se trataba de revivir la ciencia jurídica, pero lentamente y sin demasiado impacto⁶⁴.

En la mayoría de los casos, los juristas de la segunda etapa, al menos en Europa, no tenían que poner en peligro la coherencia interna del derecho. En efecto, con el advenimiento del social no se pierde la confianza en la posibilidad de

prospettiva diversaM. XI-FARAS, *La Veritas Juris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme*, Droits, 2008, 77.

⁶² P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Géný e la scienza giuridica del Novecento*, en *Quaderni fiorentini*, 1991, 429, P. GROSSI, *Ripensare Géný*, en *Quaderni fiorentini*, 1991.

⁶³ Así se defendieron contra la acusación de subjetivismo, con la cual el justificativo fue asignado erróneamente (ver GNAEUS FLAVIUS, *der Kampf um die Rechtswissenschaft*), revisado a la luz de esta acusación y luego traducido en *La lotta per il diritto*, Milán-Palermo- Nápoles, 1908) pero, solo en caso de una laguna, la solución habría sido confiada a un "derecho libre" siempre en un sentido no subjetivo, sino vinculado al "derecho de la sociedad", interpretando las dinámicas sociales y equilibrando los intereses opuestos siempre en conformado con el "*Rechtsgefühl*" (L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., ID., *Diritto libero en Digesto disc. priv. sez. civ.*, VI, Turín, 1990).

⁶⁴ Entonces, no se contrapone solo al individualismo, sino también al socialismo.

reconstruir un orden. Por un lado, se afirmó la necesidad de una renovación de los códigos que eliminan los defectos sociales⁶⁵ más macroscópicos; de otro lado, se gana la posibilidad de para dar contenido a los nuevos principios, combinando un nuevo núcleo con un enfoque social junto con el anterior de una matriz individualista⁶⁶.

XI. DEL CENTRO A LAS PERIFERIAS, HACIA LA HEGEMONÍA DEL MODELO DE EE. UU.

Como es más que individualismo, lo social, precisamente por su capacidad para adaptarse a las diferentes políticas del derecho, tuvo que tener un éxito considerable. A comienzos del siglo pasado, si bien el "centro" seguía siendo una corriente de pensamiento, en general una minoría, la crítica social, en cambio, tenía una difusión significativa en las "periferias", adquiriendo una dimensión cosmopolita. Impuesto por la autoridad colonial o importado de manera independiente por los eruditos que se formaron en el "centro", en las periferias, lo social encuentra un *humus* particularmente fértil debido a su capacidad de modelar lo jurídico para permitir respuestas más elásticas (capaz de tomar en cuenta las diferencias existentes dentro de las diversas empresas) y de responder mejor con su visión de solidaridad a las características de muchas de las culturas locales⁶⁷.

⁶⁵ La crítica de los códigos como defensa de los intereses burgueses fue compartida por bandos opuestos que convergían en la necesidad de mitigar el individualismo, desde el arabismo de Gierke que defendía la defensa de los "pobres" y defendía la estructura tradicional de la familia y la propiedad (mitigado por el redescubrimiento en el sentido social de la antigua ley germánica) GIERKE, *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlín 1889 y por el socialismo de A. MENER, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Turín, 1894 sobre este ver R. ORRU, *Idealismo e "realismo" nel socialismo giuridico di Menger*, Quaderni 1974-75.

⁶⁶ En Francia, la tensión va desde la idea de un código social que debe reemplazar el código civil, en el que se muestra junto al código burgués de la propiedad, la presencia de un código "social" del trabajo. La legislación social conservaba el carácter de la ley del privilegio, pero también indicaba la necesidad de nuevos principios generales de derecho privado, capaces de refundar un código civil que se consideraba inadecuado. Con la crítica de la parcialidad de un código burgués, cuya naturaleza general demostró ser cada vez más funcional a los intereses de las clases pudientes, sin embargo, no declinaba del todo la aspiración de una renovación que mantuviese el carácter general en las formas renovadas de un código de derecho privado-social", así se apoyase proyectos de reforma e intervención estatal.

⁶⁷ D. KENNEDY, *Three globalizations of Law and Legal Thought*, cit. En el caso del Lejano Oriente, lo social es el canal que permite la recuperación de las formas jurídicas de la tradición y los derechos consuetudinarios, en la ley islámica A. SHALAKANY, *Sanhuri: The Historical Origins of*

De la "instancia social" la "periferia" tuvo entonces que apropiarse para volver a trabajarla, de una manera significativa. Y a menudo, precisamente para ejercer una forma de "resistencia" con respecto al derecho metropolitano de los colonizadores⁶⁸.

En los Estados Unidos, que se debe enfatizar que en esta etapa, aún constituyen una "periferia", la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound y Benjamin Cardozo puede considerarse como una hibridación hecha y derecha producida por la recepción de lo social⁶⁹. Aunque, ciertamente, Holmes⁷⁰, incluso antes que los europeos, había allanado el camino para la crítica, introduciendo consideraciones de "*justice and policy*" en el razonamiento jurídico y la inevitabilidad para los jueces, en sus decisiones, de llegar a un equilibrio entre los intereses en conflicto.

De nuevo en este espacio, la crítica parece seguir una dirección diferente: mientras que en Europa se mueve principalmente sobre la base de las fuentes del derecho, reivindicando un rol más relevante para la jurisprudencia; en los Estados Unidos, la crítica se expresará sobre todo mediante un ataque a la lógica y a la coherencia interna de la teoría clásica (individualista), reivindicando un método capaz de moverse independientemente del conceptualismo para alcanzar los objetivos de *policy*⁷¹.

Comparative Law in the Arab World, en A. RILES (a cargo de), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Portland, 2001, 152.

⁶⁸ Es significativo cómo ocurre esta operación, recordando tanto la tradición como la modernidad. Lo social, al traducir la interdependencia que caracterizaría a todo periodo un antecedente de la tradición de esos países, acredita a aquellos países como más modernos con respecto al individualismo y el formalismo del pensamiento clásico R. POUND, *The Law as Developed in juristic Thought*, en 30 *Harv. L. Rev.* 201 (1917).

⁶⁹ R. POUND, A Call for a Realistic Jurisprudence, 44 *Harv. L. Rev.* 697 (1931).

⁷⁰ Holmes también tiene primacía al enfatizar la necesidad de abandonar las abstracciones y observar cómo funciona la ley en la sociedad ("el derecho no es lógica, pero tiene experiencia" O.W. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown and Co. 1881, I), considerando el impacto del fenómeno legal en la dinámica social ("el derecho como una profecía de lo que harán los jueces" ver Id., *The Path of the Law*, en 10 *Harv. LR*, (1896 - 1897), 457, 461).

⁷¹ A lo largo de este itinerario se desarrolla la crítica del realismo jurídico. Su principal objetivo no era la crítica global de la ley, no era una teoría escéptica sobre la imposibilidad de vincular a los jueces o la relación entre el derecho y la política, la suya era una crítica conceptual como una denuncia de una brecha entre "*law in the books*" y "*law in action*", la apertura de las reglas y la búsqueda de qué otros factores determinan los resultados de la decisión. En este sentido, se

Por lo tanto, el *common law* de los Estados Unidos gradualmente tiende a divergir del inglés. Presentado como más social y, por lo tanto, mucho más moderno, comienza a ofrecerse como un modelo a ser imitado.

En la "periferia" la crítica social se mantuvo viva hasta hace algunas décadas, constituyendo la base en una de sus posibles versiones para proyectos de reforma poscolonial, a menudo en una simbiosis interesante con interpretaciones más o menos nativas o nacionales de la cultura local⁷².

XII. LA "CUESTIÓN SOCIAL" EN ITALIA: DERECHO, EVOLUCIÓN, "SISTEMA"

En Italia, lo social tomará múltiples facetas, a través de adaptaciones, si no del todo contradictorias, sin duda, un signo de retroceso entre estas. En Italia, como se sabe, lo social después de su afirmación reformista inicial, vinculada al discurso sociológico, adquiere una connotación particular en la experiencia fascista, donde expresa los valores emergentes del marco político del "nuevo orden corporativo", testimonio de la ambigüedad que la idea inevitablemente estaba destinada a llevar consigo⁷³. Lo "social" retomará su vigor entre fines de la década de 1960 y principios de la década de 1970, basándose principalmente en el principio de la igualdad "constitucional" en la Constitución de 1948 y en las intervenciones públicas en la economía.

ubicar en la misma línea de Ehrlich, Fuchs, Isay y del primer Kantorowicz que escribe bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius.

⁷² Ver G. MARINI, *Diritto e Politica. La Costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, en *Polemos*, 1/2010, 31, como en México, donde lo social está asociado a la tradición precolombina o en Egipto, donde está asociado con el derecho islámico (A. Shalakany, *Between Identity and Redistribution: Sanhuri, Genealogy and the Will to Islamic*, *Islamic Law & Soc. J.* 201 (2001) y en África donde está asociado con la "negritud" (J.N. HAZARD, *Negritude, Socialism and the Law*, 65 *Colum. L. Rev.* 5 (1965), 778).

⁷³ En las diferentes variantes, véase también G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, Milano, 1980 (1906), 113 que traza una diferencia entre el enfoque que se mueve desde una premisa biológica evolutiva y el que se desarrolla desde una premisa histórica y entre estos y el socialismo legal P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, en *Pol. dir.*, 1970, 241 que recuerda cómo los rumores de los innovadores mezclaron, equívocamente, los promotores de los conservadores en busca de una fórmula de estabilidad social y ahora orientados hacia un socialismo estatal cauteloso". (248), el nuevo pensamiento fue más sólido en Italia y, por lo tanto, menos necesario fue su recuperación crítica y polémica. Ver los ensayos recogidos en *Quaderni fiorentini*, 3/4, 1974-75. (Véase D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milán, 1970, 347; C. SALVI, *Le immissioni industriali*, Milán, 1979, 147).

En efecto, no hay duda de que el pensamiento sociológico había comenzado hace mucho tiempo en Italia, incluso antes de que los franceses operaran su ruptura, un análisis sobre los "defectos sociales" y una crítica sobre la forma en que se consideraban los códigos y las instituciones de derecho privado eran tratados por la cultura oficial, delineando una "nueva tendencia" o abriendo "nuevos horizontes" al derecho civil⁷⁴.

La "cuestión social", colocada en el centro de las investigaciones, había producido una ansiedad de reforma que encontraría amplio espacio en los sucesivos debates sobre las propuestas de recodificación y luego en intervenciones individuales por obra de la legislación especial. El programa de refundación integral de la sociedad y de sus estructuras políticas tendrá que esperar algunas décadas más y encontrará espacio -pero también una reducción significativa solo más tarde con el advenimiento del régimen fascista.

La crítica social ciertamente puede considerarse la figura típica del tiempo. Todos compartieron la idea de ser parte de una transformación más amplia que iba más allá de las singulares disciplinas⁷⁵. De esta forma, la institución social logró traducir en reconstrucciones nacionales precisas, en derecho civil, es decir, problematizando la responsabilidad civil⁷⁶, introduciendo medidas a favor de las

⁷⁴ Después de todo, el mismo Saleilles llega a reconocerlo, en el *Livre du Centenaire* para describir esta ansiedad de la renovación del derecho privado a este

expresión "querida por los italianos", la misma con la que Cavagnari había nombrado algunos de sus libros unos años antes (SALEILLES, op.cit., 114) en referencia a los *Nuovi orizzonti del diritto civile in Rapporto colle istituzioni pupillari*, Milán, 1891).

La propuesta de poner el derecho en relación con la "vida", para vincular el momento histórico de la emanación de la ley con el proceso dinámico de la evolución social, se remonta al menos a Vadala Papale F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialita. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadala Papale*, en *Quaderni fiorentini*, 2010, 583, G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, en *Quaderni fiorentini*, 2011, 781).

⁷⁵ En el trabajo de G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie, Palermo 1890*, e G. VADALÁ PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, en *La scienza del diritto privato*, I, 1893 E. CIMBALI, *La nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Turín, 1895; A. TORTORI, *L'individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, en *La scienza del diritto privato*, III, 1895, 575.

⁷⁶ Ver G. VENEZIAN, *Danno e responsabilita fuori dei contratti (1884-86)*, in *Opere giuridiche*, I, cit., revierte la perspectiva de la responsabilidad civil, despojándola de un modelo de responsabilidad subjetiva, sanción por un comportamiento moralmente reprensible, anclándola en cambio a un sistema objetivo de responsabilidad, como una forma de defensa de la sociedad, confiada a la causalidad (vínculo entre daño y esfera legal del sujeto). Para una solución que presenta la culpa y

clases más débiles en el contrato⁷⁷, y construir una red de protección en torno al contrato, imponer obligaciones incluso sin la mediación de un individuo voluntario y formas de protección de las expectativas de terceros de buena fe⁷⁸. Y al mismo tiempo generó un interés renovado en todas aquellas culturas jurídicas que privilegiaron, en su tradición, la dimensión fáctica y colectiva.

En todo caso, de la crítica dejó intacta la dimensión intermedia de la construcción del sistema⁷⁹. El sistema se consideraba incompleto e imperfecto, pero siempre evolucionando y, por lo tanto, susceptible de reconstrucción. Los juristas siempre podían reconstruir sus elementos internos para mantener intacta la armonía y el vínculo con la estructura social⁸⁰. La elasticidad del sistema también permite, si es necesario, mover sus fronteras ligeramente hacia atrás para dar cabida a una nueva legislación social, capaz de ofrecer una respuesta más adecuada a los defectos más obvios del viejo formalismo.

la responsabilidad objetiva en el mismo nivel ver COVIELLO, *La responsabilita senza colpa*, en *RISG*, 1897.

⁷⁷ Véase E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1947. Con los comercialistas (C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, *Monitore Trib.* 1899, y ID., *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* en *Ann. della R. Università Roma* a.a. 1902/03, P. SRAFFA, *La lotta commerciale*, en *La Scienza del diritto privato*, II, 1894) el "espíritu social" tiene características más definidas, lo que resulta en la protección de los intereses de los consumidores, depositantes, tenedores de pólizas, los trabajadores, la cooperación antes de que el poder económico de la empresa y los distribuidores y frente a la supresión posterior de cualquier verdadera libertad contrato en nombre de la libertad de convenciones. La codificación se convirtió en un elemento de resistencia a los abusos de las grandes fuerzas económicas, capaces de incorporar grandes instituciones sociales o moldeables para el uso social, como la cooperación y la aseguración.

⁷⁸ La atención a la seguridad y la estabilidad del tráfico jurídico impulsó la recuperación de la situación jurídica de los hechos, realmente presentes en la sociedad, a los que no se les daría protección G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, *Opere giuridiche*, I, cit. con referencias al *Gewere* de la ley consuetudinaria alemana.

⁷⁹ Ver V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, *Camerino* 1885. Recoge, precisamente, las diferentes formas que la referencia al sistema puede asumir entre nosotros F. TREGGIARI, *Questione del metodo e interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*

⁸⁰ Para Cimbali, el sistema es útil como punto de partida para una nueva legislación, pero el ingenio italiano debe encontrar los medios correctos entre el crudo mecanismo francés, el empirismo de su legislación y el organismo abstracto alemán, que requiere abarcar todo con sus excesos especulativos, terminan teniendo poco o ningún contenido". Este nuevo método fue el enlace o la correlación orgánica de las singulares instituciones jurídicas" (El estudio del derecho civil en los Estados modernos). Y luego Vivante aún subrayó que hay dos tipos de construcción dogmática, una mecánica y otra orgánica. Esta última, a pesar de orientarse con la ley, considera "la estructura técnica y económica de cada instituto como la base principal de su estructura jurídica". La promulgación de la ley no es más que el sello formal de los resultados ya obtenidos con la observación sistemática de los hechos.

Por lo tanto, a través de la adopción de una idea particular de sistema, se realiza la ampliación del organismo normativo por parte de la ciencia jurídica. En la semiperiferia de Italia, el papel y la fuerza de los principios vivificantes fueron fértiles. Estuvieron presentes en los textos en sí mismos, eran capaces de dar soluciones legales a la máxima amplitud posible.

La continuidad entre las dos épocas, creadas en el espacio italiano, permite dar cabida a ideas de solidaridad sin renunciar a la unidad del derecho común civilístico⁸¹.

Además, en el contexto de una visión orgánica del derecho, es normal que se otorgue preferencia a las formas de adaptación gradual, realizadas desde dentro, por parte de la ciencia jurídica⁸². En la competencia entre las diferentes élites, la ciencia jurídica puede así redefinir sus relaciones con el político (legislación) y con los jueces (jurisprudencia), afirmando su superioridad⁸³.

Sin embargo, es evidente que la elaboración científica del sistema, al tiempo que permite adaptar el derecho a las transformaciones en curso, también abrirá el camino a la subsiguiente reafirmación de la coherencia y la autonomía de la ciencia jurídica⁸⁴.

⁸¹ El debate sobre la responsabilidad por accidentes de trabajo, iniciado a fines del siglo XIX, ofrece una síntesis perfecta: la resistencia de los principios de responsabilidad basados en la culpa llevan a articular las posibles soluciones en términos de derecho procesal mediante la inversión de carga sobre la prueba o el derecho público con la introducción del seguro obligatorio. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milán, 1991, 163.

⁸² El poder político no puede disponer de la ley contenida en el código, la legislación especial y excepcional, las condiciones sociales no permiten la introducción de una pluralidad de regímenes jurídicos: "intervención especial puede resolver la injusticia del caso concreto, pero crea fragmentación, impide pensar en instituciones jurídicas unitarias, destruye el derecho y el papel del jurista, poniendo en peligro la correspondencia entre lo jurídico y lo social en una demanda incesante de "cobertura" para casos nuevos; vestidos hechos a medida de un solo modelo y fáciles de desgastar, inútiles en situaciones nuevas "(ver G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit.).

⁸³ Poco a poco la intervención del legislador dejará de ser excepcional para convertirse en "una carta de un mosaico en el proceso de composición, que combinada con otras piezas, y capaz de revelar un nuevo paisaje" (F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, Roma, 1913, XII).

⁸⁴ Fundado en la observación científica de los fenómenos y en la búsqueda de sus conexiones para identificar las leyes que rigen el nuevo método mientras el sistema legal sigue siendo real. Esto plantea, al mismo tiempo, las condiciones para una redefinición de sus instrumentos ("los conceptos se vuelven proyecciones teóricas de un orden real "ver M. BRUTTI,

Al mismo tiempo, la capacidad del modelo para mantener en pie la idea savignyana, esto es, de un derecho que se desarrolla en la sociedad por obra de la ciencia jurídica que el legislador debe reconocer simplemente en sus leyes, tiende a convertirse en la figura de una tradición italiana que podrá prevalecer, al menos en algunas partes del mundo, en relación con el legalismo derecho francés y frente a la abstracción de la escuela alemana⁸⁵.

XIII. LA AMBIGÜEDAD DE LO SOCIAL: HACIA EL "NUEVO ORDEN CORPORATIVO"

Sin embargo, con el fascismo lo "social" adquiere un matiz particular. No hay duda de que la necesidad de renovación, promovida por el pensamiento social, constituyó una preocupación general que se extiende rápidamente "en todos los países civilizados". Dichas iniciativas se tradujeron en todas partes bajo nuevas formas jurídicas de gobierno de la iniciativa de los privados. Estas fueron necesarias para responder a las cambiantes condiciones de desarrollo económico. Este requisito que ciertamente no es el resultado exclusivo del fascismo (y en Italia no necesariamente se identifica con este, aunque sin embargo también conoce diferentes matices dentro de él⁸⁶), aunque con este asume un matiz original de forma decididamente autoritaria.

Vittorio Scialoja, cit., 589, R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1963, "a menudo se asume un resultado de la ciencia (...) como un hecho ofrecido por la realidad").

⁸⁵ Desde una perspectiva italiana, la legislación en sí misma no se considera un producto del legislador, sino un trabajo gradual de sedimentación, hasta que alcanza el derecho romano con el cual no se da solución de continuidad. No solo el código es tan continuo, sino que a través de la identificación de principios generales también es posible llegar a una contraposición menos rígida entre la ley y la jurisprudencia (A. SPINOSA, "L'economia dei codici moderni". *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, Quaderni 2011, 711).

⁸⁶ En el fascismo hay varias tendencias que se mueven desde la idea de desarrollo y desde su inicio hasta su ruptura con el liberalismo. Sobre el tema ver P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti fra codificazione civile e regime* en *Quaderni fiorentini*, 28, 1999, 175 ss.; A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt a.M., 2005, 23, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milán, 1990, P. COSTA, *La codificazione fascista, osservazioni in margine ad un testo di Sergio Panunzio*, en *Diritto privato*, 2006, 569.

Un modelo cuyos promotores pensaron que podría proponerse, una vez afirmado en Italia, como un ejemplo de un "nuevo orden" incluso más allá de las fronteras europeas.

En efecto, en la alternativa italiana, la propiedad y la iniciativa económica individual deben salvaguardarse, pero están unidas por objetivos externos que trascienden a ellas: las necesidades fundamentales de la economía nacional y del orden corporativo. La autonomía y la utilidad social marcan los límites dentro de los cuales pueden tener lugar las actividades privadas. Y el orden jurídico gradualmente comienza a equiparse con una serie de instrumentos que le permiten al gobierno de estas actividades hacerse cada vez más perenne.

En verdad, la exigencia de una reorganización general del derecho privado a la luz de la necesaria presencia de la intervención del Estado fue un tema que ya se sentía fuertemente al menos a partir de la "legislación del periodo de la guerra". Diversos autores aceptan no considerarla meramente como el producto de una contingencia excepcional, sino la expresión de la nueva sensibilidad de que lo social había madurado. En efecto, dentro de ella, los autores más sensibles no dejaron de captar la presencia de esos nuevos temas inspirados en lo social como la superación del individualismo y la presencia cada vez más generalizada del derecho público en el derecho privado con toda la parafernalia necesaria para garantizar la protección de ciertos estratos débiles y proporcionar a la propiedad e iniciativa privada de una red de obligaciones y de límites para garantizar la realización de los objetivos sociales⁸⁷.

Una gran parte de estas innovaciones estará presente en la legislación colonial. Por demás, ahí donde existen de manera más extendida las "opresiones" es mucho más fácil decir aquello que en Italia todavía muchos pretenden negar.

⁸⁷ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), en *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 337, pero también F. FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace, Scritti giuridici* II. Sobre el rol clave de Vassalli en diversas formas G.B. FERRI, *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, en *Diritto privato*, 1996, 593 e SALVI, *La giusprivatistica*, cit., 254.

En el camino hacia su afirmación definitiva, una parte de la ciencia jurídica italiana le contrapone la primacía del código civil, pero no niega la necesidad de su renovación.

La oportunidad para una confrontación se ofrece de manera inmediata por la discusión sobre el proyecto italo-francés y sobre el modelo que propone: una actualización moderadamente social de la disciplina codicística en materia de las obligaciones y los contratos⁸⁸.

Si bien el Proyecto mantiene la importancia de la voluntad individual, aún reconoce la necesidad de una serie de límites que graven sus posibles expresiones, reduciendo así sus excesos. Límites que se configuran de manera elástica, cuya realización con el objetivo de lograr un mejor equilibrio con las necesidades sociales se queda confiada a la acción judicial⁸⁹. Son, precisamente, las incógnitas y las oscilaciones que se deducen de la apertura del modelo, consideradas excesivas, para ser objeto de las mayores variabilidades.

El carácter excesivamente francés de la obra y el distanciamiento excesivo de la tradición del derecho italiano constituyen las armas retóricas de la confrontación. Evidentemente, el verdadero objetivo es la superación del paradigma liberal realizado en una dirección decididamente no deseada⁹⁰.

Así, se reproduce una confrontación típica en la esfera del social, la que se da entre una postura más moderado, que no renuncia a una inspiración liberal, y otra más audaz, que también se abre al colectivismo en diferentes áreas geográficas.

Según esta última, es necesario una reconsideración completa de la relación entre los poderes privados y el ordenamiento jurídico, acompañado además de una

⁸⁸ G. ALPA, G. CHIODI, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milán, 2007.

⁸⁹ El Art. 22 que introduce una acción general de lesión que conduce a la cancelación de todos los contratos desproporcionados en los que "según las circunstancias, se debe suponer que su consentimiento no ha sido lo suficientemente libre" y el art. 74 que conduce a una indemnización por todos los daños causados "al exceder, en el ejercicio de su derecho, los límites establecidos para la buena fe y para el propósito por el cual se reconoció el derecho". Aunque los parámetros evaluativos giran en torno al dogma de la voluntad, que sigue siendo central (M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit.), son cuestionados los límites que determinan y circunscriben su alcance.

⁹⁰ E. BETTI, *Il progetto di un codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti*, en *Riv. dir. comm.*, 1929, 665, replica M. D'Amelio y luego V. Scialoja, y G. DE RUGGIERO, *Il progetto del codice, Studi in onore di Alfredo Ascoli*.

profunda reelaboración de las categorías civilísticas a la luz de las finalidades públicas y sociales⁹¹.

En Italia, más bien, se exige al derecho en vez de asegurar, tutelar y fortalecer aquellas actividades privadas que pueden considerarse socialmente productivas.

Reestructurado de acuerdo con la nueva visión política, el derecho privado debe convertirse tanto en anti individualista como heterónimo. De esta forma, el derecho debe poder, estar en capacidad, reflejar la pura normalidad económica o alejarse de esta, y ahí donde sea necesario intervenir más incisivamente, orientarla y plasmarla.

No se trata de desarrollar instituciones de derecho privado para reflejar mejor las necesidades sociales y lograr un mejor equilibrio social; más bien, se trata de configurar las categorías civiles dentro de un sistema de dirección que puede canalizar la realidad económica en un sentido específico. En este marco, es crucial que el Estado tenga mecanismos para garantizar el control de las actividades privadas, especialmente las actividades empresariales, y que responsabilice a los individuos por la forma en que se utilizan los bienes y los recursos⁹².

Con respecto al objetivo de reducir las desigualdades del liberalismo democrático, la lógica del fascismo es por lo tanto diferente: mantiene firmemente la lógica propietaria, pero antepone el interés público, como un límite externo a la iniciativa privada que sigue siendo "el instrumento" más efectivo y más utilidad en interés de la nación"⁹³.

⁹¹ El proyecto conjunto del fascismo refleja un modelo en el que el poder estatal elimina progresivamente los conflictos de clase, reemplazando el pluralismo de las partes con una reorganización en el sentido jerárquico de la sociedad para garantizar toda la productividad de la que era capaz una comunidad.

En la perspectiva neo-realista, el papel de la ciencia legal (y de la doctrina) tiende a reducirse. La crítica neo-realista, tomando el "dato", la conexión con el mundo empírico y el resultado positivista del pensamiento sistemático.

⁹² Sin embargo, en algunos matices, también emerge la idea de superar la misma ley privada S. PANUNZIO, *Il problema dei codici ed i limiti della codificazione*, en *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milán, 1943, 30 ss.

⁹³ La vía italiana se propone preservar tanto el beneficio como la acumulación privada de capital como una alternativa tanto al liberalismo como al colectivismo. El liberalismo democrático fue el objetivo por eliminar. A quienes reducen las diferencias sociales se les acusa de producir una nivelación social excesiva que no es funcional a los objetivos económicos del régimen, al objetivo del fascismo y el uso del capitalismo, manteniendo firme la iniciativa individual enjaulada en las

Y la producción, cuando pone en juego el bienestar de la nación, por lo tanto, lleva a "instancia social" y a la necesidad de poner límites, en su nombre, a las actividades de los privados.

Ahora, en la nueva perspectiva social, la presencia necesaria del interés público junto con el interés individual en la disciplina del disfrute de las cosas autoriza una consideración diferente y más compleja de las relaciones entre los individuos y las cosas⁹⁴.

No es la cosa estáticamente considerada como un objeto del poder absoluto del individuo, sino la cosa incluida en el proceso de producción y, por lo tanto, más precisamente el complejo de cosas, realizado en la "pluralidades vinculadas" en la que las personas, cosas y servicios se funden en el fenómeno organizacional para la búsqueda de un interés común que el derecho debe regular para asegurar una mejor producción⁹⁵.

En resumen, la cuestión de la pertenencia del bien pierde importancia frente al problema de la gestión de la producción, la condición del propietario frente a la del productor⁹⁶.

Esto también nos permite comprender cómo el conflicto sobre el código de ítalo- francés no se refirió a la posibilidad de limitar la voluntad ni las actividades de los individuos, sino la calidad de los límites.

necesidades de la solidaridad social, separándose así del nazismo y su lógica de la comunión de intereses en vista de la aniquilación del individuo en una comunidad orgánica cf. A. SOMMA, *L'asse culturale*, cit., 197. Otras declinaciones en A. SOMMA, *I giuristi francesi e il diritto della "grande trasformazione"*, en AA.VV., *Le droit sous Vichy*, Frankfurt-am-Main, 2006, 437 ss.

⁹⁴ La dimensión colectiva del fenómeno (del disfrute de las cosas) realizado dentro de los grupos ya había sido analizada en G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (1888), en *Opere giuridiche*, II, Roma, 1930.

⁹⁵ Mirando "bajo el perfil de las cosas" (ver FINZI, Derecho de propiedad y disciplina de producción), el sistema puede recuperar las diferentes realidades estructurales y funcionales de las cosas, considerándolas por la forma en que se insertan en el territorio y en la sociedad, es posible dar vida a una serie de diferentes estatutos de bienes. Como es sabido, esta línea de pensamiento será desarrollada por PUGLIATTI, la propiedad y las propiedades.

⁹⁶ El propósito de la organización es vincular los activos en la empresa y se vuelve central, en la empresa los elementos patrimoniales, estos se unifican en el plan económico funcional y se coordinan para un propósito común. En ese contexto, el empresario no es tanto propietario de la empresa, sino el gerente que realiza una función y, como tal, está investido de deberes y derechos.

XIV. SOBRE LOS "GÉRMINES DE UN NUEVO DERECHO"

Junto con la revisión de las categorías tradicionales, a la larga, la renovación también produce una reasignación más completa del código sobre el terreno de las fuentes. Un terreno que ahora parece mucho más rico y complejo que aquel diseñado por el pensamiento clásico.

En el contexto de una nueva relación entre lo público y lo privado, la sociedad está vinculada a una legislación especial que ya no se puede considerar residual, sino que se coloca en el mismo plano y se integra regularmente, lo que contribuye a diseñar la fisonomía de los particulares institutos, que están abiertos a la intervención heterónoma como lo atestiguan entre otros, los mecanismos garantizados por la combinación del art. 1339 c.c. y 1419, 2 c. y por el art. 1374 c.c.⁹⁷.

A pesar de que los criterios elásticos para evaluar el comportamiento de los particulares, tales como la buena fe y la *correttezza* siguen abiertos a la importancia que llegue a desarrollar el interés general y a su posible redefinición a la luz de los cambios políticos y sociales; sin embargo, de manera simultánea, son confiados a la actividad judicial.

En suma, el código se ubica en una jerarquía que ahora se ve en su vértice "principios generales del derecho", que no son una simple síntesis del material normativo existente, sino que al igual que el pensamiento social quería algo más y diferente en torno a los cuáles es posible reorganizar las singulares normas para vincular el derecho civil con los objetivos perseguidos por el Estado⁹⁸.

⁹⁷ No hay duda de que el fascismo construya su modelo organizativo bajo la primacía de la ley con respecto a la iniciativa de los particulares. Y en este sentido, se pueden explicar fenómenos como la reorganización de disciplinas como el abuso de la ley y el mismo daño contractual a favor de la regulación legal de las relaciones de propiedad y contractuales. "El derecho, en efecto, se inserta en el cuerpo mismo del código. y en la referencia al sistema jurídico como un canon de evaluación de los poderes del propietario, de la idoneidad del hecho para producir la obligación, del ámbito reservado para la propiedad privada "(ver C. SALVI, *La giusprivatistica*, cit., 268).

⁹⁸Se conoce el largo debate sobre el valor normativo de las declaraciones de la *carta del lavoro*, que al final se considerarán principios generales del sistema legal del estado y, por lo tanto, "criterios de interpretación de las leyes vigentes".

Nada mejor que las nuevas teorías de Emilio Betti: desde el negocio jurídico⁹⁹ a la causa¹⁰⁰ y la valoración de las cláusulas generales¹⁰¹ expresa este vínculo. Un proyecto Bettiano que no dejará de encontrar una mayor legitimidad en una continuidad renovada con la tradición romana (obviamente entendida de una manera diferente del modo en que el pensamiento clásico y el ala más liberal lo entendieron¹⁰²) y el espíritu nacional¹⁰³.

En el nuevo negocio jurídico emerge todo el valor social asignado a la regulación de los intereses privados, a la que se vinculaba la realización de intereses "generales" como la protección de la confianza y la seguridad de la circulación jurídica.

Al mismo tiempo, el proyecto Bettiano, mientras desarrolla las nuevas categorías dogmáticas capaces de aceptar la intervención pública, ejerce una resistencia con respecto al intento del fascismo de restablecer la superioridad de la

⁹⁹La orientación en un sentido antindividualista se realiza en la imposición de límites y cargas a la expresión de la autonomía privada que debe promover funciones determinadas por la ley. Para un resumen significativo ver E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, en AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, 321.

¹⁰⁰A las reglas clásicas de la causa, heredadas de la tradición francesa, la relectura bettiana contrasta el paradigma romano, como modelo abstracto, junto a los negocios típicos referidos producen efectos solo los negocios cuyos objetivos responden a funciones económico-sociales previstas por la ley o que sin embargo, encuentran una correspondencia en "la conciencia social, la economía nacional y el orden público", de la cual el orden corporativo es una parte integral.

¹⁰¹En las relaciones individuales, una serie de criterios (protección del crédito, deber de corrección y buena fe, deber de solidaridad corporativa) está flanqueada por la regulación normativa para subordinar los derechos individuales a las necesidades de la economía nacional.

¹⁰²En el pensamiento clásico, la legitimidad que proviene del derecho romano está vinculada no solo a la perfección de los modelos, sino a su característica de ley fundada en la libertad individual, Betti recuerda la referencia al pasado, la ley romana no sirve para afirmar la primacía de los valores de esa cultura, pero por "su capacidad de ofrecer materiales que todavía son crudos, pero preciosos ... sobre los cuales se puede ejercer y respetar el poder lógico" dogmático "de las categorías de la nueva civilización, respetando y mejorando la continuidad. de una tradición "(ver A. SCHIAVONE, *L'identità*, cit., 298), invirtiendo así la posición.

¹⁰³En este sentido, Betti reafirma la autonomía de la razón legal basada en la centralidad de la tradición. Para Betti, el principal instrumento para crear una política que esté a la altura de los tiempos y la colocación de valores, los "nuevos" objetivos en la corriente de una continuidad sustancialmente ininterrumpida de procedimientos argumentativos y convicciones metodológicas, tradición y la condición para una concepción y funcionalidad de la jurisprudencia. La idea es controlar la dinámica social a través de la dogmática. Sobre las características de la dogmática bettiana y de sus categorías jurídicas metahistóricas P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, en *Quaderni fiorentini*, 7 (1978), 311, A. SCHIAVONE, *Il "nome" e la "cosa". Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, *ivi*, 293.

política sobre jurisprudencia (tanto teórica como práctica). , tratando de llevar la ciencia jurídica al centro del escenario.

Con la repentina caída del fascismo, todo lo nuevo creado por la codificación del '42 a través de la indistinción entre las categorías privadas y la intervención pública, en la búsqueda de una nueva relación entre la sociedad y el Estado, cayó en la sombra. Reducido a una simple referencia ideológica o a un requisito estrechamente vinculado a las estructuras particulares que se le había dado a ese régimen, en efecto, estaba destinado en ambos casos para eclipsar con él¹⁰⁴.

Será la idea del "excepcionalísimo" del fascismo, considerado como un fenómeno absolutamente extraordinario y pasajero, al que la ciencia jurídica pudo resistir muy bien a través de "una geometría de formas conceptuales unidas en un elaborado sistema" para permitir la supervivencia de la codificación del 42, incluso cuando se purga de sus incrustaciones más propagandísticas¹⁰⁵.

El camino se allana hacia la restauración de la versión clásica del derecho privado¹⁰⁶. Y con ello, por lo tanto, a la edificación de todos los juristas que habían participado en la construcción de esa construcción con el nuevo código, que luego podría aplicarse para la guía de la nueva Italia.

Solo más tarde, en un marco de ideas y valores totalmente modificado, esos "gérmenes de un nuevo derecho" deberán de ser retomados y reanudados, en particular, el tema del impacto en las categorías de derecho privado de la función de gestión y programación asignada a las autoridades públicas¹⁰⁷. Y junto con ellos, una gran parte del arsenal técnico elaborado en ese período.

¹⁰⁴ En esta dirección se ubican aquellos que creen que el formalismo de los juristas sirvió como una pantalla que impide la conformación del código por el fascismo y en su lugar crea una conexión con la tradición liberal anterior en el signo de un papel puramente técnico de la ley privada cf. R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milán, 1960, 246.

¹⁰⁵ Cf. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, en *RISG*, 1950, 49. La discusión y recuperación en M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja*, cit.

¹⁰⁶ Incluso quien resalta la novedad de la codificación, situándose más bien desde el punto de vista funcional, puede afirmar la continuidad entre lo antiguo y lo nuevo *Vassalli, Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, en *RISG* 1947, 76.

¹⁰⁷ P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di una idea*, Bari, 2013.

XV. DECADENCIA Y RENACIMIENTO DE LO SOCIAL: LOS AÑOS SETENTA

La complejidad de la sociedad y la necesidad de llevar a cabo un proceso de transformación en un sentido democrático, de acuerdo con los valores sociales reconocidos en muchas de las nuevas constituciones de la posguerra, condujeron al cierre definitivo de la experiencia del social, de la cual resulta necesario recuperar todas sus potencialidades.

Junto con el intento de restaurar el orden del pensamiento clásico, como un baluarte contra las degeneraciones a las que condujo lo social, en los años inmediatamente posteriores al final de la guerra, comienza un complejo proceso de renovación, tomando diferentes itinerarios.

La presencia en las nuevas constituciones de valores sociales induce así a reanudar ese proceso de relativización de conceptos clásicos, ya en boga desde el comienzo del siglo, con el fin de hacerlos más "aptos para soportar las tensiones a que fueron sometidos por una interpretación". Teleológicamente orientados a la actuación de los nuevos principios¹⁰⁸.

En efecto, el derecho privado siguió estando presente personalidades que, debido a su atención a los datos reales o su oposición frente al formalismo, bien podría caracterizárseles como estudiosos "críticos". Más que un enfoque metodológico común, los mantuvo unidos una sensibilidad común, caracterizada por el rechazo a las abstracciones. En diferentes niveles, todos habían contribuido a mantener viva la crítica de las categorías clásicas, consideradas demasiado generales y rígidas para gobernar las diferentes realidades de los hechos, y sugerir soluciones alternativas¹⁰⁹.

En particular, ahora se trataba de mejorar precisamente la deriva desarrollada en las reglas del derecho privado mediante la elaboración teórica de lo "social". Este hecho ha contribuido a abrir las categorías tradicionales, por un lado, a la intervención del legislador que ahora encuentra su ubicación "natural" dentro de

¹⁰⁸ Por lo tanto, R. NICOLÒ, *Diritto civile*, en Enc. dir., XII, Milán, 1964, 71 que resalta las características particulares del formalismo pugliattiano en el cual el sistema no es estático y cerrado, sino abierto y elástico, siempre en equilibrio dinámico.

¹⁰⁹ Véase en P. GROSSI, *La cultura del civilista*, cit.

ellos y, de otro lado, al juez que podría, de manera igualmente "natural", operar a través de las cláusulas generales, gradualmente la necesaria reconciliación entre la solidaridad social y los valores de la racionalidad económica¹¹⁰.

Las herramientas desarrolladas por lo "social" ahora se usaban en una perspectiva radicalmente diferente a la experiencia corporativa. En efecto, se pusieron en práctica para lograr objetivos redistributivos e igualadores bajo el carácter de los nuevos valores constitucionales de igualdad y solidaridad.

Un rol fundamental desarrolló la inclusión del artículo 3 de la Constitución que, identificando en la eliminación de los obstáculos económico-sociales a la igualdad como uno de los deberes principales de la República, se constituyó en uno de los puntos clave de referencia para dar un significado diferente a lo "nuevo" que lo social había puesto en marcha.

En efecto, a través de estas nuevas aperturas podrían establecerse todas las premisas de un derecho privado del *welfare state*. Un derecho privado capaz de constituir el vínculo principal a través del cual se pueda realizar una redistribución efectiva de los recursos. En esta perspectiva, por lo tanto, el carácter de excepcionalidad del *welfare law* podía ser redimensionado: la regulación estatal ya no constituía más una intervención aislada y, de alguna manera limitada, a un área normalmente bajo la prerrogativa de un orden espontáneo, representado por el derecho privado, cuyas instituciones- del mercado a la familia- surgen de forma previa e independiente del desarrollo de la regulación estatal y cuyas reglas constituyen, por lo tanto, el derecho común.

Siempre en la misma dirección, más adelante, lo social debía de encontrarse con la tradición marxista en el "uso alternativo del derecho"¹¹¹. Con esa, en efecto,

¹¹⁰ La cuestión del contrato es emblemática cuando la competencia entre las fuentes puestas en una posición igual y el principio de buena fe permitieron una amplia facultad de intervención. Ejemplo, cuando es necesario rediseñar todos los derechos y obligaciones de los contratistas para apreciar concretamente las recíprocas posiciones según los principios de la solidaridad social.

¹¹¹ La referencia es AA.VV., *L'uso alternativo del diritto: 1, Scienza giuridica ed analisi marxista. Ortodossia giuridica e pratica politica* (a cargo de P. Barcellona), Bari, 1973. Ahora, el tema está recogido en L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*.

lo "social" entra en una relación compleja que, a causa de la visión antagónica con la que se compromete, a veces se vuelve conflictiva.

Frente a "opciones teóricas diferenciadas", en efecto, la presencia de un principio clave como el de la igualdad sustancial, sancionado por el segundo párrafo del art. 3, tuvo que autorizar tanto la superación de la abstracción de la norma como la recuperación de la dimensión de lo real para llevar a cabo una interpretación funcional de la "emancipación de las clases subordinadas".

Con respecto a estas pautas, el elemento teleológico y la identificación de los intereses que subyacen a las categorías jurídicas representan el punto en común con lo social. Al igual que a fines del siglo XIX, la sociedad y su observación, por un lado, y la reevaluación de las fuentes jurisprudenciales y doctrinales, por el otro, son los elementos claves de la innovación.

Sin embargo, hay una variante significativa: si, por un lado, en la primera versión, la sociedad de cuya observación se deriva soluciones y se la considera en una perspectiva predominantemente estática, como ese complejo de elementos que constituye la "naturaleza de las cosas" para reproducir el equilibrio; por otro lado, en la segunda, la sociedad se toma en cuenta en su perspectiva dinámica, es decir, se la analiza críticamente con referencia a las tensiones, los conflictos de intereses y las "contradicciones" que afectan toda la realidad¹¹².

Una vez más, Italia constituyó un punto de referencia importante, una semiperiferia, que también transmite la difusión de este segundo pensamiento de lo social en todo el sur de Europa y en América Latina¹¹³.

¹¹² A. M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, Bologna, 2012, 317. La atención de la "realidad social" en "clases sociales", la sustitución de "la 'evolución' con 'conflicto'", la denuncia de las 'mentiras' de neutralidad y el descubrimiento de la dimensión ideológica del derecho son todos elementos que contribuyen a transformar el anti-formalismo en una necesidad de ruptura, cuyo significado fue representado por la prefiguración de una alternativa y la posibilidad de una transformación. Dominando y especialmente el tema de la contradicción, pero entendida en la perspectiva ofrecida por la presencia de una estructura profunda "real" y "objetivo" de la sociedad capitalista que se adentra en el sistema legal, y que está en la raíz de todos los conflictos en los que la legislación de "clase" estaba en curso de colisión con "principios incompatibles". Ver P. COSTA, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni settanta*, en *Mat. st. cult. giur.*, 50.

¹¹³ A. M. HESPANHA, op. cit. Para algunos eventos significativos M.G. LOSANO, *La legge e la zappa. Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e Sudamerica*, en *Materiali st. pen. giur.*, 2000, 109.

Por lo tanto, a finales de los años 60, lo social tendrá en diferentes lugares su regreso. Al mismo tiempo, sin embargo, también esos son los años que marcan el comienzo de su transformación radical. Un proceso a través del cual la idea de lo social comenzará a tabularse lentamente dentro de un marco intelectual más complejo que aún caracteriza la era contemporánea. En efecto, hoy en día las adquisiciones del social parecen consolidadas; pero más bien, parecen combinarse, con diferentes modalidades, con aquellas características de la etapa anterior¹¹⁴.

XVI. CRISIS Y DECLIVE DE LO SOCIAL

Es precisamente esta extrema variedad de manifestaciones a través de la cual lo "social" puede presentarse es su inestabilidad, que puede dar lugar a resultados radicalmente diferentes; esta variedad se llevará al banquillo de los acusados.

Inicialmente, esta inestabilidad será acusada, en diferentes partes del mundo, de conducir a resultados trágicos.

Se condenará, en especial, a la visión instrumental, en la cual el derecho es considerada como una simple ingeniería social que es susceptible de ser organizado para la realización de cualquier política. El énfasis puesto en las ciencias sociales, si por un lado justificaba la necesidad de una política de reforma de la sociedad, por otro lado, ponía las elecciones sobre los destinos de la colectividad en manos de científicos sociales o de una política "positiva" o "científica" que a menudo terminaba adquiriendo connotaciones intolerablemente autoritarias.

En su posterior reactivación, a partir de los años 60 en adelante, se acusará a la sociedad por las consecuencias a las que puede conducir una política económica mucho más activista y con una fuerte caracterización redistributiva.

A las complejas problemáticas planteadas en el período de la posguerra ahora se superponen aquellas producidas por la transformación en sentido social del Estado. El aumento constante de sus deberes había causado el crecimiento de un

¹¹⁴ El modelo es el de la sedimentación o estratificación utilizada por D. KENNEDY, *Two Globalization of Law and legal thought*, cit., 631 e ID., *Three globalization of law and legal thought*, en D. TRUBEK, A. SANTOS (a cargo de), *The new law and development: a critical appraisal*, Cambridge, 2006.

gigantesco aparato burocrático para implementarlos. Entonces, por un lado, va ser cuestionado el funcionamiento de un mecanismo que demostró ser demasiado engorroso, costoso e imperfecto para ser considerado realmente socialmente útil. Por consiguiente, nuevas problemáticas están destinadas a ser cuestionadas por las consecuencias de las intervenciones realizadas. Según los observadores, muy a menudo, esto resulta perjudicial para aquellos que, encontrándose en los puestos más bajos de la escala social, deberían haber sido sus beneficiarios¹¹⁵. De otro lado, y más sofisticado aspecto, el blanco de las críticas son las múltiples formas de interferencia ("disciplina") en la esfera privada de los ciudadanos, consideradas inaceptable, ya que producen consecuencias mucho más negativas de la indigencia material que pretendían proteger¹¹⁶.

A todas estas críticas, provenientes desde posiciones opuestas, lo social no sabrá encontrar respuestas convincentes.

XVII. LOS LÍMITES DE LA VISIÓN TELEOLÓGICA, CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES

Sin embargo, existe otro perfil, intrínseco en la visión teleológica del derecho, a la raíz de la renovación, que es interesante poner a la luz. En efecto, desde aquí está destinado a generar una reacción que conduce a un itinerario diferente que aún influye en la época contemporánea.

Si la visión teleológica del derecho se hubiera mostrado inicialmente para reemplazar la estética del pensamiento clásico, el vínculo desarrollado entre el derecho y la sociedad, sin embargo, no se hubiera demostrado, a la larga, capaz de producir resultados verdaderamente convincentes. El hecho relevante era que la sociedad, con su creciente complejidad, no había demostrado ser una referencia capaz de ofrecer una respuesta científicamente sólida¹¹⁷.

¹¹⁵ En este punto ya vemos las reflexiones de Pound sobre los problemas y los resultados obtenidos con los programas sociales: R. POUND, *New Paths of The Law*, Nebraska, 1950, 51.

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Turín, 1976, F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, 1986.

¹¹⁷ Incluso en la perspectiva inspirada por el marxismo, surge la dificultad de correlacionar los eventos producidos en la sociedad con la adopción de una determinada forma jurídica, a los instrumentos jurídicos solo se pueden reservar tareas muy vagas como la de facilitar la

El proceso de interpretación de las reglas partiendo de los fines y de los intereses sociales estaba destinado a ser impreciso, denunciando la extrema dificultad de identificar reglas verdaderamente coherentes y exponiéndose a la crítica de reproducir a su vez una nueva forma de conceptualismo, aunque ahora de tipo social¹¹⁸.

A diferencia de lo que inicialmente pensaban la mayoría de sus promotores, el nuevo método sacó a la luz una pluralidad de fines e intereses, a menudo en conflicto entre sí, lo que dejó espacio para soluciones abiertas.

Dentro de los diversos procedimientos jurídicos, se hizo cada vez más evidente cómo las diferentes soluciones no eran más que el producto de un compromiso entre diferentes intereses sustanciales, cuyo resultado favorece a uno y desfavorece al otro¹¹⁹.

Asimismo, el propio Jhering ya había revelado la existencia de una tensión dentro del derecho entre sustancia (el interés protegido) y forma, en virtud de la cual el interés protegido siempre debe atenerse a los requisitos formales, es decir, aquellas que se derivan de su admisibilidad concreta (la capacidad de ser aplicado de manera simple) a través de formas jurídicas. Y la mejor administración de una regla, en el sentido de aumentar su certeza en su funcionamiento, provoca una mayor imprecisión en la protección del interés sustancial (que termina siendo

previsibilidad o certeza de las relaciones comerciales. ya no es posible encontrar una explicación racional de la relación entre ley y sociedad en la dinámica de los intereses concretos. S. RODOTÁ, *Proprieta ed industria. Variazioni intorno alla responsabilità civile*, en *Pol. dir.*, 1978, 429 ss.; M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e costi sociali dei sistemi di risarcimento*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 721.

¹¹⁸ La opción difiere de la del positivismo sociológico que concibió el derecho como el producto del desarrollo social, del cual pensaron que habían encontrado leyes científicas. En esta perspectiva, la empresa producía su derecho a través de un proceso automático que no implicaba ninguna elección.

¹¹⁹ En la jurisprudencia de intereses existe una clara conciencia de que la regla es el resultado de más vectores, no solo uno. Según Heck, cada ley ofrece la solución a un conflicto de intereses, se origina en un conflicto de intereses y, a su vez, constituye el resultado, incluso si a menudo uno solo puede captar uno que es el que prevalece. Las reglas operan en un mundo lleno de intereses conflictivos y, por lo tanto, cada ley siempre opera a expensas de los intereses de alguien. La palabra intereses puede ser ambigua porque se refiere a dos tipos diferentes: personal e impersonal. Son solo estos, como universalizarles, que pueden entrar en juego P. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tubinga, 1912, donde el juez frente a un conflicto o una brecha debe reproducir el mismo equilibrio de intereses que la ley.

aproximativa por exceso o defecto), mientras que la mayor precisión disminuye, mas bien la certeza.

El mismo conflicto puede remontarse en diversos de los intereses que constituyen las preocupaciones recurrentes del pensamiento social, como la tutela de la confianza o la protección de la seguridad de la circulación jurídica¹²⁰.

Por ejemplo, esto último puede apreciarse según dos perspectivas diferentes: la estática, que es el interés en la seguridad del titular de la situación jurídica, y la dinámica, el interés en la estabilidad de la transferencia de quien la ha adquirido¹²¹. Dos objetivos que están en conflicto entre sí y que requieren una especie de mediación por parte del sistema legal.

Este enfoque tuvo que influir en gran medida en la elaboración de la jurisprudencia sociológica estadounidense. Esto puso de manera expresa la importancia del compromiso entre los intereses, renunciando, sin embargo, durante su camino teórico a trazar una fórmula o un criterio científico que permitiría al juez evitar una elección¹²².

Para responder a las críticas de los predecesores, las reglas de derecho privado se articularon de otra forma: estas buscaron reflejar un delicado equilibrio entre las diversas finalidades de la *policy* destacadas por la crítica y equilibrada con los otros intereses más clásicos para alcanzar compromisos razonables (porque son proporcionales)¹²³.

¹²⁰ La necesidad de proteger a quien ha confiado en la buena fe en las declaraciones de otras personas entra en conflicto con la necesidad de proteger a aquellos que no quieren verse obligados por su propia voluntad.

¹²¹ La protección de la seguridad de circulación legal tiene al menos dos perfiles diferentes: seguridad estática y seguridad dinámica. El primero coincide con el interés de todos los titulares de un derecho de no perderlo contra su voluntad, el segundo y, en cambio, el interés de todos los compradores de un derecho que la situación real adquirida no se pierda con debido a la invalidez de la transferencia. Todas las instituciones de derecho privado requieren elecciones entre estos dos propósitos. Promover la seguridad estática significa alentar a la persona que posee el bien a realizar todas las mejoras e inversiones necesarias para mejorarlo y favorecer la seguridad dinámica, pero más bien fomentar la circulación legal y la asignación de bienes a usos más eficientes. Ver R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit. de nosotros E. Finzi.

¹²² R. POUND, *Introduction to the Philosophy of law*, New Haven, Yale Univ. Press 75-76. K. LLEWELLYN, *A realistic jurisprudence - The next step*, 30 *Col. L. Rev.* (1930), 431. K.N. LLEWELLYN, *Some Realism about Realism - Responding to Dean Pound*, 44 *Har. L. Rev.* 8 (1931) 1222-1264.

¹²³ L. FULLER, *Consideration and form*, 41 *Colum. L. Rev.* 799, (1941). Los objetivos sociales se han convertido en políticas que deben medirse con la otra política de respeto a la autonomía individual, los intereses particulares se han universalizado.

En esta perspectiva, los motivos sociales, típicos de la segunda fase, se transformaron en *policies* y *principles* que tuvieron que equilibrarse con otros elementos más clásicos en conflicto, como la voluntad individual y los singulares derechos. Así como también pueden equilibrarse con los intereses generales a través de decisiones, teniendo en cuenta consideraciones de administrabilidad, es decir, la mayor o menor generalidad que se le debe dar a la regla (como en la recurrente alternativa entre la regla o el estándar), y también consideraciones de competencia institucional, es decir, las oportunidades vinculadas a un mayor o menor activismo judicial¹²⁴.

Transpuesto a nivel global, esto produjo un fenómeno interesante: la desaparición de las preocupaciones sociales del centro de la escena en el derecho estadounidense, lo que nos permitió a los europeos presentar nuestros derechos, en general, como mucho más sensibles a lo social; por otro lado, a diferencia de Europa, era más fácil para los estadounidenses adaptar sus categorías jurídicas a fines sociales¹²⁵.

18. NOTA SOBRE GORLA Y EL MÉTODO EN "EL CONTRATO"

Estábamos diciendo, al principio, sobre una presencia cada vez más significativa en el período de la posguerra de un nuevo enfoque metodológico cuya genealogía se remonta al derecho estadounidense. La experiencia del *common law* no era desconocida para los italianos desde el comienzo del siglo. El pensamiento social, como hemos mencionado, había catalizado la atención en aquellos sistemas

¹²⁴ Las evaluaciones se refieren a la elección entre reglas y estándares de general menor o mayor. El conflicto entre los diversos propósitos ya había sido señalado por Jhering cuando contradecía las reglas que aseguran la certeza entre las partes, el control del juez, pero están sujetas a la imprecisión y los estándares que en cambio aseguran una mayor flexibilidad equitativa, pero son abierto a la discreción, no es suficiente apelar a la administración, porque su exactitud también debe verificarse (pueden ser demasiado inclusivas). Para Demogue, por otro lado, el contraste entre seguridad estática y seguridad dinámica requiere una aclaración de los costos que ambos implican.

¹²⁵ En Europa, la respuesta predominante a las intervenciones sociales ha sido la compartimentalización de intervenciones de este tipo en un ámbito específico, separado del *common law*, que impide la desintegración de la coherencia interna (excepción necesaria para rectificar las consecuencias indeseables desde un punto de vista social).

que, como ese, valoraban el trabajo de la jurisprudencia y la dimensión fáctica. Pero a partir de mediados de los años cincuenta con Gino Gorla, el *common law*, en su versión estadounidense, comienza un proceso de penetración más significativo en Italia.

Definitivamente, Gino Gorla pertenece a ese grupo de juristas, que ya hemos mencionado, unidos por una sensibilidad anti formalista que los lleva a lanzar un ataque contra las abstracciones del derecho clásico.

Aunque no había tenido éxito inmediato, no hay duda de que su monografía sobre el contrato estaba destinada a marcar un punto de inflexión metodológico fundamental en el panorama italiano y a despertar un renovado interés en un mundo que, más allá de la *doctrines* utilizada y de las teorías utilizadas para organizarlo, no se mostró tan distante de lo nuestro¹²⁶.

Las innovaciones introducidas por Gorla no son pocas, partiendo de la estructura original de la obra, dividida en dos libros: el primero dedicado a la reconstrucción histórico-crítica del problema de la eficacia vinculante a las promesas, el segundo constituido más bien de una colección de sentencias significativas, según el método casuístico, típico del modelo de enseñanza anglosajón¹²⁷.

La reelaboración de muchos problemas sociales críticos es evidente. Aunque, en aquellos años, la instancia social que durante tanto tiempo había influido en el pensamiento jurídico ya había comenzado su lento declive, no hay duda de que la crítica social había dejado una marca indeleble.

¹²⁶ Gorla era un profundo conocedor de la ley común que había estudiado durante mucho tiempo, después de haber realizado un viaje de estudio a los Estados Unidos donde habría vivido varias veces, la última para los famosos seminarios de Cornell, en la vida real. bisagra entre los diversos sistemas que fue constituido por Alejandría de Egipto, donde permaneció hasta 1957.

Proyectado en un mundo cosmopolita en el que la crítica, promovido por la escuela moderna en Francia, se había extendido más allá de las fronteras nacionales y se había convertido en un patrimonio ampliamente compartido incluso fuera del océano, donde el realismo legal él propuso como el continuador, aunque de una manera absolutamente original.

¹²⁷ La atención a la jurisprudencia también puede considerarse el reflejo de la necesidad de llamar la atención sobre las decisiones de los jueces como la unión que llena la brecha entre la norma y su aplicación, equilibrando la brecha y los diferentes factores (retóricos, lingüísticos, políticos) de los que utiliza la jurisprudencia, en la continuación de su investigación se convertirá en estudio del "ius" decir "y los procesos de su formación y luego se extendió a la organización del funcionamiento de los tribunales tales MONATERI, *Gino Gorla*, en *Dizionario degli autori italiani*.

Así, la dimensión histórica de los institutos y la importancia del *law in action*, que luego se convierten en los temas principales de su análisis, se retoman y se vuelven contra del modelo lógico-sistemático y de la idea del contrato, basado en el poder de la voluntad, que lo trasmitía. En efecto, a través de este punto de vista, Gorla pudo poner en evidencia el abuso de las deducciones a las que debía recurrir el pensamiento clásico para cumplir con sus presuposiciones de consistencia.

Al mismo tiempo, había otro elemento importante que debía sacarse a la luz: la investigación real de los problemas detrás de las fórmulas de los juristas¹²⁸. Gorla vio claramente cómo, a través de diferentes instrumentos, los derechos continentales y el *common law*, fueron llamados a resolver los mismos problemas análogos.

La respuesta a esta pregunta, sin embargo, ya no podía encontrar a través de la deducción lógica de un principio como el de la voluntad individual, ni en la búsqueda de un propósito inmanente al derecho contractual, como la seguridad de las contrataciones o la utilidad social.

En efecto, ninguno de estos elementos era por sí mismo suficiente para responder a la interrogante que se planteaba Gorla: en qué situaciones el *promisario* desilusionado puede actuar contra la otra parte que no quiere más respetar aquello que ha debido hacer.

La investigación sobre el *case law*, de la que no se puede pasar por alto ninguna comparación seria, en cambio arrojó un panorama más articulado del que surgieron más bien una serie de reglas diferentes, que arbitran un conflicto entre la libertad del promitente para deshacerse de una promesa que se ha vuelto inoportuna y la seguridad de lo prometido, en quien se ha confiado, quiere que se le garantice el respeto.

¹²⁸ Como FULLER (*Consideration and form*, 41 *Col. L. Rev.* (1941), 799) en el S.U. había mirado cuidadosamente la crítica realista sin emoción, por el contrario, reaccionando a los excesos de un método científico para el cual el comportamiento de los jueces era considerado un simple hecho para ser observado y predicho y el ser (la investigación sobre la sociedad) debía ser transformado en tener que ser (categorías legales).

Estas reglas aparecen como el resultado de una serie de compromisos complejos en los cuales una serie de razones de naturaleza sustancial (autonomía, intercambio, confianza) se entrelazan con una serie de razones formales: la necesidad de probar la presencia (*evidentiary*) la ponderación (*cautionary*), la seriedad y la definición (*channelling*) del acuerdo.

Con el fin de asegurarle al promitente la posibilidad de actuar para el cumplimiento de la promesa, estas reglas, en efecto, requirieron un *quid* adicional en comparación con la voluntad del promitente: la presencia de una contraparte realizada o solo prometida por el *promisario* o el hecho de que la promesa se había revestido de una forma solemne o de toda una serie de otros elementos, tales como "la proporción entre los intereses del acreedor y la carga del deudor, la búsqueda de una confianza particular hecha por este primero o el perjuicio sufrido, la moderación, sin embargo, la responsabilidad de quienes prometen gratuitamente, incluso a través de la interpretación favorable para este"¹²⁹.

Proyectada en un conflicto entre la libertad del promitente que quiere deshacerse de la promesa y la seguridad del promitente que quiere que se garantice su custodia, estas reglas pueden considerarse un equilibrio entre estos dos intereses, no desvinculadas por consideraciones más generales que se refieren a los costos de las transacciones y la administración de justicia (a fin de establecer la seguridad jurídica y facilitar la tarea del juez). Consideraciones que no parecen más antitéticas entre sí, sino que compiten¹³⁰: desde una perspectiva que tiene en cuenta todos los intereses y los protege de un sacrificio que no es estrictamente necesario.

Las razones de estas soluciones pueden encontrarse, según Gorla, en una variada gama de motivaciones relacionadas con los intereses del *promisario*, pero también en la necesidad de un orden social para proteger la fe colocada en ciertas promesas. Junto con estos requisitos, Gorla también enfatiza la necesidad de

¹²⁹ La conexión con la lógica medieval del revestimiento del contrato aseguró la solución de la cobertura de la tradición G. GORLA, *Il contratto*, cit., 170, 464. Significativamente antes ya G. VENEZIAN, *La causa del contratto*, en *Opere*, cit.

¹³⁰ Fuller combina la teoría de la voluntad y el principio de "*sanctity of promises*" de Cohen y el principio de la negociación y especialidad de Gardner traduciéndolos en un principio de orden social, D. KENNEDY, *From the Will Theory to Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form* (2000), 100 Col. L. R. 94.

proteger incluso al *promitente*, pero no en el sentido de proteger su interés en obtener un gravamen o una sanción, sino como una protección de su interés (considerado objetivamente) de una naturaleza más general para no contraer restricciones a la ligera, para liberar o aligerar el peso de ciertas promesas.

Debido a la nueva propuesta de una visión del contrato como un conjunto de obligaciones y de la fuerte controversia con Betti, la reconstrucción de Gorla se interpretó principalmente como un retorno a la configuración clásica del contrato en una clave de garantía individual¹³¹. En realidad, la operación de Gorla parece ser mucho más compleja, sus trabajos sobre el contrato son, en efecto, un momento de transición del que vive todo el esfuerzo entre dos épocas: la de lo social que está "en el centro", pero no en Italia, donde tendrá un renacimiento significativo, se abre la conclusión, y la apertura de la tercera fase que, incluso hoy, caracteriza el marco actual, cuyos elementos consisten en una elaboración original de los principales tiempos de las dos épocas que lo precedieron¹³².

Gorla quería eliminar la voluntad individual del pedestal sobre el que la teoría clásica la había colocado para relacionarla con todas las demás consideraciones, tanto formales como sustantivas, que habían surgido en el curso del análisis realizado por el pensamiento social. Asimismo, lo social, que ya estaba en gran parte comprometido por las soluciones corporativas, ya no ocupaba el campo de desarrollo, anulando la teoría de la voluntad, sino que ofrecía solo otro componente de análisis que se tradujo en términos de *policy*. Si, en teoría, pudieran encontrarse en conflicto, en la práctica estos objetivos podrían recomponerse armoniosamente, poniendo el derecho de los contratos en condición de funcionar correctamente.

Este modelo se oponía al de las fases precedentes en las que la solución está dictada por una serie de principios organizados empezando por la voluntad o el propósito que impulsa sistemáticamente un sistema regulador.

¹³¹ Así que el absolutamente compatible E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milán.

¹³² D. KENNEDY, *Three globalizations*, cit.

Lo que se opone a la voluntad individual no es una invasión desde el exterior por la intervención heterónoma del Estado, sino la presencia de otro principio y otras razones dentro del derecho privado.

Aunque no adopta un matiz claramente ideológico, la reconstrucción de Gorla demuestra ser una intervención con un valor político muy fuerte. Gorla, en efecto, al tiempo que criticó la excesiva confianza depositada en el poder de la voluntad y reclamó la apertura del contrato a una serie de *policy judgements*, en el que debe determinar cuándo se debe "intervenir por la fuerza del derecho", con los costos relacionados, como resultado de la falta de cumplimiento de la promesa, pero le dio a su aporte una forma particular: esto es, reconoció que ningún problema podría haber sido resuelto sobre la base de una conceptualización sencilla (clásica) o de evocación de carácter social (objetivo), porque era necesario recurrir a una pluralidad de principios y razones internas al mismo *corpus* del derecho privado. Por lo tanto, mientras que aclaraba que definir el ámbito y el alcance del contrato es el resultado de una elección (y como tal siempre implica una decisión política), también aclaró que, dentro de este, los conflictos creados se refieren solo a principios éticos u objetivos prácticos frente a los cuales nadie puede poner en duda la oportunidad política.

En la medida en que el derecho contractual se pueda reconstruir sobre la base de principios éticos y legales, la necesidad de intervención del legislador también se vuelve menos necesaria¹³³.

Por un lado, a la crítica interna incisiva de las contradicciones de la teoría de la voluntad y la utilidad social, llevada a cabo en la obra de Gorla, y la nueva evidencia atribuida a las evaluaciones de *policy* contenidas en el derecho contractual, corresponde, por otro lado, más bien, la reducción a los márgenes de la mayoría de las preocupaciones distributivas que durante mucho tiempo habían atormentado a los intérpretes en los años precedentes desde el comienzo del siglo¹³⁴.

¹³³ Como tal, se opuso a dos tipos de enfoques, uno según el cual el principio de volición debería ceder a otro principio superior, el de las utilidades sociales, pero también el de acuerdo con el cual debería restringir su alcance a una esfera más reducido, dejando el resto a la intervención de legislación especial.

¹³⁴ Sigue habiendo rastros en la idea de que recurrir a la forma sirve como una función preventiva, protegiendo al colono de transferencias injustificadas, que luego la forma puede

XIX. LA TERCERA FASE: PRINCIPIOS, VALORES Y POLÍTICAS

La crítica de lo "social" tuvo que conducir a una nueva fase de globalización: la tercera, del cual su trabajo es un testimonio muy significativo.

Ahora bien, no hay nada similar a las ideas de individualismo e interdependencia que caracterizaron las fases anteriores, sino una sedimentación compleja de los elementos típicos precedentes de las dos fases anteriores que, ahora, transformadas, coexisten.

Décadas de confrontación han debilitado el pensamiento clásico pero también el pensamiento social. La falta de una estructura arquitectónica capaz de contener la energía y de canalizar la fuerza de los vectores que nos ha permitido identificar, a la larga, lo desacredita porque aparece como un sistema rudimentario desde un punto de vista teórico y poco refinado desde un punto de vista estético¹³⁵.

El contraste parece haberse desvanecido, nadie reclama toda la escena para sí mismo. Por el contrario, pueden estar uno al lado de los otros, considerados ambos como argumentos sustanciales, se han vuelto secundarios respecto del procedimiento, en el sentido de la forma en que se justifican las soluciones alcanzadas.

El marco que caracteriza esta fase se enriquece con un lenguaje ampliamente compartido: el de los derechos humanos. La reproposición de los derechos, no como derechos individuales, ni como derechos sociales, sino como derechos humanos opera en diferentes niveles: se proponen como derechos fundamentales

realmente responder adecuadamente a esta función, pero sigue siendo un problema abierto. Asimismo, en el caso de cambios en el contrato o condonación de la deuda, cuando la idea de vincular a la parte a su compromiso y cuestionamiento debido a la falta de una contraparte o debido a la presencia de cualquier presión que la otra parte pueda ejercer para obtener más.

¹³⁵ Tarde o temprano, debemos rendirnos a la idea de que las formas legales no tienen la elasticidad necesaria (o incluso tienen demasiado) para adaptarse a todos los nuevos equilibrios posibles causados por la recombinación constante de esos intereses, revelando todo el carácter instrumental de las diferentes reconstrucciones. El terreno ahora está listo para dismantelar definitivamente los aparatos metodológicos que se basan en una relación rudimentaria entre la ley y la sociedad. Y eso es precisamente al final de esa década, al final de esa década, por nosotros por el análisis estructural, adoptado por la comparación. Ver el manifiesto en R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 1980.

que se atribuyen a las prerrogativas individuales, los derechos humanos operan más bien como principios o valores, llegando a ser tan relevante virtualmente en cada disputa.

Los derechos humanos constituyen el verdadero símbolo de una idea de derecho que opera sobre una base universal, tanto natural como positiva, de una manera absolutamente análoga a lo que sucedió con el derecho subjetivo, la voluntad o la culpa en el pensamiento clásico.

Los objetivos sociales que habían surgido con fuerza en la segunda fase, alrededor de los cuales se reconstruyeron nuevos sistemas de reglas coherentes con estas, ahora se han convertido en meras *policies*. Junto con los valores y otros principios, entre los que ahora también está la autonomía individual, entran en juego como elementos que deben equilibrarse entre sí. A menudo complementado por consideraciones adicionales sobre la administración de las reglas y la competencia institucional del *decision-maker* que toma las decisiones (en el sentido de un activismo más o menos judicial y ahora también en el sentido de una mayor o menor intervención de las fuentes internacionales) para dar vida a reglas que constituyen compromisos específicos.

El producto debía ser la afirmación definitiva de las técnicas ponderativas originadas en la segunda fase. Un mecanismo que depende de su funcionamiento por completo por la intervención del juez, que juega un papel fundamental, tomando el lugar del profesor de derecho o del científico social que había ejercido una hegemonía indiscutida en las fases anteriores¹³⁶. En lugar de considerar las relaciones del derecho con la moral o del derecho con la sociedad, el pensamiento jurídico contemporáneo se ocupa, principalmente, de las relaciones entre el derecho y la política.

El surgimiento del nuevo método ha llevado a la discusión la autoridad del texto, sacando a la luz las operaciones realizadas por los intérpretes.

¹³⁶ Junto con la redefinición de los sistemas jurídicos más allá de los espacios nacionales, también se afirma una "*global community of courts*", cuyo diálogo se ha convertido en uno de los temas centrales en las recientes discusiones sobre la globalización.

Anteriormente, el texto y los principios se usaban para derivar reglas con las cuales resolver problemas, ahora, la atención parece estar completamente absorbida por los valores y los posibles conflictos que deben ser compuestos entre ellos. Entre los valores y las reglas, las cláusulas generales se vuelven cruciales porque aseguran el vínculo y aparecen en continua expansión: a las ya conocidas por los códigos, las flanquean otras de origen doctrinal o propuestas por la jurisprudencia (constitucional).

Desde este punto de vista, la misma argumentación jurídica parece sufrir un giro igualmente significativo: las afirmaciones científicas hegemónicas de una razón formal y "calculadora" han sido finalmente colocadas en el ático, dejando espacio para un modelo abierto cuyas técnicas no están tan condicionadas por limitaciones sustanciales, sino principalmente de procedimiento. Sus reglas, que adoptan diferentes configuraciones en los diversos contextos que van desde la comunicación intersubjetiva hasta la confrontación dialógica, a la razonabilidad / proporcionalidad, se han convertido en fundamentales.

La argumentación y la profundización retórica de los procedimientos interpretativos se han convertido en la clave para garantizar una legitimación de la intervención del juez y una justificación ética de los resultados que puede lograr. Todo lo demás permanece en el trasfondo.

Su genealogía se puede encontrar fácilmente en el derecho de los Estados Unidos¹³⁷, pero no sin antes reconocer que, todo esto, al mismo tiempo, constituye una reelaboración original del elemento teleológico que ha estado presente durante mucho tiempo en el pensamiento social europeo.

¹³⁷ Según esta postura, la manera más correcta para comprender el derecho es separar la sustancia del procedimiento, el modo en el cual se resuelven las controversias ("*legal process*") es más importante que el contenido, porque su adecuación a la tipología de controversias por resolver y su correcto funcionamiento permiten llegar a tales resultados correctos. La técnica integra a su interior los peligros que conlleva el carácter indeterminado de esta técnica y el juez como legislador. El compromiso a nivel de principios es establecido según su facilidad de administración a nivel práctico y según las consideraciones institucionales (de separación de poderes) que permiten un mayor o menor pasivismo del juez frente al legislador o según las instancias nacionales frente a las internacionales (ver HART-SACKS, *The Legal Process: Basic: Problems in the making and application of Law* (1958), 1994 eds. W. N. ESKRIDGE & P. P. FRICKEY).

XX. PLURALISMO Y "PROSPECTIVISMO": QUÉ IDENTIDADES CUENTAN

Una segunda característica del momento presente parece ser el reconocimiento por parte de cada régimen legal de una cierta cantidad de pluralismo. Esto ya no es en el sentido típico del pensamiento legal clásico de coordinar a los individuos a través de reglas abstractas y universalmente válidas, ni en el pensamiento social de interés para las clases/categorías sociales (y las minorías nacionales) y la distribución necesaria para mantener la armonía social entre ella, sino en el sentido de reconocer y tratar adecuadamente las "diferencias".

El proceso de descomposición del sujeto abstracto, iniciado con lo social, ha permitido el surgimiento de diferentes figuras subjetivas como resultado de la materialidad de las relaciones en que se ubican las relaciones sociales que las caracterizan¹³⁸. Hasta la identidad nacional puede convertirse en una identidad para protegerse contra la uniformidad supranacional. Esto plantea la cuestión de qué identidad considerar relevante para el derecho y en qué contextos asegurar su protección.

La nueva relevancia que asume la identidad rompe la unidad del individuo: cada uno de nosotros, en efecto, puede tener más de una (en el sentido de sus expresiones posibles) y esta también pueden cambiar con el tiempo y entrar en conflicto. Y esto plantea la pregunta de hasta dónde puede llegar esta fragmentación y cuál de ellos debería prevalecer¹³⁹.

¹³⁸ Ahora, la *Carta di Diritti* parece haber completado este proceso, dando lugar a identidades que parecen móviles o precarias, aunque, jurídicamente relevantes (si son objeto de posible discriminación), ya sea, por un lado, que se relacionen con las condiciones materiales y con el cuerpo (nacimiento, edad, características genéticas, sexo, tendencias sexuales) o, por otro lado, por creencias personales (opiniones políticas, sindicales y religiosas). En este punto me gustaría referirme a G. MARINI, *Globalizzazione attraverso i diritti e metamorfosi del diritto comparato*, en G. ALPA, V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.

¹³⁹ Al respecto de debe detallar dos aspectos, uno primero, referido a las consecuencias negativas de la estigmatización de la protección de las identidades excluidas, esto es, de sujetos que pueden ser portadores de estas identidades. Fenómeno conocido como el "dilema de la diferencia". Y de otro lado, uno segundo, los efectos contradictorios que la protección de una identidad de este tipo puede tener. Sobre el punto clásico K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality: Identity, politics and Violence Against Women of Color*, 43 *Stan. L. Rev.* 1241 (1991).

Hay varias maneras en que la identidad puede establecer las bases para invocar reglas o tratamientos legales "más favorables", y hay varios casos en los que es posible reaccionar a la discriminación a través de una serie de remedios.

De esta forma, toda la serie de conceptos y técnicas basados en la idea de identidad/ diferencia se ha generalizado¹⁴⁰.

Así también los diversos tipos de argumentación, a favor o en contra del reconocimiento (reificación, interseccionalidad), tienden a representarse en todos los contextos¹⁴¹.

Los sujetos antagónicos cuyos intereses debían coordinarse de forma que se garantice el interés general se han convertido en "partes débiles" que deben protegerse mediante un régimen de derecho privado que tenga en cuenta esta debilidad y busque mitigarlo mediante la definición de relaciones jurídicas en las que los "fuertes" están llamados a hacer concesiones a los "débiles".

Lo social ha adquirido una connotación predominantemente ética, que tiende a identificarse con la protección de las partes "débiles"¹⁴². Sin embargo, cada vez es

¹⁴⁰ La referencia es, por supuesto, entre otras, la *feminist legal theory* y la *critical race theory* que han resaltado las perspectivas de los excluidos, pero también el hecho de que el derecho está permeado y marcado por la parcialidad y los prejuicios. Sobre el tema M. R. MARELLA, *Le donne*, en *Gli anni '70 del diritto privato*, en L. NIVARRA (a cargo de), *Gli anni '70 del diritto privato* (Atti del Convegno di Palermo, 7-8 luglio 2006), Milán, 2007 341 ss. Para una puesta a punto y una crítica J. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton, Princeton University Press, 2006. Ulteriori informazioni e possibile ricavare da G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001, a pesar de que incluso la traducción al italiano no ayuda.

¹⁴¹ Ver P. SCHLAG, *The aesthetics of American Law*, 115 *Harvard L. Rev.* (2005) 1047 El recurso a este mecanismo está expuesto al riesgo de simplificar aquellas mismas identidades, a fin de oscurecer por completo la complejidad de su formación y la multiplicidad de los posibles pertenencias.

¹⁴² Las partes débiles se identifican como opuestas a las partes fuertes. Al binomio bien probado en las fases previas en que el trabajador se oponía al empleador, al que se agregó, no sin sorpresa, aquel en que el inquilino se oponía al arrendador, los consumidores contra los profesionistas, pero también las mujeres contra los hombres y luego, dependiendo de los diferentes contextos nacionales y las diversas sensibilidades contingentes, las discapacidades mentales en comparación con lo "normal", los discapacitados con respecto a los capaces, los niños en comparación con los adultos y entre estos los ancianos con respecto a los más los jóvenes, los desempleados crónicos frente con los empleados, y con ellos ahora los inmigrantes ilegales frente con los legales y los ciudadanos, incluso los pobres tienden a ser considerados una categoría con respecto a la clase media y los que tienen algo". Se puede considerar como el producto de una mediación operada por la "semiperiferia" italiana. La apertura del agravio de negligencia llevado a cabo por el famoso caso *Donoghue v. Stevenson* no coloca la ley de responsabilidad civil directamente en la trayectoria de la atípica, siempre se ha interpretado como una ampliación

más difícil comprender las consecuencias (distributivas) que tales intervenciones están destinadas a producir.

Sin embargo, este tipo de investigación también ha influido en la argumentación jurídica, tocando sus elementos. En efecto, la nueva sensibilidad induce al jurista a tener en cuenta, cada vez con mayor frecuencia, las perspectivas desde las cuales es posible examinar los problemas y encontrar soluciones que sean consideradas adecuados y consistentes con respecto a aquellas que se consideran correctas y necesarias, teniendo en cuenta las diferentes situaciones. Para el análisis jurídico esto significa una complejidad considerable del marco de referencia, cuyos contornos se han vuelto móviles y están destinados a cambiar de acuerdo con el punto de vista que se puede asumir legítimamente.

Una vez que el contexto, perspectiva o posición del autor u observador cambia, también puede cambiar la forma en que se considera la solución. Por lo tanto, la identidad se convierte en el lugar crucial del conflicto y la investigación legal.

En el pensamiento clásico el derecho se presentaba (estática) como un campo que debe ser mapeado y organizado en un orden jerárquico, del cual es necesario preservar los confines. Por el contrario, en el pensamiento social, el derecho era reformulado (dinámicamente) sobre la imagen de la energía del flujo y del movimiento, la tarea del jurista resulta gobernar los vectores (principios, valores, políticas) que emiten la energía, dando a todos un peso y una grandeza y equilibrándolos entre ellos. Era posible ver que la interpretación de las normas o precedentes se contraía o se ampliaba de acuerdo con los principios y valores a los que se sometía la atracción gravitacional o con la cual estaba en curso de colisión.

Ahora la fuerza de los vectores en el campo cambia, sin embargo, dependiendo del punto de vista desde el que se observa. Esto significa que la elección del contexto, la perspectiva o la posición afecta la corrección de la solución. En este contexto, se trata de identificar quiénes son los interlocutores

progresiva de los diferentes deberes que establecen la responsabilidad, dejando reglas más restrictivas para las lesiones puramente económicas y para los denominados daños psíquicos.

legítimos, dónde están y qué temas pueden utilizar. Algunas perspectivas o posiciones parecen más apropiadas o coherentes que otras.

La pregunta se ha convertido así: ¿cuál o cuáles de estas perspectivas son legítimas?

Además, la evaluación del impacto (distributivo) de las soluciones a las que uno puede llegar, por lo tanto, puede variar según la perspectiva elegida. Entonces, los resultados que se pueden considerar adquiridos si miras desde cierta posición pueden desaparecer cuando se mira desde un ángulo visual diferente.

XXI. EL CONFLICTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

No hay duda de que, hoy, la evolución de muchas de nuestras instituciones lleva la marca de este modelo, comenzando por la responsabilidad civil.

En Italia, la afirmación de lo que se puede definir como el modelo alemán de responsabilidad civil, que es un sistema basado en la calidad, que había conquistado progresivamente un área muy grande, imponiéndose en Francia, cuyo código es bien sabido que prevé una situación atípica, hasta el punto de conquistar todo el *common law*¹⁴³ que hace tiempo se ha detenido.

A partir de los años 60, con los estudios de Sacco y Schlesinger y luego de Trimarchi y Rodota, de hecho hubo una redefinición progresiva del límite impuesto por la codificación del '42.

Una relectura que, al ubicar la interpretación de los textos en un segundo plano y valorar la jurisprudencia y sobre todo la función del instituto, podría aparentemente considerarse un retorno a un modelo más abierto como el del código francés¹⁴⁴.

En realidad, estos desarrollos parecen apuntar mucho más hacia el modelo de EE. UU. Y eso puede no ser sorprendente: son, de hecho, los años en los que se

¹⁴³ Es bien sabido que, mientras declamaban la atipicidad, los franceses tendían a aproximarse a la tipicidad y exponían la necesidad de la lesión de un "*interet legitimament*".

¹⁴⁴ Un desmantelamiento similar tuvo lugar más tarde en el terreno del daño no patrimonial en el cual el límite ha sido eliminado frente a la violación de los derechos no pecuniarios de la persona de importancia constitucional.

traducirán y difundirán el "costo de los accidentes" de Calabresi en Italia, a la luz de los cuales se reconsiderará toda la responsabilidad civil¹⁴⁵.

No es solo el franco reconocimiento de que la búsqueda del sujeto sobre el que deben descartarse las consecuencias del acto ilícito es una cuestión de elección y de la política del derecho a ser conducido, equilibrando los intereses, posiblemente a la luz de los criterios económicamente fundados. La pregunta en cambio parece más compleja. En efecto, a través de la cláusula de injusticia, la jurisprudencia comienza a delinear una serie de reglas, producidas al agregar y desagregar hipótesis inversas, sobre la base de una evaluación de las *conflicting considerations* involucradas¹⁴⁶. Reglas que las 500 sentencias de 1999 intentaron resumir y condensar en una formulación más general.

Detrás del juicio de la responsabilidad existe una operación más compleja confiada a un criterio de utilidad pública, entendida en el sentido de conformidad con el interés general, una evaluación que proyecta los intereses dentro de todo el sistema "a la totalidad" de los valores reales y sustanciales del ordenamiento¹⁴⁷ con el fin de verificar la prevalencia de uno con respecto al otro, mientras que se minimiza el sacrificio de uno con respecto al otro. En todas estas situaciones, es necesario elaborar criterios de decisiones y resolver conflictos teniendo en cuenta la totalidad del sistema (y la presencia de las fuentes europeas y diseñado para que

¹⁴⁵Se pueden extraer más observaciones sobre estos puntos de G. MARINI, Responsabilidad civil en los años 70. Un estudio sobre la relación entre público / privado, en Riv. Crit. dir. priv., 2008, 23 (I) y Riv. Crit. dir. priv., 2008, 229 (II).

¹⁴⁶El tema central es la creación de normas por los tribunales a través de la evaluación de las consideraciones conflictivas (estos pueden, a su vez, aplicar criterios y pre-organismos mecánicos o sólo se puede determinar en retrospectiva, como en casos de conflicto entre la libertad de la prensa y derecho a la intimidad, el honor y la reputación (Cass 9. junio de 1998, 5658, Foro que, de 1998, 2387 con PALMIERI conocido en daños y resp. con notas por A. horas- Stano), de doble alienación inmobiliaria, donde no es posible establecer a priori en qué medida la mala fe del segundo comprador puede justificar el resultado negativo en presencia de una situación de inercia real y plena conciencia de la otra parte (Cass. 8 Enero 1982, n 76 en Foro ella, 1982 I, c. 393 con Pardolesi nota y luego Cass. 2 de febrero de de 2000 I, 1687), en casos de daño por información falsa para el ahorrista en presencia de una forma de control de la autoridad con el objetivo de una eficaz protección del ahorro, como un bien de rango primario garantizado constitucionalmente (Cass. 3 de marzo de 2001, n. 3132, en Foro it, 2001, I, 1139 con una nota de PALMIERI, Cass. 2 de mayo de 2003, n. 6719).

¹⁴⁷"En cuya unidad y síntesis cada interés específico necesita integrarse de tanto en tanto para los necesarios procesos de adaptación, corrección o modificación" cf. V. SCALISI, Injusticia de daño y análisis de responsabilidad civil, en Riv. dir. civ, 2004, que habla de un "interés fundamental de la comunidad jurídica".

sea aún más complejo) y por lo tanto equilibrando así entre ellos una serie de consideraciones que recuerdan mucho a los tópicos característicos de lo social entre los cuales "consideraciones relativas a la eficacia de las limitaciones de sanciones jurídicas, la dificultad y el coste de la aplicación de determinadas normas en relación con el valor del interés protegido y la existencia de otros impedimentos para su lesión, ante la posibilidad de que la existencia de ciertas reglas y sanciones indirectamente puedan causar consecuencias socialmente dañinas (...), la capacidad del lesionado para evitar el daño ... "148

XXII. ... Y EN EL CONTRATO

Lo mismo ocurre con el contrato, cuya validez se prueba con la misma red de valores¹⁴⁹. Es posible que el contrato reconduzca valores de la misma intensidad, y no superiores, que los que establecen la legislación. El hecho de que el contrato, sin tener en cuenta nuestro ordenamiento un valor constitucional¹⁵⁰, reconduzca, más bien, valores fundamentales del cual este constituye el soporte y permite la realización de algunas consecuencias significativas¹⁵¹.

¹⁴⁸Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005, 111. Sobre la injusticia como una comparación de intereses entre los muchos cfr. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)* 98, ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Nápoles, 1979, 245, C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno* 10, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 175.

¹⁴⁹E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, en *Riv. dir. civ.*, 2015, 10878.

¹⁵⁰ No hay duda de que hay una tendencia a reforzar la autonomía contractual que, reflejando una de las libertades ciudadanas, no puede estar sujeta a límites que no están explícitamente establecidos por la ley (E. NAVARRETTA, *Uevoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi*, en *Quaderni fiorentini*, 2014, 589 para un proyecto de lectura combinada del tercer al segundo párrafo la reserva de la ley). La utilidad social puede volver a leerse en la perspectiva del mercado, mejorando la capacidad del mercado para producir riqueza y bienestar, corrigiendo con medidas apropiadas (tanto preventiva como posteriormente) las asimetrías del poder de negociación en detrimento de la libertad y la racionalidad de las elecciones individual.

¹⁵¹ Emblemática la historia de la reducción de la pena, en el que la protección se basa en la voluntad de las partes (deducible de la declaración de "ninguna obligación") y la interpretación de la misma se ha transferido a un nivel más objetivo, ya no es excepcional, pero de normal control "en el contexto exigido de la llamada constitucionalización de relaciones de derecho privado, no puede ahora también dejar de implicar un equilibrio 'valores', igual relevancia constitucional, dada la confluencia reconocido en la relación negocial - junto al estado constitucional de" iniciativa económica primaria vata "(art sub. 41), que se expresa precisamente en sí a través del instrumento contractual de un competidor" solidarios "deber interrelaciones (art. 2 de la Constitución.) ... que entre en sinergia con el canon general de buena fe objetiva y corrección, le da una visión normativa

Cuando esto sucede, de hecho, si se amplían los márgenes de control judicial, ocurren otras consecuencias. Entre estas, aquel para el cual el interés público no prevalece más sistemáticamente, como en el pasado, sobre el interés privado, sino que está sujeto a un control de medición según el criterio de proporcionalidad. La proporcionalidad es garantizar la protección privada contra cualquier "exceso" del legislador.

Todo esto deja espacio para una serie de reglas que los tribunales han elaborado evaluando todos los componentes involucrados, buscando compromisos entre intereses para que nadie prevalezca sobre el otro y poniendo en la nada solo las restricciones más severas.

Por un lado, este método ha permitido recuperar un amplio espacio para la autonomía privada, haciendo retroceder los límites de lo ilícito, reintegrando la operación contractual en el orden jurídico sin ponerlo en la nada del todo¹⁵².

Así, el contrato entró en la esfera del cuerpo y de los derechos de la persona, dando lugar a una especie de libertad contractual controlada, adaptando los elementos en consideración de su objeto¹⁵³.

Así operaciones contractuales que usualmente se consideran ilícitas se pueden considerar válidas ahí donde no se prevee su pago¹⁵⁴ o reestructuradas para mantener siempre abierta la posibilidad de la disolución del vínculo mediante el desistimiento¹⁵⁵.

Así, en el derecho de familia, la nulidad de los acuerdos en vista del divorcio se ha ido circunscribiendo progresivamente. Se ha afirmado la validez de aquellos

y lo enriquece con contenidos positivos, incluidas las obligaciones, incluso instrumental, protección de la persona y cosas de la otra parte, mediante la funcionalización de la relación obligatoria para proteger los intereses del socio negociador "(Cass. 24 de septiembre de 1999, n. 10511, en Foro it, 2000, I, 1, 1930).

¹⁵² Ver JAPIOT, *Des nullités en matieres d'actes juridique*, I, Paris, 1909, GAUDEMET, *Théorie generale*, cit. El abandono del modelo reactivo- demoleedor de la nulidad y la adopción de una visión conservadora reconstructiva de la regulación contractual ha permitido una reestructuración y graduación de la eficacia en función de los intereses en juego y los sujetos involucrados y los bienes y servicios producidos (ver V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidita ed inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011 y A. DI MAJO, *La nullita*, in *Trattato di diritto civile* (a cargo de M. Bessone), *Il contratto in generale*, VII, Turín, 2002).

¹⁵³ G. RESTA, *Contratto e persona*, en *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, a cargo de E. Roppo, Milano, 2006, 1.

¹⁵⁴ G. RESTA, op. ult. cit.

¹⁵⁵ G. RESTA, op. ult. cit.

dirigidos hacia el pasado en la medida en que no comprometen los intereses de los otros miembros de la familia y permanecen abiertos a circunstancias cambiantes; se excluye que su eventual nulidad pueda hacerse instrumentalmente para deshacerse las obligaciones asumidas¹⁵⁶.

Por otro lado, la reelaboración de la disciplina de la nulidad en sintonía con los intereses protegidos ha abierto escenarios completamente nuevos. Abandonado el escenario tradicional de nulidad, volvimos a su versión normativa propuesta por lo social a principios del siglo pasado. Ahora el interés representa el hilo conductor de la disciplina de la nulidad, pero los intereses no son más que los vectores de los derechos y valores fundamentales. Una imagen complicada por el hecho de que la protección individual tiende a coordinarse con la regulación del mercado y la competencia, materializando objetivos que pueden remontarse a intereses o valores generales¹⁵⁷.

Está pendiente la tarea de adaptar la nulidad a los intereses protegidos y firmemente en las manos del juez que completa la disciplina a través de reglas que responden a la búsqueda de un equilibrio proporcional entre los diferentes intereses en juego en las diversas situaciones y que toman en consideración cuestiones de administrabilidad y competencia institucional¹⁵⁸.

La intervención regulatoria ya no se niega, pero la interferencia (pública) se vuelve mucho menos problemática para el mercado (privado), ya que ahora sirve para restablecer las condiciones para su correcto funcionamiento.

La contraposición entre lo público y lo privado, que había constituido el rasgo característico de lo social, tiende a recomponerse; una parte del público (intervención reguladora) es atraída y metabolizada en el sector privado y la cuestión

¹⁵⁶ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto*, VI, cit., 105, M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, en RCDP, 2003.

¹⁵⁷ De manera resumida, pero con eficacia A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, en *Contr*, 2003, 201, queriendo también en G. MARINI, *Il contratto annullabile*, en *Trattato del contratto (a cargo de E. Roppo)*, Milano, 2002, 341.

¹⁵⁸ Entre los muchos Cass. 29 de septiembre de 2005, n. 19024, en *Foro it*, 2006, I, 1105 con una nota de E. SCODITTI.

crucial de la reasignación del poder contractual, ejercida a través de las reglas de la ley privada, es empujada a una sombra, en la cual ahora es percibida¹⁵⁹.

Observaciones similares podrían llevarse a cabo en relación con la propiedad y su función social¹⁶⁰.

En resumen, por lo tanto, en todas estas situaciones, los tribunales (no resuelven casos mediante el equilibrio, sino) eligen, entre varias alternativas, una regla que es el resultado de una tensión entre diferentes consideraciones de varios tipos en conflicto entre ellos. Una regla que, por lo tanto, constituye el resultado de una tensión y no el desarrollo coherente de un principio implícito o de un propósito presente en el sistema jurídico.

Entre las consideraciones que pueden evaluar no solo están los principios, sino también las políticas, los valores e incluso los precedentes que pueden tener un peso diferente. Sin embargo, las consideraciones deben ser universales, que no se refieran a necesidades individuales o intereses particulares, y deben referirse todas ellas al derecho.

XXIII. ¿Y AHORA QUÉ?

Este tipo de análisis nos permite sacar a la luz la existencia de una dimensión estética en el derecho, para apreciar las diferentes formas y las diferentes estructuras a través de las cuales es posible, dentro de una comunidad jurídica dada, en un momento histórico dado, pensar, elaborar y presentar los múltiples productos hechos con el derecho. Esta la conciencia jurídico, que opera consciente o inconscientemente a través de todos los operadores jurídicos, demuestra estar históricamente ubicada; y marca los límites dentro de los cuales el derecho puede

¹⁵⁹ Para aquellos que quieran referencias adicionales, me gustaría referirme a G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 66.

¹⁶⁰ M. R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, en *Riv. crit. dir. priv.*, e Id., *Diritto di proprietà e CEDU fra realismo ed ideologia*, en *Studi in onore di A. Gambaro*, (en curso de publicación).

ser producido y desarrollado tanto a nivel de elaboración teórica como a nivel de la práctica cotidiana.¹⁶¹

¹⁶¹ Para entender cómo puede tener lugar esta diseminación es necesario tomar una posición en un espacio intermedio. Desde aquí es posible captar las conexiones complejas entre el centro y la periferia y la interacción continua entre estos dos polos. El riesgo de mirar desde esa posición obviamente es el de ser atraídos por la perspectiva opuesta, es decir, representar el centro como un sistema unitario y coherente de conceptos.

DEBIDO PROCESO Y PROCESO CIVIL, O CÓMO HACER CÓDIGOS CON TEORÍAS

CARLOS PETIT CALVO¹

“What I shall have to say here is neither difficult nor contentious; the only merit I should like to claim for it is that of being true, at least in parts. The phenomenon to be discussed is very widespread and obvious, and it cannot fail to have been already noticed, at least here and there, by others. Yet I have not found attention paid to it specifically”
John L. Austin, *How to Do Things with Words* (1955-1962).

Las reformas que han interesado el proceso civil en América Latina. El debate se centra en la posición del juez en el proceso. Para un amplio sector de juristas las causas civiles son, ante todo, un negocio entre sujetos privados, de modo que el juez preside los actos procesales para garantizar, como tercero imparcial, los derechos de demandante y demandado. Para otros el juez debe buscar la igualdad sustancial entre partes que suelen ser social y económicamente desiguales, lo que el Estado consigue concediendo al magistrado amplias facultades de intervención. El binomio conceptual garantismo (de las partes) – activismo (del juez) expresa tal oposición. Y con arreglo a estos parámetros se analiza cualquier novedad legislativa.

No es mi propósito revisar ahora la intensa reescritura del proceso civil en América Latina. En este texto se quiere por el contrario recordar la base teórica que está detrás de las discusiones. Y, sobre todo, precisar que la llamada teoría garantista, elemento principal de los debates, se apoya en una reconstrucción histórica de las doctrinas modernas (siglo XX) sobre el derecho procesal que ha sido elaborada –y esto es lo original– por expertos en derecho vigente.

Una ola de reformas en el proceso civil recorre los países de América Latina. Al nuevo código español (Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000) siguieron los de Honduras (2007) y El Salvador (2008). Unos diez años más tarde vinieron los de Bolivia (2013), Colombia (Código general del proceso, 2012), Brasil (2015), Nicaragua (2015), Ecuador (2015), Costa Rica (2016)... sin contar proyectos aún en tramitación (Chile, 2012). Reducida a su mínima expresión el debate que está

¹ Profesor de Derecho Comparado en la Universidad de Huelva. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

detrás de las reformas se centra en la posición del juez en el proceso. Para un amplio sector de juristas las causas civiles son, ante todo, un negocio entre sujetos privados, de modo que el juez preside los actos procesales para garantizar, como tercero imparcial, los derechos de demandante y demandado. Para otros el juez debe buscar la igualdad sustancial entre partes que suelen ser social y económicamente desiguales, lo que el Estado consigue concediendo al magistrado amplias facultades de intervención. El binomio conceptual *garantismo* (de las partes) – *activismo* (del juez) expresa tal oposición. Y con arreglo a estos parámetros se analiza cualquier novedad legislativa².

No es mi propósito revisar ahora la intensa reescritura del proceso civil en América Latina³. Me interesa por el contrario recordar la base teórica que está detrás de las discusiones⁴. Y, sobre todo, precisar que la llamada *teoría garantista*, elemento principal de los debates, se apoya en una reconstrucción histórica de las doctrinas modernas (siglo XX) sobre el derecho procesal que ha sido elaborada –y esto es lo original– por expertos en derecho vigente. La historia ha llevado a la teoría y la teoría conduce hasta la legislación.

La historia en cuestión se escribió en Italia por obra de Franco Cipriani (1939-2010). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Bari y conocido estudioso de los procedimientos en materia de familia y matrimonio (cf. *I provvedimenti presidenziale nell'interesse dei coniugi e della prole*, 1970; *Della separazione al divorzio*, 1970; *Matrimonio e processo*, 1990) Cipriani produjo a finales de siglo dos corpulentos volúmenes que pusieron en jaque la visión dominante sobre el proceso civil italiano. Me apresuro a precisar que rige todavía en Italia un *Codice di procedura civile* (1940-1942) promulgado bajo el régimen de Mussolini y por eso, al menos en principio, susceptible de críticas en razón de sus circunstancias políticas.

² Por ejemplo, J. W. BEZERRA DA COSTA NETO, “O novo Código de processo civil e o fortalecimento dos poderes judiciais”, en *Revista do Processo* [RdP] 249 (2015), 81-116.

³ D. E. LÓPEZ MEDINA, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, s/a (ca. 2011). Cf. C. H. VAN RHEE, “Evolución del Derecho Procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* 2 (2011, 2), 11-40.

⁴ Comencé el acercamiento a este argumento hace unos años: cf. C. PETTIT, “Historia y teoría del proceso civil garantista”, en B. SORDI (Ed.), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2014, 325-365.

“Abbiamo il dovere di sapere e di capire”. Saber y comprender cómo se forjó el *canon* moderno de la ciencia procesal (la triada formada por Giuseppe Chiovenda – Francesco Carnelutti – Piero Calamandrei) y qué modelo teórico palpita tras el *Codice* de 1940 ha sido el objetivo principal de los trabajos de Cipriani. Sus *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, publicadas en 1991, persiguieron ese doble propósito. Son páginas dedicadas a la trayectoria profesional de los grandes maestros, con atención preferente hacia ilustres olvidados (en particular, el profesor – magistrado – político – reformador Ludovico Mortara, pero también Luigi Mattiolo antes de Mortara y Carlo Lessona después) y los textos, incluso las anécdotas personales, que dieron base y sentido a las doctrinas. Y si tenemos en cuenta que la historia del código se cruza con la definición de arquetipos teóricos y con la colaboración de los expertos en el proceso civil con los legisladores fascistas (los ministros Solmi, Rocco, De Francisci, Grandi), las intrigas académicas que desvela Cipriani explican verdaderos retos de política legislativa. Por eso, la segunda gran aportación de este autor se tituló *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti* (1992); “naturale prosecuzione”, reconocía, de sus *Storie di processualisti*.

En materia de proceso civil Italia, desde luego, no es un lugar cualquiera. Se trata del país meridional que primero recibió las tesis del procesalismo científico elaboradas en Alemania (gracias a Oskar v. Bülow, 1837-1907 y Adolf Wach, 1843-1926); una visión *sistemática* del proceso entendido como *relación jurídica* autónoma –entre demandante, demandado, magistrado– y articulado sobre el concepto de *acción*, esto es, el derecho de exigir la actuación judicial del Estado ante una controversia jurídica. En términos generales, se debió a Vittorio Scialoja (1856-1933), hijo de Antonio, uno de los grandes hombres del *risorgimento*, decano de la facultad romana de Derecho y varias veces ministro, la intensa germanización que sufrieron los juristas italianos en el tránsito del siglo XIX al siglo XX. Correspondió a su joven discípulo Giuseppe Chiovenda (1872-1937) proseguir esa tendencia en el terreno del proceso desde la admiración por el juicio oral que había establecido

la *Zivilprozessordnung* (1895) del ministro austriaco Franz Klein. Un auténtico código-modelo para sus colegas italianos⁵.

Italia ha sido, además, la cuna de la primera revista científica consagrada íntegramente al análisis del proceso. Me refiero a la *Rivista di Diritto Processuale Civile* (la famosa “Processuale”), fundada en 1924 por Francesco Carnelutti (1879-1965) con apoyo del recordado Chiovenda y con Piero Calamandrei (1889-1956) al frente del comité de redacción. Que la “Processuale” –siempre atenta al derecho comparado⁶– ofreciese un foro intelectual a la (autoritaria) concepción fascista de la justicia, como cabe sospechar por el momento de su fundación, resulta un asunto debatido que no permiten ver con claridad los trabajos allí publicados⁷.

La influencia de Chiovenda entre sus compatriotas se reforzó, en tercer lugar, gracias al temprano magisterio que ejerció sobre los profesores españoles. Así José Casais Santaló (1894-1971), traductor de los influyentes *Principii di diritto processuale civile* (1ª Ed. 1906, 3ª Ed. 1923) en 1922 (vol. I) – 1925 (vol. II) de Chiovenda. Sabemos que este Casais fue su primer discípulo hispano⁸, especializado en el

⁵ Cf. F. CIPRIANI, “Giuseppe Chiovenda en Parma (de la “Procedura Civile” al “Diritto Processuale”) Mayo 1900- Diciembre 1902”, en *Thémis. Revista de Derecho* 43 (2001), 117-129, p. 123, sobre las características del sistema de Klein a juicio de Chiovenda, según sus propias citas: “(...) ‘los únicos límites naturales del poder del juez son las demandas de fondo de las partes’; el *Offizialmaxime* [sic] debe tomar el lugar de la *Parteidispositionsmaxime*, con la consecuencia que ‘las partes pueden disponer del derecho sustancial, renunciar a las demandas, modificarlas, pero no disponer de las razones, de las excepciones, de los medios de prueba’, y además que ‘no hay derecho de pedir o permitir reenvíos; el juez los da, si y cuando lo cree. No deben haber tardanzas inútiles, porque el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible de la pretensión dirigida en su contra, y porque el atasco de las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad’ (...).” Entre ‘garantismo’ y ‘publicismo’, el trabajo de Cipriani con mayor repercusión en la literatura latino-americana es, si no me equivoco demasiado, su análisis de la vieja ordenanza procesal austriaca: “En el centenario del Reglamento de Klein. (El proceso civil entre libertad y autoridad)” (1995), en F. CIPRIANI, *Batallas por la justicia civil*, trad. de Eugenia Ariano, Lima, Cuzco, 2003, 59-87.

⁶ La revista perdió el adjetivo “civile” de su título originario al inaugurar nueva época en 1946. Ultimamente la “Processuale” abre secciones de “Storia e cultura del processo” y de “Diritto processuale straniero e comparato”, con la esperada presencia de extranjeros. No es necesario añadir que Franco Cipriani animó, él mismo o sus críticos, la primera sección indicada.

⁷ Cf. V. DENTI – M. TARUFFO, “La Rivista di Diritto Processuale Civile”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 16 (1987), 631-664.

⁸ Pero la autoridad de Chiovenda había sido reconocida poco antes por Tomás Montejo (1856-1933), abogado y profesor de Procedimientos en la Universidad de Madrid. En América Latina el pionero fue un ilustre colega argentino: cf. A. LEVAGGI, “Tomás Joffré, introductor de Giuseppe Chiovenda en el derecho argentino”, en *Revista Electrónica*

emergente “derecho procesal científico” durante una estancia de trabajo en la Universidad de Roma. En general, “la salida creciente de jóvenes universitarios españoles al extranjero para ampliar estudios de Derecho Procesal iba a tener repercusiones inmediatas. Ya desde la segunda década del siglo XX se inició una profunda renovación de los estudios procesales en España, que proseguiría y se aceleraría en los años sucesivos. La renovación mencionada consistió, fundamentalmente, en la introducción, difusión y recepción en nuestro país de la dogmática procesal, es decir, de lo que también ha sido denominado, con un nombre quizás no muy apropiado, procesalismo científico, que venía conociendo un auge extraordinario en Alemania desde la segunda mitad del siglo XIX, y en Italia a partir del inicio del siglo XX”⁹.

Siguió la traducción española de *La condanna nelle spese giudiziali* (1ª Ed. 1901), realizada en 1928 por Juan A. de la Puente y prologada por Josep Xirau (1893-1982), catedrático de Procesal en Barcelona. La nota preliminar de Xirau al frente de esa versión (pp. 5-25) fue la carta de presentación del admirado colega italiano y de sus teorías ante el público hispano-parlante; encierra además el interés de mostrar –tomando casi *ad pedem litterae* opiniones de Calamandrei– la originalidad intelectual de Chiovenda, frente a la fácil acusación de ser un mero introductor de la dogmática alemana¹⁰. La presencia de procesalistas españoles en los estudios dedicados a Giuseppe Chiovenda (junto al recordado Xirau colaboró también Francisco Becuña, 1889-1936) certificó, en fin, el respeto intelectual y el comercio asiduo entre los especialistas de ambos países¹¹.

Estas rápidas observaciones bastan para probar la existencia de una red de influencias e ideas en torno al proceso que condujo de la Europa central al

del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja 3 (2004 n° 4), 98-106.

⁹ M. CACHÓN CADENAS, *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2012, p. 45. Sobre Casais y su traducción de los *Principi*, cf. *ibid.*, “Desventuras de José Casais Santaló, primer traductor español de Chiovenda”, pp. 233 ss.

¹⁰ CACHÓN, *Historias de procesalistas*, pp. 108 ss. Sobre Josep Xirau cf. *Diccionario de catedráticos españoles de Derecho*, del mismo Cachón (en línea: www.uc3m.es/diccionariodecatedraticos).

¹¹ Cf. *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927. Sobre esas colaboraciones españolas, además de sus *Historias de procesalistas*, pp. 69 ss, *vid.* también M. CACHÓN CADENAS, *Francisco Becuña. Un procesalista de primera hora*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 159 ss.

Mediterráneo y que desde allí prosiguió hasta España para ofrecer una breve, pero incisiva biblioteca de textos del “derecho procesal científico” al uso de los expertos de América Latina¹². La tradicional relación entre España y sus antiguas colonias –elemento clave para entender la codificación en los nuevos Estados¹³– llevó a la irradiación de las doctrinas germano-italianas sobre el proceso civil, ya bien asentadas en España desde los años 1920, a los países latinoamericanos; las desgraciadas circunstancias de los totalitarismos europeos y la guerra, con la marcha hacia América de procesalistas alemanes (James Goldschmidt, Uruguay), italianos (Tullio E. Liebman, Brasil) y españoles (Niceto Alcalá-Zamora, México; Santiago Sentís Melendo, Argentina), simplemente profundizaron, con la formación de escuelas locales y nuevas traducciones¹⁴, la difusión del llamado “procesalismo científico” en los países de acogida. Tal vez no sea ocioso recordar que la exposición del *Código de proceso civil* (1973), elaborado por Alfredo Buzaid (1914-1991), discípulo brasileño de Tullio Liebman y luego ministro de Justicia en el gobierno federal (1969-1974), se abre justamente con una cita de Chiovenda¹⁵.

“Toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años ’50 del pasado siglo”, escribió un conocido autor argentino sobre la recepción de clásicos europeos del proceso civil, “ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes

¹² Pero cf. CACHÓN, *Historias de procesalistas*, pp. 641 ss sobre la temprana lectura (1918) de Chiovenda por el argentino, antes citado, Jofré (1868-1930).

¹³ M. VÁSQUEZ ALFARO, *La ciencia útil. Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*, Bogotá, Uninorte – Uniandes, 2015, pp. 27 ss sobre la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. El centenario de esa ley decisiva, impulsado por el exiliado español Niceto Alcalá-Zamora (1906-1985), marcó el nacimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Montevideo, 1957).

¹⁴ De Chiovenda se registraron otras versiones en España (*Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Gómez Orbaneja, 1936) y Argentina (*Estudios de derecho procesal civil*, trad. Sentís Melendo, 1949); Wach fue traducido en este último país (*Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. Krotoschin, 1958), mientras que Goldschmidt salió en España (*Derecho procesal civil*, trad. Prieto Castro) y Argentina (*Derecho judicial material*, trad. Grossmann, 1959). Santiago Sentís Melendo (1900-1979), otro español que huyó de la dictadura franquista, tradujo prácticamente la obra completa de Calamandrei durante su largo exilio en Buenos Aires. A los dos países citados se añade México en el caso de Carnelutti (*Metodología del Derecho*, trad. Ossorio, 1940).

¹⁵ Esta cita: “Convien decidersi a una riforma fondamentale o rinunciare alla speranza di un serio progresso”. Procede de CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, Roma, 1911, p. 4.

[universidades] de América”. En este sentido se destacó “la influencia doctrinaria que tuvo... la editorial EJEJA (Ediciones Jurídicas Europa América) que, durante muchos años, se dedicó a traducir al castellano lo más granado de las obras del procesalismo italiano y alemán. Y todos los americanos abrevamos en ellas y nos convencimos de sus bondades, sin darnos cuenta –hasta hace muy poco tiempo, Franco Cipriani mediante– de que todos los autores traducidos glosaban o la ley nazi del ‘37 o la ley fascista del ‘40”¹⁶.

El ancho canal de comunicación abierto entre Italia, España y América explica a satisfacción que las obras de Cipriani hayan gozado de la misma fortuna que las aportaciones de los viejos maestros. Revisar las doctrinas del proceso civil, denunciar –con énfasis en el nombre, hasta entonces fuera de discusión, de Piero Calamandrei– que el *Codice di procedura civile* era, según la exposición de motivos firmada por este mismo autor, “el más fascista de los códigos fascistas”, calificar, en fin, como autoritario (*b. e.* contrario al protagonismo de las partes a favor de los poderes del juez) el proceso civil italiano, modelado en sus principios (oralidad, inmediación, concentración) sobre la recordada *Prozessordnung* de Klein, constituían tesis relevantes tanto para Italia como para los países latinos situados bajo la influencia de su doctrina¹⁷.

En efecto, el debate que provocaron las *Storie* en Italia saltó de las revistas jurídicas a la prensa cotidiana¹⁸, pero también a la bibliografía procesal española.

¹⁶ A. A. VELLOSO, *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p. 51.

¹⁷ Conviene reconocer que la revisión de la historia oficial del *Codice di procedura* –una ley (no sólo cronológicamente) fascista elaborada por expertos que fueron algo más que asesores técnicos, incoloros e inodoros (Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Conforti), todos seguidores de Chiovenda– fue la tesis de G. TARELLO, “L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale” (1973), en *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, 109-214. “Il fascismo c’è stato”, advertía ahí Tarello, “la continuità nel personale, negli schemi concettuali, negli usi istituzionali degli schemi da parte del personale, [va] interpretata come segno che il fascismo è incominciato prima della guerra europea ed è durato dopo la liberazione; fenómeno grosso (quantunque non commendevole) della storia istituzionale, sociale, culturale, italiana”, p. 113. Se destruía de esa forma la concepción confortante del *Codice di procedura* como “frutto di un compromesso fra le non molte idee dei riformatori fascisti e l’orientamento sostanzialmente contrario ad innovazioni radicali prevalente in gran parte della dottrina e della professione forense, dove il secondo finisce spesso col prevalere sulle prime”, en palabras de M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal ‘700 a oggi*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 255.

¹⁸ Tal vez la más severa crítica a las tesis de Cipriani las formuló su maestro: L. MONTESANO, “*Storie recenti su Mortara e Chiovenda e sul romanesimo di Vittorio Scialoja concretato dai fascisti?*”, en *Il Foro*

Correspondió a Juan Montero Aroca (Universidad de Valencia) dar noticia de esa publicación (“especie de juicio personal e intelectual” a los *padres*, decía Montero); un libro capaz de conmover la literatura procesal contemporánea¹⁹. La lectura que más nos interesa la realizó, sin embargo, Manuel Cachón (Barcelona), otro experto en derecho del proceso que cruzó los datos y las observaciones de Cipriani con los avatares de la doctrina española influida por Chiovenda²⁰. Para Cachón, las *Storie* ofrecen “una interpretación nueva y original acerca de la evolución del pensamiento procesal contemporáneo en Italia”, lo que permite contar en adelante con “una contrahistoria frente a la versión que en este terreno había acabado por consagrarse y convertirse en poco menos que oficial dentro del procesalismo italiano y, por irradiación de éste, en el español y el latinoamericano”. En realidad, el trabajo de Cachón es bastante más que una reseña, pues documenta la temprana presencia española de la ‘versión oficial’ dibujada en Italia –incluso antes de que circulase en este otro país– de las teorías y los recursos técnicos situados tras el *Codice di procedura*.

En todo caso, los trabajos de Montero y Cachón siguieron una marcha divergente. La *pars destruens* de Cipriani, ese primer efecto de una historiografía crítica que revisa la trayectoria doctrinal y cuestiona afirmaciones traslaticias con acopio de fuentes inéditas, ha inspirado la obra del procesalista de Barcelona, considerado hoy en día nuestro principal experto en la historia del proceso civil y de los procesalistas españoles que enseñaron y escribieron sobre esta materia entre

Italiano 114 (1991), parte V, 598-602; del mismo, “Culto della personalità, ‘prodotti organici’ e ‘papagalli lusingatori’ di Chiovenda in un libro recente”, en *Rivista di Diritto Processuale* 47 (1992), 284-295. Sobre la polémica en la prensa, cf. Antonio Carioti, “Calamandrei e quel Codice del Ventennio”, en *Il Corriere della Sera* (Milán), 26 de enero, 2006, p. 41, con réplica de Michele Taruffo, “Quel Codice non era fascista”, *ibid.* 9 de abril, 2006, p. 31, y dúplica de Cipriani, “Calamandrei e il Codice di procedura civile – Interventi e repliche”, *ibid.* 13 de abril, 2006, p. 35. Algo después Cipriani concedió otra entrevista sobre la cuestión a Alessandra Benvenuto en el *Corriere del Mezzogiorno* (Nápoles), 8 de julio, 2007. Finalmente, la hija del afectado, Silvia Calamandrei, volvió al asunto, con aportaciones documentales hasta entonces desconocidas: “Così nacque il codice di Calamandrei”, en *La Repubblica*, 8 de febrero, 2006.

¹⁹ Cf. J. MONTERO AROCA en *Justicia. Revista de Derecho Procesal* (1991, n. 1), 497-499. El profesor español también reseñó, de Cipriani, *Il Codice di procedura civile...* en *ibid.* (1992, n. 4), 1012-1014.

²⁰ M. CACHÓN CADENAS, “Una reseña tardía con algunos episodios tempranos” (1999), ahora en *Historias de procesalistas*, 89-113.

finales del siglo XVIII y mediados del siglo XX²¹. Por el contrario, la *pars construens* de la revisión, esto es, la presentación de un arquetipo procesal que merece adjetivos como “liberal”, “garantista” o “privatista” y que así se presenta a la consideración de cualquier legislador, ha sido desarrollada –tanto en España como en América Latina– por Juan Montero.

Para formular el arquetipo del proceso garantista había base suficiente tras la sustitución en España de la centenaria Ley de Enjuiciamiento Civil (1881). Al entrar en vigor la nueva norma procesal (2000) Montero realizó un balance de urgencia de esta importante reforma: me refiero al libro *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (2001)²². “[S]e trata de recapacitar sobre lo que ha sido y sobre lo que puede ser el proceso civil”, escribió el autor (p. 13), y, en efecto, en esta obra –la primera que ha juntado en su título las expresiones “política” y “proceso civil”– aporta una reflexión sobre el ordenamiento procesal que nacía en España con el siglo XXI: un proceso oral donde las partes luchan por su derecho con notable dosis de autonomía, aunque el juez conserve –a veces con algún incremento²³– amplias facultades de dirección²⁴.

La publicación de Montero tuvo amplio eco. Se tradujo al italiano –caso extraordinario– con un prólogo del propio Cipriani que atizó el fuego de la polémica y asoció los nombres de prologuista y autor como los principales adalides

²¹ Además de la obra recién citada, M. CACHÓN CADENAS, *Memoria de procesalistas*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017. Cf. la nota de C. HORNERO a propósito de las *Historias de procesalistas* en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 15/2 (2012), 196-201: “es mucho lo que queda por hacer. Para ello, como modelo, como referente contamos con el buen hacer de Manuel Cachón: el Cipriani español”.

²² *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2001.

²³ Por ejemplo, como garante del principio de la buena fe (cf. art. 247.3 LEC), con poder sancionatorio: cf. M. CACHÓN CADENAS, “La buena fe en el proceso civil” (2005), ahora en *Estudios de derecho procesal*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017, 91-124. O por el papel del juez en relación con los presupuestos procesales (art. 461.1): cf. MONTERO, *Principios políticos*, p. 97.

²⁴ La ley, escribe MONTERO, *Principios políticos*, pp. 149 ss., “se ha inclinado por la oralidad como principio determinante... y ha incluido en ese principio los llamados principios consecuencia: concentración, intermediación y publicidad, y lo ha hecho de modo razonable”. Pero la Ley de 2000 no estaría exenta de toques ‘autoritarios’ – ‘publicistas’ introducidos a lo largo de la tramitación parlamentaria; así, la recordada buena fe (Montero, pp. 106 ss.), o los poderes del juez en materia probatoria (Montero, pp. 121 ss.). Cf. igualmente M. CACHÓN CADENAS, “La justicia civil española: luces y sombras en materia de eficiencia y garantías procesales”, una ponencia inédita, presentada en un congreso en homenaje a Cipriani (Bari, 2011), que conozco por amabilidad del autor.

de la causa ‘garantista’²⁵. La traducción sirvió de excusa, además, para lanzar un segundo libro al cuidado de Montero (*Proceso civil e ideología*, 2006) con materiales diversos y una notable presencia de expertos latino-americanos²⁶. Un libro tan complejo como deja entrever su subtítulo: “Un prefacio”, esto es, el prólogo de Cipriani para la versión italiana de los *Principios políticos* (“El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”), más “Dos cartas” (motivadas por una discutida sentencia argentina) y “Quince ensayos” de varios autores, tanto italianos y españoles como latinos (de Argentina, Perú, Brasil, con el añadido valioso de un autor portugués), aunque no todos de credo ‘garantista’. La segunda edición de *Proceso civil e ideología* (2011), además de mostrarnos su rara repercusión, incluyó nuevos textos de Montero y anexos con las mociones aprobadas en los congresos de Azul (Argentina) sobre “derecho procesal garantista”²⁷. Como resultado de esta incesante labor, la colección de Montero funciona como la pieza de referencia en las discusiones sobre modelos procesales.

Varias razones justificaron ayer y explican hoy la vivacidad de los debates americanos²⁸. Para comenzar, la influencia de la doctrina italiana, con sus fórmulas ‘publicistas’ favorables a los poderes del juez, se hizo perceptible en la década de los años 1930 cuando, por ejemplo, se promulgó (en 1939) el primer código procesal republicano para Brasil: cuando Luiz Machado Guimarães, conocido comentarista de este texto legal, manifestó que “a função do processo não mais consiste precipuamente em restaurar os direitos individuais violados, e sim em restabelecer e assegurar, mediante a definição dos litígios, o imperio do direito”²⁹.

²⁵ J. MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, Edizione Scientifiche italiane, 2002.

²⁶ J. MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2006. La edición de 2011 contiene importantes manifiestos garantistas y una necrología de Cipriani por Montero, presentada en un encuentro celebrado en Lima (cf. *Franco Cipriani*, 455-462); allí recuerda el autor español su primer encuentro con Cipriani –precisamente en 1991, lo que hace de Montero un precoz destinatario de las *Storie di processualisti*– y otros particulares emocionantes.

²⁷ Sobre estos encuentros, que se desarrollan con regular periodicidad desde el año 1999, cf. <http://congresoprosesal.azul.der.unicen.edu.ar/resena-historica-1>

²⁸ J. C. BARBOSA MOREIRA, “Evoluzione della scienza processuale latino-americana in mezzo secolo”, en *Rivista di Diritto Processuale* 53 (1998), 26-35; Últimamente, Vásquez, *La ciencia útil*, pp. 117 ss.

²⁹ Cf. F. GAMA DA MIRANDA NETO, “Notas sobre a influência do direito material sobre a técnica procesual no contencioso judicial administrativo”, en *Revista Eletrônica de*

Varios años antes (1923) había penetrado en Colombia –con notable precocidad– el modelo ‘publicista’ de Klein con el llamado “Código Arbeláez” (*b. e.* juicios de prudencia y juicios con conocimiento de causa, y prevalencia del derecho sustancial)³⁰.

También se recibieron las teorías dogmáticas a la italiana, reforzadas por la presencia de exiliados, los congresos de ámbito ibero-americano, la fundación de revistas especializadas³¹ y los avances de los procesalistas locales: del *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial* (1941 ss) del argentino Hugo Alsina (1891-1958) a los *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942) del influyente profesor uruguayo Eduardo Couture (1904-1956). A esta fase de auténtico ‘procesalismo científico’, en la que se formó la siguiente generación de estudiosos (Alfredo Buzaíd; Brasil; José Ramiro Podetti, Argentina; Hernando Devis Echandía y Álvaro Leal, Colombia)³², correspondió otra generación de códigos (Guatemala, 1963; nacional de Argentina, 1967; Colombia, 1970; Brasil, 1973)... que no tardó, sin embargo, en mostrarse insuficiente para lograr la mejora y la eficacia de la justicia civil: la batería de “problemas que la realidad social, económica, cultural y ética presenta al legislador”, por decirlo en términos de Couture³³.

Y finalmente, la caída de las dictaduras y el nuevo derecho post-conflicto (contenido en las cartas democráticas de Brasil, 1988; Colombia, 1991; reforma de Argentina, 1994), lanzó la cuestión de las bases constitucionales del proceso civil, objeto ahora de nuevo tratamiento: la justicia como valor supremo (Brasil, preámbulo; Colombia, preámbulo), la protección judicial de los derechos (art. 5.34 y 5.52, Brasil; art. 29, Colombia), la salvaguarda de la cosa juzgada (art. 5.35, Brasil), el derecho al recurso (art. art. 31, Colombia), la contradicción y la libre defensa (art. 5.54, Brasil), la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas (art. 5.55, Brasil; art.

Direito Processual 4 (2009), 121-153, p. 133.

³⁰ VÁSQUEZ, *La ciencia útil*, pp. 122 ss. Pero la cerrada oposición de las clases jurídicas hizo de este Código un intento fugaz (cf. ley 26, 1924, 5 de noviembre, suspendiendo la ley “Arbeláez”, 103 de 1923).

³¹ Destaca en este sentido la *Revista de Derecho Procesal Argentina*, 1943 ss.

³² S. SENTÍS MELENDO, “Couture y su obra procesal”, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho* 16 (1957), 43-70, cf. pp. 45 ss. con numerosas referencias.

³³ Son manifestaciones de su proyecto de código de proceso civil (1945) tomadas *ad pedem litterae* por el codificador brasileño de 1973 (cf. exposición de motivos, n° 16).

29 *in fine*, Colombia), la publicidad del proceso con respeto a la intimidad (art. 5.59, Brasil; art. 228, Colombia), el libre acceso a los tribunales (art. 229, Colombia), en fin, la asistencia jurídica gratuita para litigantes sin medios económicos (art. 5.73, Brasil). Por lo demás, los nuevos dictados constitucionales se comprenden sobre la base de la Convención Americana de Derechos Humanos (1979), ratificada por más de veinte Estados de la región (por Colombia, en virtud del acto legislativo 2 de 2001; por Brasil, con la enmienda constitucional 45 de 2004)³⁴.

“O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”, protestaba el codificador brasileño en 1973. “Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores... O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos” (exposición de motivos, nº 5). Ha sido esta visión “publicista” del proceso, concebido como instrumento al servicio de la ley antes que como medio para reparar los derechos lesionados de los ciudadanos, la ideología que palpita en los códigos americanos y el terreno de discusión para la causa “garantista”.

Para el debate ofrecía una buena base el llamado “Código modelo de proceso civil” (1988), fruto teórico-práctico del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y obra de los uruguayos Enrique Vescovi, Luis A. Torello y Adolfo Gelsi Vidart³⁵. Su texto, de alto interés en los movimientos legislativos de la zona (Uruguay, Chile), se ha inclinado hacia la orientación “publicista”, aún dominante en América Latina. Por una parte, el código modelo deja abierta la puerta a un proceso civil iniciado de oficio, aunque esta posibilidad se somete a la autorización legal (art 1); por otra parte, se consagra la presencia de un juez poderoso, capaz de

³⁴ El art. 8 de la Convención consagra el derecho a ser oído en juicio por un tribunal independiente y en plazo razonable; el art. 25 reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales: ambos preceptos llevarían a reescribir muchos códigos procesales. Cf. E. OTEIZA, “América Latina. Cultura y proceso civil”, en M. BUSTAMANTE RÚA (coord.), *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, 199-214.

³⁵ Cf. S. SCHIPANI – R. VACCARELLA (cur.), *Un “Codice Tipo” di Procedura Civile per l’America Latina* (Atti del Congresso Internazionale, Roma, 26-28 settembre 1988), Padova, CEDAM, 1990, con reproducción del texto (pp. 515 ss).

rechazar la demanda y de ocupar la fase probatoria³⁶. Ambas soluciones se han hecho presentes en las últimas reformas a impulsos de un ‘sentido común’ que encadena, en relaciones de causa / efecto, *lentitud en los pleitos – injusticia – juez debilitado*: se diría que el codificador ha tratado de equilibrar la posición de las partes mediante un magistrado que debe corregir las desigualdades materiales que las separan y que busca a toda costa (esto es: a costa de las libertades del litigante, en opinión de los procesalistas ‘garantistas’) la verdad material y la justicia (distributiva).

La acentuada contraposición de ideologías procesales hace que tengamos últimamente un segundo código-modelo, elaborado, en el marco del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, desde postulados ‘garantistas’³⁷. Así, frente a la hipótesis de una apertura de oficio de la causa civil –un elemento sin duda ‘inquisitivo’ según la visión ‘garantista’– este otro código vincula el ejercicio de la actividad judicial a la iniciativa de parte, entendiéndose en consecuencia que no hay jurisdicción cuando falta la demanda (art. 2: Concepto de actividad jurisdiccional, n° 1); en otras palabras, el texto modelo proclama el respeto absoluto del principio dispositivo³⁸. Se consagra con énfasis, además, la imparcialidad del juez, situado por encima de las partes “sin suplir sus falencias de afirmación, prueba o impugnación

³⁶ Art. 1: “La iniciación del proceso incumbe a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código”. Y entre los atributos judiciales del art. 33 se incluyen “rechazar *in limine* la demanda, cuando ella fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido” (n° 1), pero también (n° 4) “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”, (5°) “disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”, etc. Del violento contraste entre la calidad de la doctrina y los persistentes vicios de la justicia, saldado con la ‘socialización’ del proceso civil y el protagonismo del juez (“soprattutto in materia di istruzione probatoria”) nos habla el ‘publicista’ brasileño Moreira, “Evoluzione della scienza processuale”, pp. 30 ss.

³⁷ Cf. *Proyecto de Código procesal general modelo para la justicia no penal de Latinoamérica*, con notas A. ALVARADO VELLOSO de correlación normativa y de explicación sistémica de todas las instituciones legisladas, Rosario, Ed. AVI, 2016. Los redactores del texto son dos procesalistas y abogados argentinos, el mismo Alvarado (parte general del código) y Omar Abel Benabentos (parte especial). Hace poco se celebró un congreso (XXVIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, días 6 y 7 de septiembre, 2017) para debatir sobre este proyecto.

³⁸ Una nota de Alvarado precisa en este punto que “se descarta por completo la iniciación de un proceso por actividad oficiosa del juez”.

ni subsanar oficiosamente los errores de ellas, salvo aquéllos que afecten de tal modo la relación procesal que impidan el dictado de una sentencia de mérito útil sobre el fondo de la contienda” (art. 1: Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, n° 6). Y cuando el material probatorio no baste para estimar la demanda, el juez falla a favor del demandado (*in dubio pro reo*) sin practicar otras pruebas de propia iniciativa³⁹.

¿Han influido estos modelos, o bien, y más generalmente, esas *ideologías* en los códigos procesales de Colombia y Brasil, los más recientes de América Latina? Antes de responder a la pregunta me gustaría insistir en la dependencia historiográfica que arrastran las dos tesis en oposición. Me apresuro a precisar que no pienso ahora en los citados trabajos de Cipriani, la conocida crítica a las doctrinas clásicas que está tan presente en el derecho de la región.

Al considerar la perspectiva ‘garantista’ en oposición a la tesis ‘publicista’ observo dos notables prejuicios en juego⁴⁰. El primero se enuncia de modo positivo y consiste la descripción ‘garantista’ del proceso civil liberal como un espacio concebido por el legislador al servicio exclusivo del ciudadano privado. Desde el punto de vista procedimental (fases y trámites del juicio) ese proceso sería una supervivencia del *solemnis ordo iudiciarius* del viejo *ius commune* europeo y, por tanto, un cauce lento y escrito, una suerte de duelo ritual que se desarrollaba ante un juez impasible; sólo en materias de comercio, con tribunales de características propias, herederos de una tradición autónoma, se conocieron juicios ágiles y expeditos⁴¹.

³⁹ Cf. art. 62: Deberes de resolución de los jueces, n° 4: “analizar el material probatorio legalmente ofrecido y producido por las partes que obra en el expediente y resolver el caso con estricta sujeción a las reglas que gobiernan la carga de la prueba. En caso de duda por insuficiencia de prueba que resulte convictiva respecto de algún hecho controvertido relevante para la adopción de una decisión, debe aplicar el principio constitucional que ordena absolver a quien no tiene carga de probar (*in dubio, pro reo*)”. A su vez, la norma sobre los poderes decisorios del tribunal establece que “toda otra actividad probatoria oficiosa del juez es nula y nula la sentencia que se fundamenta en esa prueba” (art. 72: Facultades decisorias del juez, *in fine*).

⁴⁰ No ayuda mucho a una mejor comprensión E. ÁLVAREZ CORA, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁴¹ La justicia del comercio deriva del proceso sumario del derecho canónico, como muestra V. FAIRÉN GUILLÉN, *Lo ‘sumario’ y lo ‘plenario’ en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Madrid, Fundación Registral, 2006. Regulada en el Código español de comercio (1829) y con ley procesal propia (1831), la justicia mercantil desapareció en España en 1868; no conozco su suerte en las jóvenes repúblicas americanas, donde el Código de

Aunque la lentitud y la multiplicidad de los trámites han sido objeto de críticas ‘garantistas’, el papel pasivo del juez o, si se prefiere, el protagonismo de las partes en la causa –el famoso principio dispositivo– atrae los aplausos hacia los códigos de aquella época. La representación icónica de la Justicia como una figura femenina con los ojos vendados –un hallazgo, al parecer, del siglo XIX⁴²– expresa claramente la pasividad judicial, base de su (constitutiva) imparcialidad.

Ahora bien, esa visión idealizada de los viejos códigos procesales encierra una simplificación llena de severas omisiones. Sin entrar en la dependencia de la justicia (“administración” antes que “poder”) respecto del ejecutivo⁴³, me limito a poner de relieve un olvido, en absoluto menor: las leyes procesales de 1855 y 1881 –creo que no sólo esas dos leyes españolas– concedieron al juez la facultad de exigir nuevas evidencias cuando la práctica de las pruebas propuestas por los litigantes no le permitía apreciar los hechos en juicio⁴⁴. Una fórmula sin duda poco o nada ‘garantista’.

En segundo lugar, desde una visión negativa el ‘garantismo’ califica como ‘autoritario’ y ‘publicista’ el proceso civil que se abrió paso en Europa desde la Ordenanza de Klein, teorizado por los autores germano-italianos de la doctrina

1829 tuvo, desde luego, una notable difusión: cf. E. ABÁSULO, “El código de comercio español de 1829 en los debates y las prácticas jurídicas del extremo sur de América”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 78-79 (2008-2009), 447-460.

⁴² L. MEDINA, *Nuevas tendencias*, pp. 27 ss.

⁴³ M. LORENTE (Ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

⁴⁴ Se trata de las llamadas “diligencias para mejor proveer”, que, en la expresión del legislador de 1855 (art. 48), se regulaban como sigue: “Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer, 1) decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; 2) exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia para la cuestión y no resulten probados; 3) decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesario; 4) traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito”; en la ley de 1881 se contemplaban en los arts. 340-342 y continúan como “diligencias finales” reguladas en la ley vigente (arts. 434-436). Pero cf. también art. 269 del *Codice di procedura civile* de Italia (1865): “Quando l’autorità giudiziaria non trovi nella relazione elementi sufficienti per la decisione della causa, può ordinare ai periti di dare anche oralmente all’udienza schiarimenti ulteriori, ovvero ordinare una nuova pericia da eseguirsi da uno o più periti nominati d’ufficio. I nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino conveniente”, con reconocimiento de una cierta ‘actividad’ a favor del juez que otros preceptos mantienen en esta materia probatoria (cf. art 271, inspección judicial *ex officio* del lugar o la cosa en litigio; sobre el juez liberal en la prueba de testigos, cf. art. 243). No entra en el asunto F. CIPRIANI, “Giuseppe Pisanelli e il processo civile”, en C. VANO (Ed.), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura della legge e avvocatura tra periferia e Nazione*, Napoli, Jovene editore, 2005, 69-82.

‘científica’. Al narrar su *historia* –del despotismo ilustrado de la Ordenanza procesal josefina al socialismo jurídico de Anton Menger y el propio Klein, al fascismo, al nazismo; en fin, al derecho soviético– la crítica ‘garantista’ vincula esta concepción con las terribles dictaduras de los años 20 y 30. La conclusión resulta patente: “no se ha destacado lo suficiente” –escribe por ejemplo Juan Montero– “que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado justamente en países y momentos en que estos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba fortaleciendo la injerencia del Poder Ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos”⁴⁵. Y si en una ley ‘garantista’, como sería –por herencia liberal– la LEC española (2000), aún pervive la concesión al juez de facultades para instar la prueba o se introduce el principio de la buena fe, ello responde a las enmiendas de la izquierda en los debates parlamentarios. En este caso el esfuerzo de los ‘publicistas’ por señalar los prejuicios históricos sobre los que se construye la tesis ‘garantista’ ha sido cosa bastante sencilla: pues no parece legítimo identificar autoritarismo y totalitarismo, aun en el supuesto de calificar como ‘autoritaria’ la posición legal del juez civil en los siglos XX y XXI⁴⁶.

Cuanto se ha recordado antes facilita finalmente el acceso a los dos códigos arriba mencionados. Me refiero al *Código general del proceso* de Colombia (CGP) y al *Código de processo civil* de la república federativa de Brasil (CPC)⁴⁷. Ambos en aplicación desde 2016.

En Colombia existe un núcleo, pequeño pero fuerte y activo, de estudiosos ‘garantistas’ en el seno de la Universidad de Medellín. Existe incluso una joven

⁴⁵ J. MONTERO AROCA, *El Derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 75. En el origen remoto de esta obra se encuentra un seminario impartido en la UNAM (México).

⁴⁶ Por ejemplo, cf. J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Bogotá, Themis, 2004, pp. 44 ss. sobre Klein y la *Zivilprozessordnung*; pp. 54 ss sobre la “Relazione” del Código italiano, que además se publica en apéndice, pp. 159 ss. Para la intervención del juez de *common law* en la dirección de las causas (el llamado *case management*), cf. L. MEDINA, *Nuevas tendencias*, pp. 56 ss.

⁴⁷ El Código colombiano (ley 1564 de 2012, julio 12) está vigente desde el 1 de enero, 2016, en virtud del acuerdo n° PSAA15-10392, 1 de octubre, 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, satisfechas las fases de formación de los jueces y de adaptación tecnológica de las salas de justicia. El Código de Brasil (lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) entró en vigor el 18 de marzo, 2016.

revista (*Garantismo Procesal*, de 2011 a la actualidad) estrechamente vinculada al magisterio del argentino Alfredo Alvarado Velloso⁴⁸. Pero hay que reconocer que el nuevo código procesal ha permanecido en las coordenadas del ‘publicismo’. Por una parte, estaba presente en los debates para la superación del código de 1970 la autoridad del recordado Hernando Devis Echandía, un autor favorable al reforzamiento de los poderes del juez, en aras de un proceso social y eficaz, cuando existía amplio consenso sobre los límites de la justicia colombiana: “uno de los factores de la violencia atroz que azota a Colombia es el poco buen resultado que ofrece un aparato jurisdiccional que no decide con la prontitud requerida, ni puede investigar adecuadamente los ilícitos cometidos, ni descubre ni sanciona a los delincuentes”⁴⁹. De otra parte, se asistía desde 1991 a una “renovación científica procesal” (Vásquez) bajo la Constitución Política de 1991 (CP) que ha encontrado en la admisión de acciones constitucionales de tutela (art. 86 CP) contra las sentencias de los tribunales un importante instrumento para convertir a los jueces colombianos en “celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso”⁵⁰. Si consideramos, finalmente, la teoría de los *deberes procesales* –buena fe, corrección de las partes, rechazo de actuaciones improcedentes... todo ello situado bajo la coerción que toca al magistrado– sobre la base del art. 95.7 CP⁵¹, se comprende la vocación ‘publicista’ de la doctrina, ahora concebida como una corriente ‘constitucionalista’ (del constitucionalismo del Estado social y democrático de Derecho, claro está) que se hizo visible en la reforma de 1989 y se mantiene en la nueva codificación de 2012-2016.

⁴⁸ Cf. por ejemplo G. Á. BENEDETTI, “La verdad jurídica objetiva, ¿es la única respuesta correcta? Una visión desde el garantismo procesal”, *ibid.* 2 (2011), 56-58; W. E. GRISALES CARDONA, “La prueba en un Esquema Garantista”, *ibid.* 3 (2012), 99-109; J. M. ESPINOSA GÓMEZ, “¿La inspección judicial en materia civil, como prueba extraprocesal es violatoria de derechos y garantías de las personas?”, *ibid.* 5 (2012), 120-127.

⁴⁹ Son manifestaciones del senador Horacio Serpa en el Congreso (1987), recogidas por Vásquez, *Ciencia útil*, p. 171. El magisterio de Devis Echandía se hizo norma mediante la reforma de 1989 (Decreto Ley 2282), que modificó intensamente el texto de 1970.

⁵⁰ Cf. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (ST-062, 1992) en Vásquez, *Ciencia útil*, p. 185. De la ingente literatura al respecto, puede verse Liliana Carrera Silva, “La acción de tutela en Colombia”, en *Revista IUS* 5 (enero-junio 2011), 72-94.

⁵¹ “Son deberes de la persona y del ciudadano: 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”. Cf. M. L. JARAMILLO, “Deberes y derechos procesales en el Estado social de Derecho”, en *Opinión jurídica* 11 (enero 2007), 69-81.

El modelo descrito dominaba entre los expertos cuando el Instituto Colombiano de Derecho Procesal intervino en la redacción del código⁵². Un ligero repaso de sus disposiciones acredita que, a pesar de las voces ‘garantistas’, el legislador colombiano continúa y perfecciona el modelo ‘publicista’ de estirpe germano-italiana, reforzado en este caso por la búsqueda desesperada de remedios a las duras condiciones de vida en sociedades que no conocen el Estado del bienestar.

En efecto, el CGP establece (art. 4) que “el juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”, sobre lo que insiste el art. 42.2, sobre “deberes del juez”; una redacción más rotunda, sin duda, que el precepto equivalente del antes citado código-modelo (cf. art. 4: “el Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso”). Sin dejar este artículo (cf. art. 42. 4) encontramos una cumplida admisión de las pruebas de oficio⁵³.

Siempre en materia probatoria, la posibilidad concedida al juez por el art. 167 CGP de distribuir el *onus probandi* entre las partes (se trata de la teoría de la carga dinámica de la prueba) fue pronto atacada ante la Corte Constitucional, cuya decisión, sin embargo, reforzó el protagonismo del juez al fallar por la adecuación del precepto discutido con la Constitución⁵⁴. Por eso, algún autor de credo ‘garantista’ ha escrito –acaso temiendo la legislación hoy finamente en vigor– que “Colombia tendrá de ahora en más el código procesal civil más autoritario de

⁵² Cf. <http://www.icdp.org.co>. El Instituto se fundó en 1969 –en los momentos previos al código procesal anterior– a impulso y bajo la dirección de Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina, principales responsables de esa ley; el nuevo código se elaboró en el seno del Instituto a partir de 2003, con Jairo Parra –un ilustre jurista ‘publicista’– en su presidencia.

⁵³ Debe el juez “emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”.

⁵⁴ Cf. SCC-086/2016, de 24 de febrero (magistrado ponente Jorge Iván Palacio), donde leemos, entre otras valiosas consideraciones, la que sigue: “la norma acusada no puede ser interpretada al margen de los fines y principios que orientan el Código General del Proceso y que por lo mismo tienen fuerza vinculante. Ello significa que el juez, como director del proceso, ha de estar vigilante para dar cumplimiento a su misión en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya sea al acudir a sus atribuciones oficiosas en el decreto y práctica de pruebas, o bien para hacer una distribución razonable de la carga probatoria según la posición en la que se encuentren las partes en cada caso”.

América latina, coexistiendo con el código procesal penal, uno de los más libertarios del continente. ¡Extraño destino el de este país!”⁵⁵.

Aunque la polémica levantada por el ‘garantismo’ sea de expresión española –varias obras de Cipriani fueron traducidas al español gracias al entusiasmo de Eugenia Ariano (Perú)– la presencia de ‘garantistas’ en foros internacionales y la existencia de seguidores portugueses de aquel procesalista también ha favorecido la circulación en Brasil de las tesis de esa escuela⁵⁶. La anterior observación se completa con una referencia al Prof. Leonardo Greco (Río de Janeiro), un experto local familiarizado con la literatura europea que, poco antes de discutirse la reforma procesal de Brasil, expuso en este país las tesis del ‘garantismo’. El nombre y la obra de Cipriani pasaron, así, a constituir un referente doctrinal y la base intelectual de una escuela ‘privatista’⁵⁷.

Conviene recordar la situación de partida: los dos códigos procesales de 1939 y de 1973, uno y otro profundamente influidos por el derecho y las teorías italianos⁵⁸. En realidad, la reforma del ordenamiento procesal civil no recibió particular impulso ni fue unánimemente reclamada por la doctrina local. Un parlamento desprestigiado que aspiraba a presentar frutos legislativos para justificar su existencia emprendió la codificación del proceso con el telón de fondo –siempre

⁵⁵ A. VELLOSO, *La garantía constitucional del proceso*, p. 104. Recordemos que rige en Colombia desde 2001 un nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 600, de 24 de julio, 2000), que ha recibido el modelo ‘adversarial’ de *common law*. Pero la reforma del proceso, singularmente del proceso penal, ha sido una más de las medidas impuestas a Colombia en el marco de las nuevas políticas impulsadas por las instancias financieras del gobierno global (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial del Comercio): cf. César Rodríguez Garavito *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

⁵⁶ Cf. L. CORREIA DE MENDONÇA, “80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português”, en J. Montero, *Proceso civil e ideología*, 381-438; del mismo, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, pref. Miguel Teixeira de Sousa, Lisboa, Quod juris?, 2002. Al ilustre magistrado Mendonça debemos, además, la exposición más completa de las tesis y las obras de Cipriani: “O Pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil”, en *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 2 (2005), 65-125. Recientemente se anuncia la traducción y publicación en Brasil de Juan Montero (Ed.), *Proceso civil e ideología* (2006): J. C. GUEDES, “Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, en *Revista brasileira de políticas públicas [RBPP]* 6 (jan.-jul. 2016), 115-139, p. 116.

⁵⁷ Cf. “Publicismo e privatismo no processo civil”, en *RdP* 33 (2008), 29-56. Leonardo Greco fue asesor de Alfredo Buzaid cuando este último autor, entonces ministro de Justicia, impulsó el Código procesal de 1973.

⁵⁸ La influencia de Italia parece todavía renovarse: hace pocos años tuvo lugar el “I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil” (São Paulo, 2014), coordinado por C. ZUFELATO, G. BONATO, H. V. MENDONÇA SICA y L. C. BATISTA CINTRA.

atractivo— de la mejora y la prontitud de la justicia. Baste recordar que, en estos días de dura controversia política —incluido el ‘impeachment’ irregular de la presidenta Dilma Rouseff— entre los más de quinientos congresistas casi trescientos han sido o son aún investigados en causas criminales; en el Senado casi cincuenta de los ochenta y un senadores están en el mismo caso. En un clima tan viciado el código procesal parecía una buena excusa; en todo caso, se aprobó con rara unanimidad.

Un código con dos almas. La comisión de expertos que elaboró el anteproyecto por encargo del Senado (ATO n° 379, de 30 de setembro, 2009) se orientó, según la tradición de los códigos de 1939 y 1973, por un texto ‘publicista’ fiel a las enseñanzas de José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹. Al pasar a la Cámara de Representantes, con otros técnicos presentes (en especial, Fredie Souza Didier Jr., asesor del relator del proyecto, diputado Barradas) se produjo un cierto giro ‘garantista’, aunque no siempre como respuesta favorable a las nuevas doctrinas: el recordado Fredie Didier confesó que el escándalo de corrupción conocido como “mensalão”, rigurosamente coetáneo de la tramitación del Código procesal (el juicio del “mensalão” comenzó el 2 de agosto, 2012), generó “uma percepção por parte dos parlamentares de que era preciso reduzir os poderes dos juízes. Eles, claramente, passaram a ter outra postura em relação ao poder do magistrado”⁶⁰.

Contra las acusaciones —precipitadas— de “gattopardismo” el nuevo CPC, tras los debates parlamentarios, presenta un punto de equilibrio entre los modelos procesales que han interesado. “O que caracteriza a nova legislação processual”, ha escrito un conocido experto, “no que atine à relação Estado-indivíduo é a colaboração e o diálogo entre os sujeitos processuais”⁶¹ y, en efecto, la posición activa del juez aparece a veces compensada con la exigencia legal del parecer de las

⁵⁹ De “gattopardismo procesal” hablaron los que se adscribían a la escuela ‘garantista’-‘privatista’, temiendo que el nuevo código replicase los contenidos de 1973: G. G. RAMOS, “Actual debate en el procesalismo brasileño: ¿garantismo o activismo?”, en Rdp 221 (2013), 381-396

⁶⁰ Cf. “O novo CPC não é uma revisão do Código de 1973. É muito diferente”, entrevista a Didier en *Consultor Jurídico*, 2 de julio, 2014 (<https://www.conjur.com.br/2014-jul-02/entrevista-fredie-didier-membro-comissao-reforma-cpc>).

⁶¹ P. H. DOS SANTOS LUCON, en J. W. Bezerra da Costa Neto, “O novo Código de Processo Civil”, de interés para lo que sigue.

partes: tal vez el mejor ejemplo resida en el art. 357 del nuevo Código, que si concede al juez, de un lado, amplias facultades en la gestión de la causa, de otro reclama el acuerdo de las litigantes y la manifestación de sus sugerencias sobre la organización del procedimiento. También cabe recordar el mandato cívico del art. 8 (“ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”), pues estos principios, abiertos a la interpretación, deben leerse con el art. 489, § 2 a la vista, esto es, desde el deber judicial de “no caso de colisão entre normas... justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (lo que, del resto, satisface la norma constitucional de motivar las decisiones judiciales: Constitución federal, art. 93, XI). Y si el juez conserva notables facultades en materia de prueba (art. 370), el Código admite también los “contrats de procedure” (art. 190-191), terminando de este modo la polémica doctrinal sobre los actos dispositivos de las partes con un pronunciamiento favorable de la convencionalidad en los procesos⁶².

“Quando se registram *omissões inconstitucionais* do Estado, sempre tão ilegítimas quanto profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir *incompreensíveis* situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro”⁶³. Bien puede ser. Pero cabe aún pensar que un *activismo institucional* favorable al ciudadano corresponde, sobre todo, a las ramas ejecutiva y legislativa del Estado, manteniéndose técnicamente imparcial el poder judicial, en especial para las causas civiles⁶⁴. Incluso parece posible distinguir –se trata de un problema

⁶² Ha sido significativo, en muestra de un cierto equilibrio ‘garantista’, el veto de la Presidenta Rousseff al largo art. 333, que permitía transformar el proceso individual en proceso colectivo. Cf. J. R. CRUZ E TUCCI, “Contra o processo autóritario”, en RDP 242 (2015), 49-67.

⁶³ Son palabras de José de Celso Mello Filho, presidente del Supremo Tribunal Federal (1997-1999), recogidas por S. D. ORSATTO, “A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil”, en RBPP 5 (2015), 239-251, p. 242.

⁶⁴ G. G. RAMOS, “Actual debate”, cit.

relevante, sin embargo omitido en las discusiones de ideologías procesales— la simple *declaración* de un derecho, un momento procesal en que debe primar la tesis ‘garantista’ y la igualdad formal entre los litigantes, y la *ejecución* de la sentencia que reconoce el derecho declarado cuando, por expresarlo con un título reciente, el proceso civil actúa como “técnica compensatória de desigualdades sociais”⁶⁵. En el ‘momento social’ del juicio ejecutivo jugarían entonces los poderes ‘activos’ del juez, quien, según las circunstancias del caso, tomará conciencia de las condiciones materiales y personales de la parte perdedora e invocará, si fuera necesario, el auxilio de otras instancias (los servicios de asistencia social, la administración sanitaria, las empresas públicas de la vivienda) antes de ejecutar en la vida ordinaria el derecho que ha sido declarado en la abstracción de un debate jurídico⁶⁶.

Podría así llegarse a una síntesis de modelos (aparentemente) opuestos; cuestión palpitante, que sin duda merece un estudio más reposado.

⁶⁵ Tengo presente J. C. GUEDES, *Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais*, tesis doctoral, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

⁶⁶ Interesa el estudio de M. A. RUIZ ALBERT, *El lanzamiento de vivienda como proceso de ejecución con todas las garantías*, tesis doctoral, Universidad de Huelva, 2013.

EL PAPEL DEL DERECHO EN LA PRODUCCIÓN DE LA DESIGUALDAD: EL CASO DE LOS ALIMENTOS

ISABEL C. JARAMILLO-SIERRA¹

La legislación colombiana desde el siglo XIX es clara en señalar que la obligación de proveer lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas corresponde a los miembros de su familia. Esto asunto es particularmente interesante cuando se trata del sostenimiento de niños y niñas, especialmente si sus padres no viven juntos. Dado este vínculo legal entre hijos y madres, las madres no pueden reclamar la imposibilidad de cuidar de sus hijos sin renunciar al mismo tiempo a la maternidad. Los padres tienen la facultad de vivir sin sus hijos y seguir reclamando los beneficios de la patria potestad y el parentesco. Finalmente, en razón de que la terminación de la convivencia generalmente implica una ruptura afectiva, la negociación y cobro de la cuota se vuelve una oportunidad para revisar los sentimientos negativos que tienen los miembros de la pareja. Así, frente a la proposición de que “nadie está obligado a lo imposible”, la respuesta feminista es que de hecho las mujeres sí están haciendo “lo imposible”, a través del rebusque y soportando altos niveles de violencia, perpetuándose con esto su pobreza y exclusión. De allí que acudan a reformas legales y estrategias litigiosas encaminadas a conseguir “cualquier cosa” con tal de aliviar la carga de las mujeres y reducir su desigualdad. Partiendo del análisis de 1690 casos de alimentos, este paper propone entender el problema tomando en consideración tanto la pobreza de los deudores alimentarios, como las necesidades inaplazables de los acreedores menores de edad.

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LOS DATOS
- III. ¿SIRVEN LAS CUOTAS PARA REDUCIR LA POBREZA DE LAS MUJERES Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?
- IV. ¿AYUDAN LAS CUOTAS A DISMINUIR LA DESIGUALDAD?
- V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MODOS DE PRODUCCIÓN NEOCOLONIALES
- VI. CONCLUSIONES

¹ Profesora del curso Teorías Contemporáneas del Género y la Sexualidad (pregrado), Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá. El consejo de redacción ha invitado a la autora a publicar este artículo en esta revista.

I. INTRODUCCIÓN

La legislación colombiana desde el siglo XIX es clara en señalar que la obligación de proveer lo necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas corresponde a los miembros de su familia (Código Civil -1887- art. 411). En un sentido, podría decirse que esta obligación se ha “normalizado” y que las personas viven su cotidianidad con la claridad de que deben velar por el bienestar de los miembros de su familia. En otro sentido, sin embargo, la baja elaboración doctrinal y judicial de la obligación evidencia que la manera en la que se vive la obligación por parte de la mayoría es como una obligación mínima más vinculada al altruismo que a la responsabilidad. En efecto, la ausencia de trabajos académicos y decisiones judiciales que elaboren el marco jurídico revela los bajos niveles de politización del asunto, es decir, las pocas posibilidades que han tenido los más necesitados para reclamar la efectividad de esta garantía. La reacción más frecuente frente a las intenciones de endurecer la persecución de deudores es indicar la inexistencia de la obligación por falta de recursos para asumirla: “nadie está obligado a lo imposible”.²

Estos dilemas se acentúan cuando se trata del sostenimiento de niños y niñas, especialmente si sus padres no viven juntos. Por una parte, ante la prohibición del trabajo infantil y la física dificultad de trabajar que tienen los niños antes de valerse por sí solos –digamos antes de los 5 años-, su dependencia del entorno es completa.³ Sencillamente si alguien no se hace cargo no pueden sobrevivir. Por otra

² N. H. JIMENEZ, “A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria” en *Revista de Derecho*, núm. 43, enero-junio, 2015, pp. 322-349.

³ El artículo 35 del Código de Infancia y Adolescencia al respecto señala: “La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar entre, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo (...)”. Es cierto también que sigue existiendo trabajo infantil: de acuerdo a los datos disponibles, alrededor de un 10% de la población entre 5 y 17 años en Colombia trabaja; el 70% de los menores trabajadores son hombres. Lety Margarita Bohórquez, *El Trabajo Infantil en Colombia*, Informativo de

parte, dado el vínculo legal entre hijos y madres, las madres no pueden reclamar la imposibilidad de cuidar de sus hijos sin renunciar al mismo tiempo a la maternidad.⁴ Los padres tienen la facultad de vivir sin sus hijos y seguir reclamando los beneficios de la patria potestad y el parentesco.⁵ Finalmente, en razón de que la terminación de la convivencia generalmente implica una ruptura afectiva, la negociación y cobro de la cuota se vuelve una oportunidad para visitar los sentimientos negativos que tienen los miembros de la pareja. Así, frente a la proposición de que “nadie está obligado a lo imposible”, la respuesta feminista es que *de hecho* las mujeres sí están haciendo “lo imposible”, a través del rebusque y soportando altos niveles de violencia, perpetuándose con esto su pobreza y exclusión.⁶ De allí que acudan a reformas legales y estrategias litigiosas encaminadas a conseguir “cualquier cosa” con tal de aliviar la carga de las mujeres y reducir su desigualdad.

Partiendo del análisis de 1690 casos de alimentos, este capítulo propone entender el problema tomando en consideración tanto la pobreza de los deudores alimentarios, como las necesidades inaplazables de los acreedores menores de edad. Empieza abordando el asunto del efecto de la cuota sobre la pobreza de los hogares, continúa con una discusión sobre sesgos en el monto de la cuota y el problema de la autonomía de la voluntad en la reproducción, termina con algunas conclusiones

Seguimiento y Evaluación. Dirección de Planeación y Análisis de Política, Ministerio de Protección Social, 2016.

⁴ Mientras que el padre o madre que tiene el cuidado personal del menor debe demostrar que garantiza todos sus derechos o enfrentarse a la posibilidad de que lo declaren adoptable como medida de restablecimiento de sus derechos (artículo 53 Código de Infancia y Adolescencia), para la emancipación judicial del menor por parte de una autoridad judicial, única norma que se considera aplicable al padre que no tiene el cuidado personal, se exige maltrato habitual que ponga en riesgo la vida del menor, abandono, depravación o pena privativa de la libertad superior a un año (artículo 315 Código Civil).

⁵ La legislación colombiana distingue entre la patria potestad, que es el conjunto de derechos que la ley le da a los padres para el cumplimiento de sus deberes (artículo 288 del Código Civil) y que se ejerce de manera conjunta mientras vivan los padres (artículo 288 del Código Civil), y el cuidado personal, que también tienen los padres de manera conjunta mientras cohabiten (artículo 453 del Código Civil). Cuando la cohabitación termina lo único que se ve afectado es el cuidado personal, quedando el padre o madre que tiene el cuidado personal obligado a conseguir la autorización del otro para todas las decisiones relacionadas con la patria potestad. Aunque en la práctica esto solamente se traduce en un poder de veto, el hecho que pueda ejercerse de manera arbitraria y aleatoria deja a quienes cohabitan con el menor en una gran inseguridad respecto a sus posibilidades de tomar decisiones.

⁶ Este argumento está finamente desarrollado en el capítulo de L. ZABALA en este libro.

sobre la importancia de tomarse en serio lo que hombres y mujeres están diciendo sobre el peso de su situación concreta. De esta forma, el capítulo busca intervenir en dos debates contemporáneos más amplios: el debate sobre las múltiples opresiones y la posibilidad de un proyecto de justicia total y el debate sobre el papel del derecho en la producción de la desigualdad. Frente al primero sugiere que aunque sea posible imaginar una justicia total, la implementación lleva a tomar decisiones sobre secuenciamiento que implican sacrificar unos fines al menos temporalmente. Frente al segundo muestra que el incumplimiento o desobediencia no son suficientes para explicar la desigualdad y por eso reforzar el mecanismo punitivo agrava más de lo que alivia la situación.

II. LOS DATOS

Durante aproximadamente un año, entre julio de 2015 y julio de 2016, se recogieron datos relacionados con 1690 casos de alimentos atendidos por los Consultorios Jurídicos de las Universidades de: Los Andes, Santo Tomás-Bogotá, ICESI, San Buenaventura-Cali, Universidad de Bolívar, Universidad Eafit, Universidad de Antioquia y Universidad del Norte (ver figura 1). Estos casos constituyen el total de casos atendidos por estos consultorios jurídicos entre el año 2010 y el año 2014. Los equipos que trabajaron en la recolección de datos estuvieron conformados por estudiantes de cada una de las universidades mencionadas bajo la dirección de un profesor o asesor del Consultorio Jurídico.⁷ Los datos se recogieron usando una ficha común que daba cuenta de las particularidades de los casos y de la información de los consultorios jurídicos.⁸

⁷ Esta base de datos fue construida bajo el liderazgo de Sergio Anzola, asistente de investigación en el proyecto y estudiante de doctorado en derecho en la Universidad de los Andes, y con la participación de equipos de cada una de las Universidades donde se recogieron los datos. Agradezco su trabajo juicioso que hizo posible construir esta base de datos.

⁸ Incluimos la ficha en el Anexo 1.

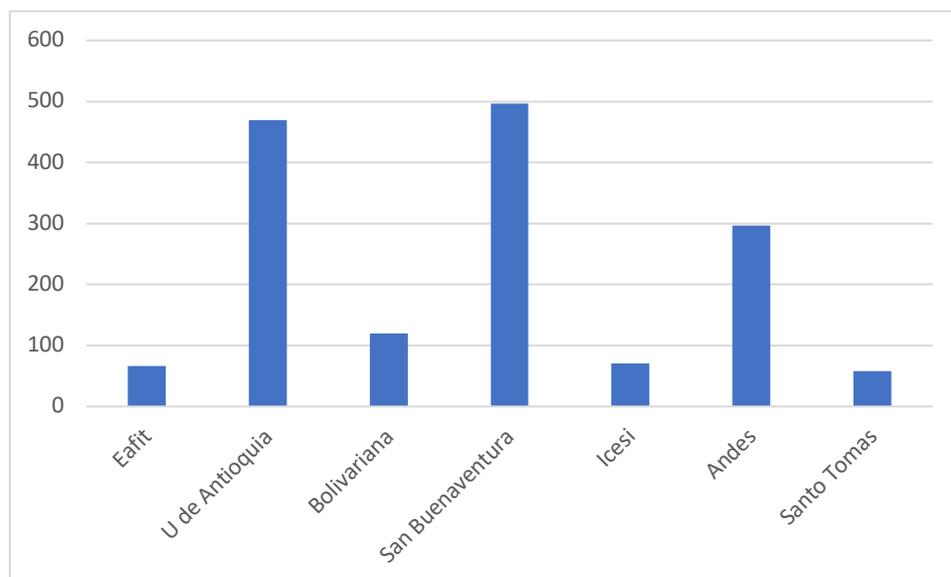


Figura 1. Expedientes Revisados por Universidad

Se privilegiaron los Consultorios Jurídicos como fuentes frente a los despachos judiciales por tres razones. En primer lugar, porque dadas sus obligaciones legales, los Consultorios Jurídicos son mucho más cuidadosos con la tarea de archivo que los despachos judiciales mismos. En segundo lugar, porque los estudiantes de los Consultorios Jurídicos recogen información demográfica sobre sus clientes que no aparece en los expedientes judiciales. Finalmente, porque el trabajo con los Consultorios Jurídicos permitía involucrar académicos y estudiantes de diversas especialidades, intereses y perspectivas, que podrían contribuir en la elaboración intelectual del problema, como de hecho terminó ocurriendo.

Es importante señalar que para incrementar la uniformidad en los datos, se hicieron entrenamientos con los equipos de todas las ciudades y se verificó que las instrucciones eran cabalmente entendidas por quienes irían a los archivos. Para verificar la compatibilidad de las muestras se realizaron validaciones de hipótesis para las diferencias entre los valores promedio de las siguientes variables: edad del demandante, número de dependientes, clase social, ingreso del demandante y número de hijos elegibles para cuotas alimentarias. Estas validaciones de hipótesis revelaron que los demandantes en cada muestra tienen características socio económicas similares.

Las diferencias en el número de casos atendidos por cada consultorio jurídico (ver figura 1), de otra parte, no se atribuyeron a diferencias en necesidades jurídicas de cada ciudad o a diferencias en la confianza de las mujeres frente al sistema legal. Los directores de los Consultorios Jurídicos señalaron que serían mejores explicaciones la ubicación geográfica, el número de estudiantes de la Facultad de Derecho y la utilidad percibida de involucrarse en este tipo de litigios. De hecho debe resaltarse que los dos consultorios jurídicos que más casos de estos llevaron tienen grandes poblaciones de estudiantes y una inclinación a litigar los casos de los más pobres aún si la intervención no necesariamente es exitosa.

La mayoría de los casos estudiados corresponde a casos en los que la cuota se fijó en una conciliación (1072 casos) y a casos en los que la cuota se estaba estableciendo por primera vez. 470 casos involucraban una solicitud de reclamar cuotas alimentarias debidas por un proceso ejecutivo y 198 casos a modificaciones en la cuota alimentaria. (Ver figura 2) No se tuvo en cuenta, sin embargo, si el caso se ganó o perdió sino cuáles eran las características de demandantes y demandados y cuál fue el montó que quedó establecido para la cuota.

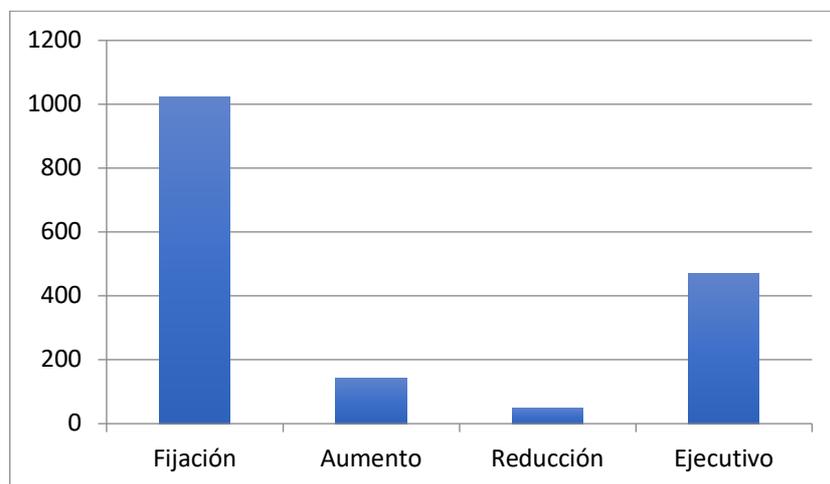


Figura 2. Tipo de Reclamo en Relación con la cuota

1426 de 1690 demandantes eran mujeres y de estas 973 eran solteras. Del total de demandantes una tercera parte declararon estar desempleados (Ver figura 3). La edad promedio de los demandantes se estableció en 33,5 años (solamente 1204

casos tenían información sobre la edad) (ver figura 4) y su ingreso promedio en \$339,616 (solamente 1118 casos tenían información sobre los ingresos del demandante). Cabe anotar que la diferencia en los ingresos promedio de hombres y mujeres es significativa: mientras que el ingreso promedio para los hombres fue de \$546,100 (174 en total), para las mujeres fue de \$302,435 (928 demandantes). De los 397 demandantes que declararon no tener ningún ingreso, 370 eran mujeres.

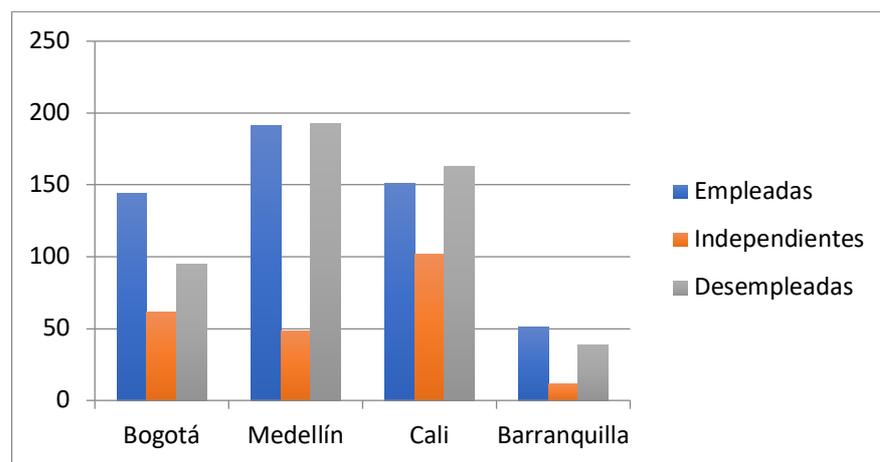


Figura 3. Empleo de los demandantes

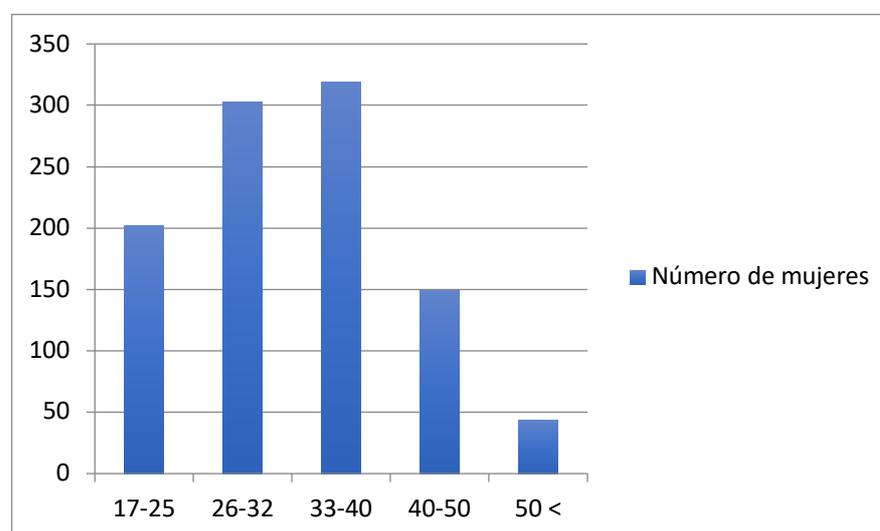


Figura 4. Rangos de edad de las demandantes

En la mayoría de los casos los demandantes reclamaban alimentos para un solo hijo con una edad promedio de 8 años. (Ver figura 5) La mitad de estos niños fueron identificados como hijos matrimoniales y la otra mitad como hijos

extramatrimoniales (1401 demandantes hicieron explícita la condición del hijo en relación con el demandado).

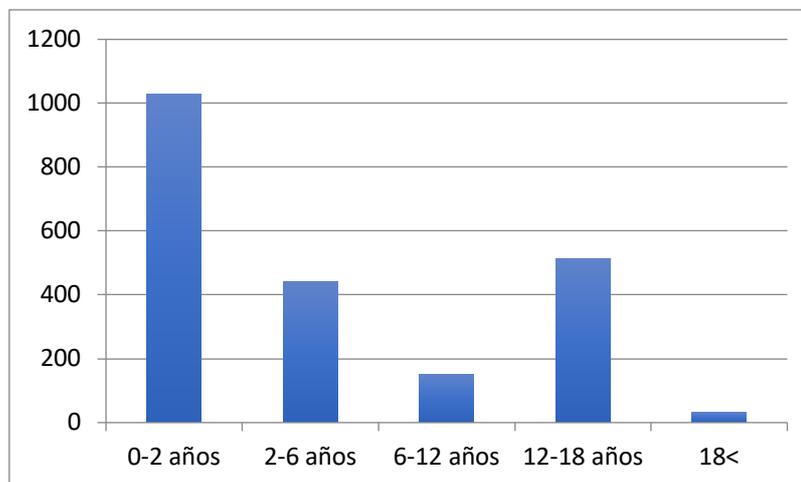


Figura 5. Edad de los hijos para los que se solicita la cuota

III. ¿SIRVEN LAS CUOTAS PARA REDUCIR LA POBREZA DE LAS MUJERES Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

De acuerdo con la normatividad existente, las cuotas alimentarias deben calcularse teniendo en cuenta la capacidad del deudor y la necesidad del acreedor (artículos 419 y 420 Código Civil). En el caso de los menores de edad, “se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes” (artículo 24 Código de Infancia y Adolescencia). Es decir, que la necesidad del alimentado se debe calcular teniendo como parámetro la garantía de sus derechos y no solamente, como dice el Código Civil, lo que le corresponde por razón de su clase social (artículo 414 Código Civil). El cálculo de la capacidad de los deudores, de otro lado, debe tener en cuenta: 1) que la obligación alimentaria de padres y madres frente a sus hijos es igual, es decir recae en ambos de la misma manera; 2) que cuando existe

más de un hijo, en principio, debe tratarse de igual manera a todos los hijos; 3) que la mayoría de las personas en Colombia recibe recursos “informalmente”, ya sea por el tamaño de la empresa en la que laboran, por estar dedicados a trabajar de manera independiente o por estar dedicados al rebusque.⁹ Adicionalmente es relevante que el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia prevé que “En todo caso se presumirá que devenga [el deudor] al menos el salario mínimo legal” y el artículo 130 del mismo Código establece que se podrá embargar hasta el 50% de lo que compone el salario mensual del demandado.

Así, el modelo que podríamos llamar “legal” llevaría a concluir que si el demandado tiene un solo hijo el monto de la cuota podría ser de medio salario legal mensual, que para el año 2014 correspondía a \$308.000. A esta suma se le podría reducir el aporte de la madre, si se demostrara que la madre tenía ingresos o se aplicara la misma presunción de ingresos a la madre que la que se aplica al padre. Esto se corresponde de manera bastante cercana al monto promedio de las cuotas acordadas o fijadas judicialmente en los casos estudiados: \$151,147 (ver figura 6).

⁹ El DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estadística) define la informalidad usando como parámetros la escala de personal en las empresas (es informal si tiene menos de 5 empleados), excluyendo a los independientes y los empleados del gobierno, y la afiliación a la seguridad social. Estos dos parámetros arrojan una informalidad de 51% para el año de 2010 y 48% para 2014. Para 2016 corresponde a 47,5%. Las cotizaciones a pensiones tienen unas tasas similares, mientras que la afiliación a salud asciende a un 93% de la población ocupada. DANE, Boletín Técnico, Abril 2016. Disponible en: <http://www.dane.gov.co/boletines/ech>.

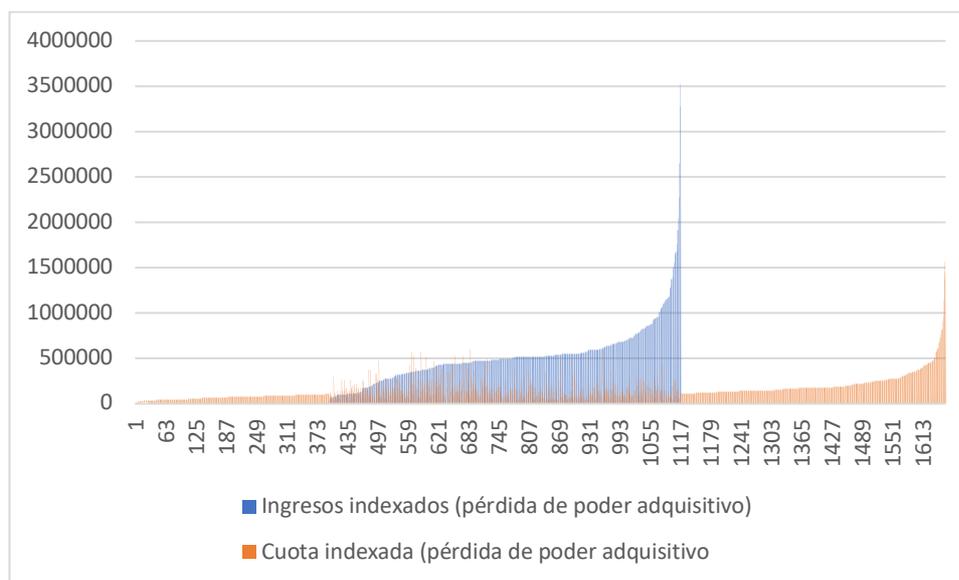


Figura 6. Ingresos de las demandantes y montos de las cuotas

Esta suma es problemática por varias razones. La primera de ellas es que, como se dijo más arriba, los ingresos promedio de hombres y mujeres demandantes de alimentos en estos casos son significativamente diferentes. Mientras que los hombres en promedio ganaban un poco menos que el salario mínimo legal vigente para 2014 (\$616,000), las mujeres ganaban mucho menos (alrededor de la mitad). La segunda de ellas es que 370 de las demandantes afirmaron no tener empleo y no tener ningún ingreso sin que se hubiera podido probar en contrario. La tercera razón, y tal vez la más significativa, es que de acuerdo con el DANE la medida de pobreza monetaria indirecta para el año de 2014 consistía en contar con un ingreso inferior a \$211,807. Esto implica que, de entrada, para los niños y niñas con una madre desempleada y recibiendo cero ingresos, la cuota no es suficiente para sacarlos de la pobreza. Esta situación se agrava si alguno de los padres tiene más de un hijo pues si su empleo es por fuera del sistema “formal” y no tiene registrados bienes a su nombre, lo que sigue contando es la presunción de que recibe al menos un salario mínimo legal mensual. En este caso, como lo muestran también los datos del estudio, la cuota alimentaria no puede incrementarse sino que el mismo valor se asigna a los hijos para ser distribuido entre ellos por partes iguales. De hecho, solamente en 28 de los casos estudiados, la cuota alimentaria sirvió para que los

ingresos combinados del hogar llegaran a superar la cifra de pobreza monetaria indirecta. El efecto promedio de la cuota alimentaria sobre el ingreso per cápita de los hogares involucrados apenas alcanzó a ser de \$60,833 en promedio. (ver figura 7).

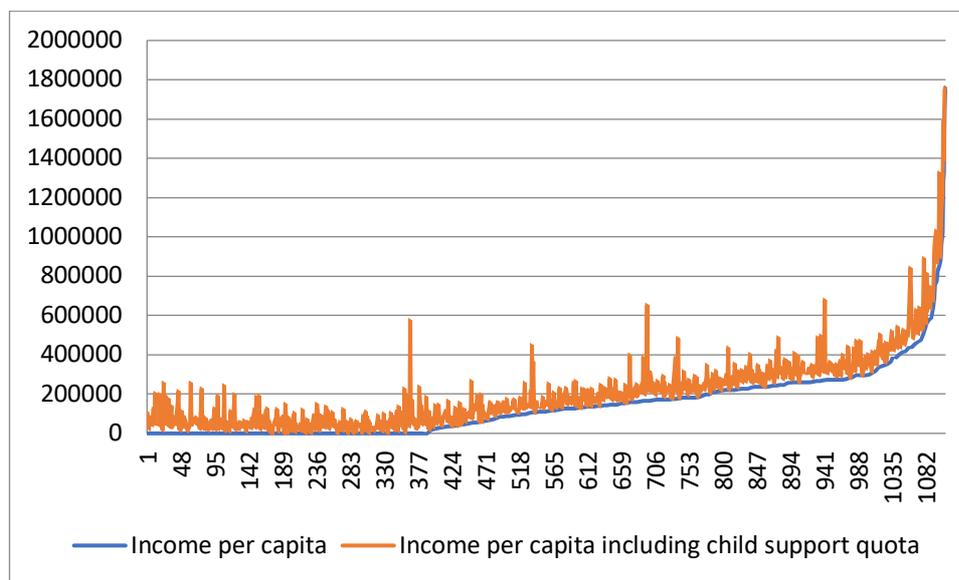


Figura 7. Ingreso per capita en los hogares incluyendo la cuota alimentaria

Como puede verse, la solución del legislador para reducir la carga probatoria de los demandantes y de esta manera proteger a los niños, niñas y adolescentes en sus ingresos, está lejos de ayudar efectivamente a superar la pobreza de estos niños. De hecho, usando datos del DANE Meyer y Cuesta han mostrado que al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, en Colombia el sistema legal logra recuperar por vía de alimentos más recursos para los niños más pobres, pero también al contrario de lo que ocurre en los Estados Unidos, el efecto de esto sobre la pobreza en general es muy pequeño.¹⁰

La mayoría de los países del Atlántico Norte han resuelto este círculo de pobreza, en el que la pobreza intenta resolverse exprimiendo a otro pobre y eventualmente encarcelando a los que no logran cumplir sus obligaciones, por la vía de generar subsidios que reemplacen las cuotas alimentarias cuando se

¹⁰ V. L. CUESTA y D. R. MEYER, "The Role of Child Support in the Economic Wellbeing of Custodial-Mother families in Less Developed Countries: The Case of Colombia" in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 28 (2014) pp. 60-76.

demuestra que el padre está ausente, no paga o no paga lo suficiente.¹¹ Estos subsidios, a diferencia del de Familias en Acción, no exigen que se demuestre por la vía de visitas domiciliarias la pobreza extrema, sino que se basan en información existente en los diferentes sistemas administrativos sobre las familias y sus recursos.¹² A la luz de los esfuerzos que ya se han desplegado en Colombia para garantizar los derechos de poblaciones vulnerables, en particular de familias víctimas de la violencia, el costo administrativo de implementar este tipo de sistema no es prohibitivo.¹³

IV. ¿AYUDAN LAS CUOTAS A DISMINUIR LA DESIGUALDAD?

Además de este efecto negativo de la legislación sobre cuotas alimentarias en relación con la pobreza, la muestra estudiada refleja un sesgo contra los hijos nacidos fuera del matrimonio y contra las mujeres jóvenes. También muestra que las cuotas acordadas por vía de la conciliación terminan siendo más bajas que las fijadas en la instancia judicial. Para observar estos sesgos, se construyeron tres modelos con los datos. El primer modelo, bautizado como modelo legal, usa como variables únicas para explicar el monto de la cuota la clase social declarada por la madre y sus ingresos. El segundo modelo, bautizado como modelo real, usa

¹¹ V. J. BRADSHAW y N. FINCH, A Comparison of Child Benefit packages in 22 countries, Research Report No. 174, Department for Work and Pensions, United Kingdom (2002).

¹² Para acceder a subsidios en Colombia debe acreditarse haber sido encuestado usando la metodología 3 del SISBEN. La encuesta es administrada a nivel municipal por las secretarías de planeación. En Bogotá, por ejemplo, para ser encuestado se necesita acudir a un CADE o SuperCADE con un documento de identidad y un recibo de servicios públicos pues la encuesta sigue la metodología de hogares. Según la página web de la entidad, “las solicitudes de encuesta SISBEN se atienden en orden de acuerdo a la fecha de registro y están sujetas a la disponibilidad de recursos y a los procesos contractuales”. Los solicitantes deben proveer sus documentos de identidad, responder las preguntas del formulario y autorizar la visita domiciliaria. Solamente cuando se completa esto se puede proceder a la clasificación del hogar de acuerdo con el puntaje obtenido. Para acceder al subsidio el hogar debe haber puntuado por debajo de 30. Ver: www.sdp.go.co.

¹³ La ley 1448 de 2011 creó la red nacional de información de víctimas a cargo de la Unidad de Víctimas. Ver: <https://rni.unidadvictimas.gov.co>. Este sistema incluye datos para 8.373.463 personas, alrededor de una sexta parte de la población nacional. La unidad ha logrado combinar estos datos con datos administrativos disponibles en otros organismos, ministerio de salud y educación por ejemplo, para determinar la garantía del goce efectivo de derechos de la población víctima. Este aprendizaje podría trasladarse a otros campos donde existen necesidades igualmente urgentes.

solamente variables que no están mencionadas por la legislación de manera explícita, siendo algunas de ellas prohibidas: la edad de la demandante, la edad del demandado, la legitimidad del hijo, el estado civil de las demandantes, la custodia y el procedimiento utilizado para fijar el monto de la cuota. El tercer modelo, llamado modelo integrado, une todas las variables para ver el efecto específico de las variables “reales” y en particular las discriminatorias una vez se combinan con las variables legales. Cada modelo se calculó usando una regresión de mínimos cuadrados ordinarios (OLS) usando el monto de la cuota como variable dependiente. Las variables de legitimidad, custodia, estado marital y procedimiento se incluyeron como dummies. Para la legitimidad, se asignó valor de 1 a los hijos nacidos fuera del matrimonio y 0 para los matrimoniales; para la custodia se usó 1 en los casos en los que la madre tenía la custodia y 0 para los casos en los que no la tenía; para el estado marital de la madre se usó 1 si era soltera y 0 si estaba casada o unida; finalmente para el procedimiento se asignó 1 para los casos de litigio y 0 para los de conciliación.

Los resultados para cada modelo se presentan en la tabla 1. Muestran que si bien los ingresos y la clase social están significativamente asociados con el monto de la cuota, como sería de esperarse, también lo están la edad de la madre y la calidad de matrimonial del hijo. De hecho, en el modelo integrado resulta que los hijos matrimoniales reciben al menos \$44,000 más que los hijos nacidos fuera del matrimonio y que por cada año de la madre aumenta en \$2,996 lo que puede cobrar como cuota alimentaria para sus hijos. Interesantemente, la edad de los hijos que resulta significativa en el modelo real deja de serlo en el modelo integrado.

Tabla 1. Modelos para calcular las cuotas alimentarias de los hijos

	(1)	(2)	(3)
	Modelo Legal	Modelo Real	Modelo Integrado
Ingreso (indexado)	0.04*** (0.01)		0.04* (0.02)
Estrato de la demandante	40775.43*** (6325.50)		48587.84*** (8236.89)
Edad de la demandante		4198.57*** (736.45)	2996.31*** (880.58)
Edad del menor		-3109.91* (1238.22)	-2756.85 (1461.57)
Legitimidad		-41297.37*** (11811.65)	-44081.36** (13608.91)
Madre es soltera		7645.46 (11944.71)	14374.65 (14081.21)
Madre habita con el menor		22597.98 (18771.24)	31028.39 (21614.02)
Procedimiento para llegar a la cuota		11081.72 (12543.12)	28748.19* (14082.50)
Constante	95313.11*** (13352.54)	64221.21* (30365.56)	-19170.15 (38888.52)
Observaciones	969	883	513
Adjusted R ²	0.07	0.05	0.12

El sesgo contra los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta discriminatorio a la luz del artículo 13 de la Constitución política que garantiza el trato igualitario a personas con distintos orígenes familiares y del artículo 42 de la Constitución que asegura que la familia no será tratada de manera diferente así resultare de un contrato solemne o consensual. Dados los esfuerzos del legislador y el constituyente por establecer esta igualdad, resulta sorprendente que siga manifestándose en la práctica. En efecto, desde el siglo XIX los liberales han venido denunciando el privilegio del matrimonio y exigiendo que se reforme la legislación que garantiza dicho privilegio. Durante el período de 1850 a 1887 intentaron múltiples alternativas para derrocar el privilegio, siendo finalmente derrotados por el proyecto de la Regeneración en 1887.¹⁴ Desde entonces, tomó casi un siglo materializar los reclamos claramente formulados desde tan temprano en nuestra historia republicana: en 1982 se establece finalmente la igualdad de los hijos nacidos fuera del matrimonio en términos sucesorales y se prohíbe utilizar la expresión “ilegítimos” para referirse a ellos; en 1991, como ya se dijo, se incluye el origen familiar explícitamente como criterio sospechoso para un trato diferenciado y se exige el reconocimiento de las llamadas “familias de hecho”.

Las normas actualmente existentes en materia de alimentos, no obstante, autorizan el trato diferenciado al poner sobre las madres la carga de reclamar los alimentos y no establecer criterios ciertos para calcular las cuotas. Las madres terminan “encartadas” en nuestro ordenamiento de varias maneras. Primero, mientras que la maternidad siempre se establece de la misma forma (por el alumbramiento, artículo 1 ley 45 de 1936), la paternidad de quien no es el marido o compañero permanente debe fijarse por un acto solemne y voluntario de reconocimiento o por una decisión judicial (artículos 1 a 10 de la Ley 75 de 1968). Así, la madre que da a luz un hijo fuera del matrimonio queda en la situación de tener que “buscar” al padre para que lo

¹⁴ Ver I. C. JARAMILLO SIERRA, *Derecho y Familia en Colombia*. Historias de Raza, Género y Propiedad (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013), especialmente el capítulo 2.

reconozca o iniciar un proceso judicial aportando pruebas suficientes de su demanda. Segundo, mientras que el cuidado personal del hijo nacido en el matrimonio se considera una obligación de ambos padres, en el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio la legislación no establece la obligación de los padres de llegar a un acuerdo de custodia y visitas una vez se establece la paternidad. Se asume que continúan las cosas como estaban: la madre sigue con el cuidado personal de los hijos. Tercero, las mujeres no pueden terminar los embarazos no planeados ni los embarazos no deseados salvo cuando su salud está en peligro, el producto de la gestación es inviable o han presentado ante las autoridades una denuncia por acceso carnal violento (Sentencia C-355 Corte Constitucional de Colombia). Como lo muestran varios estudios realizados, ni siquiera en estas circunstancias pueden las mujeres decir que verdaderamente tienen acceso a una interrupción de su proceso de gestación.¹⁵

El que la edad de las demandantes afecte el monto de la cuota es demostrativo de hasta qué punto está sujeto a la capacidad de negociación de las partes involucradas. De otra manera es difícil explicar por qué la edad de los hijos no está simultáneamente relacionada con el monto de la cuota o por qué descriptivamente el monto de la cuota se reduce con la edad en lugar de aumentar. Esto se refuerza con el resultado que muestra que en los casos conciliados las cuotas son inferiores a las establecidas en los casos litigados (ver tabla 1).

El uso de una fórmula abierta para calcular los alimentos no colabora a reducir el riesgo de discriminación. Aunque parecería favorecer a todos los involucrados dejando espacio para mayor equidad en las decisiones, a la luz de la urgencia de las necesidades y los diferenciales de poder entre padres y madres en relación con los ingresos, esta fórmula ha sido reemplazada en varios países por criterios precisos basados en información recolectada por agencias del estado. Este es el caso, por

¹⁵ Sobre la liberalización del aborto en Colombia véase I. C. JARAMILLO SIERRA y T. A. SIERRA, *Mujeres, Cortes y Medios. La Reforma Judicial del Aborto en Colombia* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Ediciones Uniandes, 2008). Sobre la implementación de la regulación existente sobre el aborto, véase UNFPA y Ministerio de Salud, *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Colombia* (2014).

ejemplo, de varios estados de los Estados Unidos donde se han determinado valores fijos para las cuotas según niveles de ingresos de los padres y guías precisas sobre los factores que deben tenerse en cuenta al momento de decidir las cuotas judicialmente.¹⁶ En Francia, por mencionar otro caso, las personas pueden decidir entre reclamar una cuota de menor valor que paga enteramente el estado o acudir a la instancia judicial para obtener el pago directamente del padre.¹⁷

V. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MODOS DE PRODUCCIÓN NEOCOLONIALES

La principal preocupación que generan modificaciones orientadas a eximir a ciertos hombres de pagar cuotas alimentarias, cambiando al marido por el estado, y a facilitar su cobro, mediante guías, presunciones administrativas y burocracias masivas, es la de que se incentive la “irresponsabilidad” reproductiva de los hombres y se genere un incentivo perverso para las mujeres frente a la maternidad.¹⁸ Frente a estos dos argumentos vale la pena preguntarse: ¿por qué querrían los hombres tener hijos frente a los cuales no asumen ninguna responsabilidad y no

¹⁶ Véase por ejemplo S. F. GOLDFARB, “Child Support Guidelines: A Model for Fair Allocation of Child Care, Medical and Educational Expenses” in *Family Law Quarterly*, vol. 21 (1987-1988) pp. 325-352; M. M. KLAUITTER, “Who gains, who loses from changing US child support policies?” in *Policy Sciences*, vol. 27 (1994), pp. 197-219; U. NEELAKANTAN, “The impact of changes in child support policy” in *Journal of Population Economics*, vol. 22 (2009) pp. 641-663.

¹⁷ Véase BRADSHAW y FINCH, citados en la nota 10. Véase también: L. CRAIG y K. MULLAN, “Parenthood, gender and work-family time in the United States, Australia, Italy, France and Denmark” in *Journal of Marriage and the Family*, vol. 72 (2010) pp. 1344-1361; y J. FAGNANI y M.-T. LETABLIER, “Work and Family Balance: The impact of 35 hours laws in France” en *Work, Employment and Society*, vol. 18 (2004), pp. 551-572.

¹⁸ Sobre los papás que no quieren pagar y el peligro de concentrarse en los aspectos morales de esta negativa, véase: R. B. MINCY y E. J. SORENSEN, “Deadbeats and Turnips in Child Support Reform” en *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 17 (1998) pp. 44-51; C. WIMBERLY, “Deadbeat dads, Welfare moms and Uncle Sam: How the Child Support Recovery Act Punishes Single-Mother Families” en *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000) pp. 729-766; L. M. ARGYS, E. PETERS y D. WALDMAN, “Can the Family Support Act Put some Life Back into Deadbeat Dads?: An Analysis of Child Support Guidelines, Award Rates and Levels” in *The Journal of Human Resources*, vol. 36 (2001), pp. 226-252; S. BASKERVILLE, “The Politics of Fatherhood” en *Political Science and Politics*, vol. 35 (2002), pp. 695-699; M. CANCIAN, D. MEYER y E. HAN, “Child Support: Responsible Fatherhood and the Quid Pro Quo” in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 635 (2011), pp. 140-162.

ejercen ningún derecho? ¿por qué querrían las mujeres tener más hijos si toda la carga de cuidarlos y sostenerlos les corresponde a ellas?

Una primera respuesta, que no es difícil de descartar, es que la maternidad es “cosa de mujeres”, es decir, que a los hombres “no les nace” y a las mujeres sí. En este sentido, lo sencillo, lo que resulta natural y obvio para los hombres es “desentenderse” y lo sencillo para las mujeres es “obsesionarse”. La consecuencia de este estado de cosas es la creencia de que el derecho deba usarse para “forzar” lo que no es natural: cuidar de los hijos para los hombres y no tener hijos para las mujeres. Dos objeciones se han propuesto a esta manera sencilla de proponer la cuestión: a) el derecho no puede convertir peras en manzanas, es decir, no puede transformar lo “natural” sino meramente influir en la “cultura”; b) no se ha articulado de ninguna manera sensata una prueba de lo “natural”, en otras palabras, esta idea de lo natural no tiene nada que ver con lo que consideramos científico o al menos no ha podido ser “demostrada” científicamente.¹⁹

Una segunda respuesta defiende que el cuidado no es una inclinación natural sino justamente un aprendizaje cultural y por eso debe utilizarse la coerción para lograr el cuidado en su “justa” y adecuada medida, es decir, que “cada quien tenga los hijos que puede sostener”. Así, forzar a los hombres a pagar por la paternidad mediante la amenaza de cárcel y desproteger a las mujeres frente a la maternidad poniéndoles una carga desproporcionada se suponen mecanismos convincentes para hacer cambiar actitudes arraigadas. El problema de esta respuesta es que, como se ha tratado de mostrar, no funciona: genera unos costos mucho más altos que los resultados en términos de reducción de pobreza. Entre los costos se encuentran la congestión de la justicia civil, en la que alrededor de un tercio de los casos tiene que ver con este asunto, y de la justicia penal, donde este delito también ocupa un lugar preponderante por su frecuencia. Los dos datos combinados no sólo revelan los costos burocráticos del régimen sino su baja capacidad para obtener los resultados:

¹⁹ Este es el punto que las feministas en los Estados Unidos han intentado defender al introducir la categoría de género en sus análisis. Véase al respecto el trabajo de J. SCOTT, “Gender: A useful category for historical analysis” en *The American Historical Review*, vol. 91 (1986), pp. 1053-1075.

no sólo los jueces civiles están permanentemente decidiendo sobre casos de alimentos sino que sus órdenes se incumplen a tal punto que también se congestiona la justicia penal. Más interesante aún es el bajo número de condenas efectivas por cuenta de este delito y la tendencia de los fiscales a intentar por todos los medios una conciliación conducente a fijar una cuota que el sindicato “pueda pagar”.²⁰ Ciertamente las mujeres no están respondiendo “adecuadamente” a la penalización del aborto ni a sus sobrecargas en materia reproductiva. Aunque el número de hijos por mujer ha disminuido, siguen siendo las mujeres más vulnerables las que toman la “mala decisión” de asumir este costo.²¹

Entre las feministas una respuesta reiterada es que los hombres hacen lo que hacen porque el sistema se los permite, el privilegio masculino como corolario del patriarcado, y las mujeres hacen lo que hacen porque el sistema no les permite nada más, la opresión femenina. Algunas de las explicaciones feministas sobre la raíz del patriarcado, sin embargo, generan paradojas en relación con este resultado sobre la reproducción. Tomemos, por ejemplo, la hipótesis de Catharine Mackinnon sobre la erotización de la dominación. De acuerdo con esta hipótesis, el género es una consecuencia del sexo, tanto de la existencia de cuerpos diferenciados como del hecho de que unos se imponen –penetran– a otros.²² En esta explicación, la pobreza de las mujeres es necesaria para que los hombres se exciten y obtengan placer sexual. Pero por qué sería necesario también que las mujeres se embarazaran y maternalizaran? De hecho Mackinnon piensa que los hombres podrían estar muy interesados en liberalizar el aborto. La hipótesis Engeliana de que la razón del patriarcado es la importancia de la monogamia para la acumulación del capital tampoco parece llevarnos muy lejos.²³ Aunque esta parecería ser todavía una buena explicación a la violencia que padecen las mujeres en múltiples niveles y sus

²⁰ Ver N. HERNÁNDEZ, citado en la nota 1.

²¹ Véase el estudio de C. M. GÓMEZ, *Descenso de la fecundidad, participación laboral de la mujer y reducción de la pobreza en Colombia, 1990-2010* (Bogotá, Profamilia: 2013).

²² C. MACKINNON, “Hacia una Teoría Feminista del Estado” en *Crítica Jurídica* (Mauricio García, Isabel C. Jaramillo y Esteban Restrepo, coords.) (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2002).

²³ F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (1884).

encierros físicos y simbólicos, no explicaría muy bien por qué los hombres “abandonan” a su progenie.

La historia colonial parecería explicar en parte lo que resulta contradictorio: en sociedades fuertemente racializadas, en donde la reproducción no es solamente privilegio masculino sino privilegio de raza, los hombres “de color” no pueden reproducirse y la maternidad se convierte en una herramienta de supervivencia para las mujeres.²⁴ Para los hombres de color, la reproducción es “imposible”, por un lado, porque no pueden acumular capital que justifique identificar a alguien como su hijo; por otro lado, porque les resulta imposible “cuidar” de sus mujeres y atender las exigencias de sus patronos al mismo tiempo. Desarraigados, sin tierra, difícilmente logran establecerse en un lugar cuando ya tienen que salir corriendo a otro: para recoger la cosecha, cuidar el ganado, construir la carretera, construir el pozo petrolero, defender la patria, proteger su vida.²⁵ Para las mujeres de color, la maternidad es el único reclamo que logra hacer algún eco en el sistema, en últimas, alguien le dará algo para sostener el hijo y este hijo la sostendrá a ella después. Ancladas ellas si, invierten en estos hijos en el largo plazo para poder sobrevivir.

Muchas reglas contribuyen, claro, a la expropiación de los hombres y mujeres de color. Pero parecen particularmente importantes en relación con la cuestión de la reproducción, entre otras por el poco debate que han merecido, las reglas y prácticas que unen la paternidad a la biología en lugar de la residencia y las que autorizan concentrar grandes números de hombres como “obreros”. En el derecho colombiano actual, en efecto, el esposo de la madre no tiene en principio obligación alguna con su hijo o hija y principalmente no tiene respecto de él o ella ningún derecho. Así, aunque en principio las cargas de familia corresponden a la sociedad conyugal (artículo 1796 del Código Civil), las deudas relacionadas con el establecimiento de hijos de matrimonios anteriores generan recompensas para el cónyuge que no es padre o madre. La patria potestad del cónyuge divorciado no se

²⁴ ISABEL C. JARAMILLO SIERRA, citado en la nota 13, especialmente el capítulo 1.

²⁵ Solamente las cifras de desplazamiento forzado arrojan una población migrante de más de seis millones de personas. Véase el Registro único de víctimas en la página web de la red nacional de información: www.rni.uariv.gov.co.

altera tampoco en lo absoluto. El hombre residente, pues, puede portarse frente a los hijos de su esposa o compañera, como si fueran extraños: no les debe nada a ellos y ellos no le deben tampoco nada a él. Esto implica que la mujer no solamente debe proteger ahora a su hijo o hija de su padre sino también del extraño que vive con ellos. Adicionalmente, la mujer debe perseguir, muy literalmente, al hombre que le adeuda lo necesario para que ella pague las deudas al nuevo proveedor y para obtener autorización para hacer cualquier cosa en relación con sus hijos –la patria potestad conjunta la obliga a esto. Darle al hombre “residente” la facultad de convertirse en un verdadero padre de crianza sería una forma de aliviar la carga de la mujer y proteger a los hijos. No sería necesario terminar todo vínculo con el padre biológico sino simplemente permitir al hombre residente asumir el rol de padre si el padre biológico no es capaz o no está interesado en hacerlo. Las reglas podrían incluir una indignidad para el padre biológico y una facultad de heredar del hijo de crianza como compensación de los gastos incurridos.

Más importante aún, podrían modificarse las reglas laborales para obligar la paridad en todo tipo de trabajos y ocupaciones. Terminaríamos así con los campamentos de hombres solos y toda la distorsión que implican para la distribución social del trabajo reproductivo entre hombres y mujeres pero, sobre todo, daría a los hombres y mujeres de color la posibilidad de participar efectivamente de este proyecto.

VI. CONCLUSIONES

Estudiar la manera en la que operan las normas relacionadas con los alimentos ha permitido aquí entender la relación de este régimen con la pobreza, el género y la raza. Aclara también a qué grupos podrían favorecer algunas reformas más que otras: mientras las reformas para reducir la victimización de los hombres pobres contribuye a mejorar la situación de los hombres pobres, que también son hombres de color; las reformas para reducir la discriminación y aumentar las posibilidades de cobrar las cuotas contribuyen a mejorar la situación de todas las mujeres pues les permite a todas balancear en algo sus cargas reproductivas; y las reformas que se intenten en relación con los derechos de los hombres “residentes” y con el igual

acceso de las mujeres al trabajo podrían contribuir simultáneamente a mejorar la situación de hombres y mujeres pobres/de color. Los bandos, pues, están dispuestos y no todos pueden ganar al mismo tiempo, aunque las tres reformas podrían intentarse a la vez sin incurrir en contradicciones. Si se intentaran las tres al mismo tiempo, sin embargo, probablemente el segundo paquete de medidas tendría más posibilidades de ganar: la causa del feminismo liberal se ha impuesto muchas veces. Al momento de escoger tendría que ser claro entonces: que la primera y tercera reformas son más difíciles políticamente, que no todas las mujeres ganan con la primera y la tercera opción, que escoger una reforma es sacrificar a alguien. No parecería un dilema que solamente pueda resolverse con la dimensión de la oportunidad política: la decisión que se adopte pondrá a un grupo en una situación cada vez peor. Escoger contra el hombre de color, en particular es un error, así el hombre no racializado también salga perjudicado en parte. Parece que ese es el mensaje de la elección de Trump para los Estados Unidos: el liberalismo no engendra mayor igualdad en el largo plazo sino populismo.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN SU CONTEXTO COMPARADO

– UNA LECTURA A TRAVÉS DE LAS CITAS COMPARADAS DE LOS
CONSTITUYENTES ESPAÑOLES
Y DE OTRAS CONSTITUCIONES QUE RECIBIERON SU
INFLUENCIA –

LUCIO PEGORARO¹

El fenómeno de imitación-recepción constituye, en general, la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre en los modelos jurídicos de Derecho privado. En cualquier caso, en la mayor parte de las ocasiones la comparación nos permitirá comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que se encuentran detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo.

En la praxis, cuando se usa la comparación para redactar un texto normativo, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una marcada predilección para el formante normativo. La situación cambia –aunque no en exceso– cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo, las asambleas constituyentes poseen una composición ad hoc (diversa de las ordinarias asambleas legislativas). Así, en ellas encontraremos a la élite de la sociedad civil, e incluso a expertos constitucionalistas más abiertos al mundo. En ocasiones, además, se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces se traerá a colación la aportación de la jurisprudencia. Pero también podrá ocurrir que el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduzca del léxico de la Constitución, aun cuando ello no tenga lugar de modo explícito en los trabajos preparatorios.

En definitiva, en este ensayo se quiere profundizar diversas cuestiones: a) la influencia del Derecho constitucional extranjero en la Constitución española de 1978 (parte I); y b) la influencia del Derecho constitucional español en algunas Constituciones extranjeras (parte II). Debido al número limitado de páginas, en la segunda parte abordaremos solo tres ejemplos; dos de países latinoamericanos (uno hispanófono, Argentina, y otro lusófono, Brasil), más el caso de Italia, debido a las peculiares conexiones constitucionales entre los dos países.

TABLA DE CONTENIDO

I. PREMISA: IMPOSICIÓN Y PRESTIGIO COMO CAUSA DE LA CROSS FERTILIZATION

¹ Profesor de derecho constitucional comparado en la Università di Bologna. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

- II. PARTE I: EL DERECHO COMPARADO EN EL DEBATE CONSTITUYENTE ESPAÑOL:
 - II.I LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL
 - II.II LOS DERECHOS Y LIBERTADES
 - II.III LAS FUENTES DEL DERECHO
 - II.IV FORMA POLÍTICA Y FORMA DE GOBIERNO
 - II.V LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO
 - II.VI EL ESTADO AUTONÓMICO
 - II.VII EL SISTEMA DE GARANTÍAS
- III. PARTE II: ¿LA RECEPCIÓN DE MODELOS CONVIERTE A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN UN MODELO? :
 - III.I PREMISA
 - III.II EXPORTACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL (O MÁS BIEN DE PARTES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL) A LATINOAMÉRICA: 1. ARGENTINA. 2. BRASIL. 3. EL DIÁLOGO ENTRE ESPAÑA E ITALIA
- IV. CONCLUSIONES

I. PREMISA: IMPOSICIÓN Y PRESTIGIO COMO CAUSA DE LA CROSS FERTILIZATION

En el Derecho constitucional comparado, la existencia de modelos configurados como *formas ejemplares* conlleva, *per se*, la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones “modelo” se consideran como tales precisamente porque han sido profusamente imitadas. Si se prestase atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no encontraríamos dificultades para constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño², aunque en el Derecho constitucional no faltan casos de creaciones *ex novo* de modelos, sobretodo después

² Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgh, 1974, 2ª ed., Un. of Georgia Press, Athens, 1993, trad. italiana *Il trapianto di norme giuridiche*, ESI, Napoli, 1984, p. 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Utet, Torino, 1992, p. 134 (6ª ed. 2015). Ello es válido incluso cuando un nuevo modelo surge (con elementos originales) de la fusión de varios modelos anteriores: piénsese en la Francia de la V República, que une en algo nuevo, algunos rasgos del presidencialismo y del parlamentarismo, ofreciendo un producto original (el semipresidencialismo).

de las revoluciones. Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye, en general, la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre en los modelos jurídicos de Derecho privado. En cualquier caso, en la mayor parte de las ocasiones la comparación nos permitirá comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que se encuentran detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo³.

En la praxis, cuando se usa la comparación para redactar un texto normativo, los trabajos preparatorios de las leyes de varios países evidencian una marcada predilección para el formante normativo. En otras palabras, a los legisladores les gusta citar (en exceso, pero no exclusivamente), las soluciones *normativas* que se dan en el extranjero, aunque algunas veces hacen referencia a categorías generales⁴, y en otras ocasiones a autores famosos o incluso que son una “referencia” (como suele decirse, “orgánicos” a la política del grupo político en cuestión)⁵. La jurisprudencia extranjera, sin embargo, suele brillar por su ausencia, como si los textos normativos extranjeros fuesen inmunes a ella, lo que posiblemente se deba, además de a la

³ A. WATSON, “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, en *Un. of Pennsylvania L.R.*, n. 131, 1983, p. 1154, alude al «enormous power of the legal culture determinino the timing, the extent and the nature of legal change», aunque niegue el nexo necesario de los *transplants* con la cultura jurídica, no siendo necesariamente el Derecho un espejo de la sociedad. En este sentido también A. RILES, “Comparative Law and Socio-Legal Studies”, en M. REIMANN, M. ZIMMERMANN (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., New York, 2006, p. 795.

⁴ Respecto a las clasificaciones, me remito a S. BALDIN, “Riflessioni sull’uso consapevole della logica *fuzzy* nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 10, 2012, p. 1 ss.; ID., “The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI G. (Eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, p. 128 ss., que se refiere a A. SANGALLI, *L’importanza di essere fuzzy. Matematica e computer*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 23. Sobre la *fuzzy sets theory* véase también E. ROSCH, “Principles of Categorization”, en B. AARTS, ET AL. (Eds.), *Fuzzy Grammar: A Reader*, Oxford U.P., Oxford, 2004, p. 91 ss., y la bibliografía recogida en mi libro *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea-Unam-Iij, Buenos Aires-México, 2016, pp. 198 ss.

⁵ Cfr. L. PEGORARO, “Las consultas de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)”, en *Pensamiento Const.*, n. 20, 2015, p. 251 ss., también en ID., *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2016, p. 297 ss. Sobre los prejuicios que pueden generar las apresuradas afirmaciones de la doctrina constitucionalista, ID., “Ruolo della dottrina, comparazione e ‘legal tourism’”, en *Diálogos de Saberes*, n. 43, 2015, p. 219 ss., y en AA.VV., *Studi in onore di Antonio Gambaro*, 3 vols, Giuffrè, Milano, 2017, I, p. 317 ss.

pobre o inexistente cultura comparatista de gran parte de los parlamentarios, a la mayor facilidad que tienen para apoyarse en los simples documentos textuales⁶.

La situación cambia –aunque no en exceso– cuando se trata de redactar o de reformar las Constituciones. A menudo, las asambleas constituyentes poseen una composición *ad hoc* (diversa de las ordinarias asambleas legislativas). Así, en ellas encontraremos a la *élite* de la sociedad civil, e incluso a expertos constitucionalistas más abiertos al mundo. En ocasiones, además, se muestra la aportación de la doctrina, y algunas veces se traerá a colación la aportación de la jurisprudencia. Pero también podrá ocurrir que el uso de la jurisprudencia en la construcción de un texto constitucional se deduzca del léxico de la Constitución, aun cuando ello no tenga lugar de modo explícito en los trabajos preparatorios. Representa, de hecho, un ejemplo claro de circulación transversal entre formantes el mismo artículo 82 de la Constitución española, que constituye una auténtica y propia *verbalizzazione* constitucional, no solo del artículo 76 de la Constitución italiana, sino principalmente de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana sobre las leyes delegadas, fruto de los estudios elaborados⁷.

⁶ Contribuyen a esta tendencia también las oficinas de estudio de algún parlamento (como los franceses e italianos), que proporcionan solo los datos en bruto, sin comentarios, anotaciones y clasificaciones. Los parlamentarios no pueden pretender, sin la ayuda de las oficinas, abstraer o profundizar sobre el contexto en el cual vive la norma extranjera que quiere citarse, y mucho menos intentar que se compruebe su interpretación por parte de los jueces. Sobre la prohibición de comentar las traducciones (y más incluso, de “hacer comparación” por parte de traductores y funcionarios), en los parlamentos franceses e italianos, *vid.* F. MEGALE, “La traduzione delle legislazioni straniere nel Parlamenti italiano e francese”, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3, 2011, p. 663 ss. Sobre el diálogo interparlamentario, véase C. DECARO, N. LUPO (Eds.), *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, Luiss UP, Roma, 2009; L. SCAFFARDI (Ed.), *Parlamenti in dialogo. L’uso della comparazione nella funzione legislativa*, Jovene, Napoli, 2011.

⁷ En la Constitución española de 1978 se materializan algunas veces prepotentemente, y en otras solo se alcanzan a vislumbrar, los principios informadores del constitucionalismo liberal democrático, tal y como se han venido estructurando durante siglos en el viejo y en el nuevo continente, como también las instituciones del constitucionalismo heredado de Cádiz y dejados en el olvido por el franquismo. [Véase R. BLANCO VALDÉS, “La política e il diritto: vent’anni di giustizia costituzionale e di democrazia in Spagna (appunti per un bilancio)”, en L. PEGORARO, A. RINELLA, R. SCARCIGLIA (Eds.), *I vent’anni della Costituzione spagnola nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 9 ss.]. Ello junto con las soluciones innovadoras experimentadas en Alemania, Italia, Portugal, Francia y otros países, o bien, en otras ocasiones, los influjos de experiencias latinoamericanas, originales o de aquellas, muchos años antes imitadas de la antigua madre patria. En particular sobre los influjos portugueses, cfr. M. LIMONI, “*Le influenze della Costituzione portoghese nell’elaborazione della Costituzione spagnola*”, en L. PEGORARO (Ed.), *I*

Cuando se escriben *ex novo* las Constituciones, con frecuencia el terreno ya ha sido preparado por la doctrina, cuyo rol se enfatiza si a su elaboración concurren organismos especializados auxiliares de base científica (comités, comisiones de estudio o similares). Sin embargo, el buen o mal resultado dependerá del nivel de conocimiento comparado que muestren los órganos consultivos. Algunas veces se tiende a importar (o a exportar, como ocurre con la Comisión de Venecia⁸) soluciones normativas que no pueden dar frutos en otros lugares porque no se toma en cuenta la implementación de la jurisprudencia y las críticas de la doctrina pero, principalmente, porque no se hace caso de las advertencias de los comparatistas sobre las condiciones para la importación o exportación de los enunciados normativos o de las instituciones correspondientes. Todo depende, pues, de la preparación comparativa de los funcionarios y de los asesores, y en consecuencia también del papel de la Universidad, pues es quien ofrece esta preparación. Ello nos aporta el *sollen*, o lo que sería deseable, para proporcionar al legislador datos completos sobre el Derecho de otros países, que en muchas ocasiones se evoca de modo genérico y descontextualizado o que, incluso, es citado incorrectamente en los trabajos preparatorios de tantas leyes y Constituciones⁹.

trent'anni della Costituzione portoghese. Originalità, recezioni, circolazione del modello – Os trinta anos da Constituição portuguesa. Originalidade, circulação e recepção do modelo, Clueb, Bologna, 2006, p. 147 ss.

⁸ Es bien conocida la importante misión desempeñada por la Comisión de Venecia, constituida en el ámbito del Consejo de Europa, que ha servido como apoyo para la redacción de las Constituciones de los países del Este europeo. En tal sentido, podría decirse que el Derecho comparado está detrás de muchas elecciones constituyentes (o de reforma), como conjunto de normas, sentencias y doctrinas.

⁹ Sobre el papel de la doctrina en la toma de decisiones judiciales véase S. RAGONE (Ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Cepc, Madrid, 2015; G. AGUILAR CAVALLA (Ed.), *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Triángulo, Santiago de Chile, 2017; P. PASSAGLIA (Ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015; P. PASSAGLIA, “Il Diritto Comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: un’indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015”, en S. BAGNI, G. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI (Eds.), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, p. 1275 ss.; J. RIVERO EVIA, R. SÁNCHEZ GIL, “Una manifestación del derecho intercultural: el uso de fuentes extranjeras en las sentencias”, *ivi*, I, p. 639 ss.; H. MIRANDA BONILLA, “La influencia del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica”, *ivi*, II, p. 1125 ss.; G. A. FIGUEROA MEJÍA, “Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de justicia mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001 a 2014)”, Porrúa, México, 2017 (e *ivi* L. PEGORARO, G. A. FIGUEROA MEJÍA, “Las citas doctrinales en las sentencias de los tribunales constitucionales. Especial análisis de aquéllas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana”,

Querría, pues, plantear aquí dos interrogantes, al objeto de desarrollar el tema de mi ensayo –La Constitución española en su contexto comparado– de manera distinta a la habitual; es decir, documentando *per tabulas*, a través del análisis de los trabajos preparatorios, las citas comparadas que realizan los constituyentes: a) ¿cuales fueron los modelos existentes citados por las Cortes Constituyentes españolas en la labor de elaboración del texto del 1978?; y b) ¿representa la Constitución española un modelo imitado por los Constituyentes, o por el poder de reforma de otros países que reformaron sus Constituciones después de dicha fecha?

Existe una gran cantidad de libros y ensayos que muestran la influencia de España en las Constituciones extranjeras, sobre todo latinoamericanas, que fueron escritas tomando en consideración el Estatuto de Bayona¹⁰ y la Constitución de

también en *Bol. mex. der. comp.*, n. 147, 2016, p. 137 ss.); la parte I del *Ann. dir. comp. st. leg. 2015*, “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)” (e *ivi*, p. 5 ss., L. PEGORARO, “L’influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo”). Además de L. PEGORARO, “Judges and professors: the influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts’ Decisions”, en M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (Eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, p. 329 ss.; ID., “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en E. FERRER MAC-GREGOR, A. HERRERA GARCÍA (Eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013, p. 33 ss., en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación*, cit., p. 95 ss., y en www.derechoydebate.com, 2017; L. PEGORARO, G. FIGUEROA MEJIA (Eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Iberoamérica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016 [e *ivi* ID., “Tribunales constitucionales, Cortes supremas y profesores en Iberoamérica”, p. 13 ss., trad. it. en S. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (Eds.), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze, I, Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22 ss.]; L. PEGORARO, L. ESTUPIÑÁN ACHURY, Ó. HERRERA BEDOYA, (Eds.), “La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web”, 128 *Universitas Juridica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdjc.

¹⁰ Sobre la Constitución de Bayona, *vid.* E. ÁLVAREZ CONDE, J. M. VERA SANTOS (Eds.), *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, La Ley, Madrid, 2008.

Cádiz¹¹, y el influjo de la Constitución de 1978¹². Sin embargo, junto a los estudios sobre los procesos de decisión (o de invención), falta un análisis sistemático de los procesos de justificación (o validación)¹³. Aún con sus límites, estas investigaciones demuestran a veces el uso instrumental y político que se hace a partir de las referencias a los modelos por parte del poder constituyente y del poder de reforma¹⁴.

¹¹ Sobre la Constitución de Cádiz, entre los libros más recientes, entre otros, J. A. ESCUDERO (Ed.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Espasa, Madrid, 2011; B. PÉREZ GALDÓS, *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, Alianza, Madrid, 2012; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, Urgoiti, Pamplona, 2011; L. LÓPEZ GUERRA (Ed.), *La Constitución de 1812: Edición conmemorativa del segundo centenario*, Tecnos, Madrid, 2012; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1992, p. 65 ss. Sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en América Latina, entre tantas contribuciones, publicadas en su mayoría con ocasión del bicentenario, *vid.* por ejemplo: J. L. CÁCERES ARCE, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007; F. J. DÍAZ REVORIO, M. REVENGA SÁNCHEZ, J. M. VERA SANTOS (Eds.), M. E. REBATO PEÑO (Coord.), *La Constitución de 1812 y su difusión en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; AA.VV., *La Constitución gaditana de 1812 y sus repercusiones en América*, Un. de Cádiz, Cádiz, 2012; J. M. SERNA DE LA GARZA (Eds.), *Memoria del Seminario internacional: Conmemoración del bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Unam, México, 2013; AA.VV., *México en Cádiz, 200 años después. Libertades y democracia en el constitucionalismo europeo (26 abr - 4 may. 2012 Cádiz, España)*, Trib. Elect. del Poder Jud. de la Federación, México, 2015. Sobre su circulación (también hacia Portugal) *vid.* E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Breve historia del constitucionalismo común (1787-1931). Exilio político y turismo constitucional*, Arces, Madrid, 2006, p. 81 ss. En general *vid.* también diversos escritos de J. L. COMELLAS, espec. *Historia de la España Contemporánea*, Rialp, Madrid, 1990.

¹² Sobre la circulación de modelos constitucionales entre España y Latinoamérica, con referencia a la Constitución de 1978, véase F. FERNÁNDEZ SEGADO (Ed.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano*, Min. de la Presidencia-Secr. General Técnica-Cepc, Madrid, 2003; J. F. PALOMINO MANCHEGO, “La Constitución Española de 1978 y su influencia en el Ordenamiento Constitucional Latinoamericano”, en J. PÉREZ ROYO, J. P. URÍAS MARTÍNEZ, M. CARRASCO DURÁN (Eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI, Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-4-5 de diciembre de 2003)*, 2 vols, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, I, p. 357 ss.; ver también el n. 3, 2008 de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, con las ponencias presentadas al Congreso celebrado en Caserta el 29-30 de mayo de 2008: “2007-2008. Buon compleanno, Costituzioni (La circolazione di principi e istituzioni tra Europa e America: influenze reciproche tra le Costituzioni di Stati Uniti, Messico, Brasile, Italia, Francia, Spagna)”. Respecto a la circulación doctrinal, R. SÁNCHEZ FERRIZ, M. GARCÍA PECHUÁN (Eds.), *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Ene, Valencia, 2001.

¹³ Sobre los procesos de decisión (o invención) y procesos de justificación (o validación), véase U. SCARPELLI, “Introduzione all’analisi delle argomentazioni giudiziarie”, en ID. (Ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, p. 440.

¹⁴ *Vid.* en este sentido L. PEGORARO, “Il diritto comparato e la Costituzione spagnola del 1978: recezioni ed ‘esportazioni’”, en F. FERNÁNDEZ SEGADO (Ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, trad. esp. “El Derecho comparado y la Constitución española de 1978. La recepción y la ‘exportación’ de modelos”, en *An. iberoam. just. const.*, n. 9, 2005, y en ID., *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006.

En definitiva, trataremos pues de profundizar en diversas cuestiones: a) la influencia del Derecho constitucional extranjero en la Constitución española de 1978 (parte I); y b) la influencia del Derecho constitucional español en algunas Constituciones extranjeras (parte II). Debido al número limitado de páginas, en la segunda parte abordaremos solo tres ejemplos; dos de países latinoamericanos (uno hispanófono, Argentina, y otro lusófono, Brasil), más el caso de Italia, debido a las peculiares conexiones constitucionales entre los dos países.

II. PARTE I: EL DERECHO COMPARADO EN EL DEBATE CONSTITUYENTE ESPAÑOL:

En el debate constituyente español, las citas de ejemplos extranjeros afectan a muchos y muy diversos temas, desde la liberal-democracia y el Estado social, hasta las libertades, las fuentes, la forma de gobierno, la organización del Estado, las garantías, la justicia constitucional, etc.

II.I. LAS REFERENCIAS A LA LIBERAL-DEMOCRACIA Y AL ESTADO SOCIAL

En cuanto a la relación entre igualdad formal e igualdad sustancial o material, que sin lugar a dudas caracteriza una decisión fundamental conectada con la forma de Estado, en la discusión del Anteproyecto un diputado de AP propuso agregar a la palabra «igualdad» la expresión «ante la ley», ya que la Constitución puede solamente asegurar la igualdad ante dicha norma. Así, —como se explica en la breve motivación— «lo declama el artículo 3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana». E igualmente sugiere quitar cualquier referencia en el texto a las «condiciones personales o sociales», que no aparecen en el artículo 3, párrafo 3, del mismo *Grundgesetz*¹⁵. Por su parte, también ante el Senado se puso de relieve que lo dispuesto en la llamada «fórmula Lelio Basso» «como todos saben está inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana», y que «este artículo está tomado del artículo 2¹⁶ de la Constitución italiana, que ha sido uno de los más polémicos y que se

¹⁵ L. LÓPEZ RODÓ, Congreso, enmienda n. 691.

¹⁶ *Sic, recte* art. 3.

inscribe en este sentido prospectivo y dinámico de la Constitución»¹⁷. Los Constituyentes españoles demostraban, de este modo, conocer no solo la *law in the books*, sino también la *law in action*, aquella que habita en las sedes de los tribunales y en especial, en la justicia constitucional. Respecto al artículo 3 de la Constitución italiana, copiado casi íntegramente en el art. 9.2 CE, el Senador Monreal Zía recordó que «En la Constitución italiana, de cuyo artículo 3 procede, es éste uno de los preceptos que mayor juego han dado al Tribunal Constitucional en la interpretación de la legislación ordinaria...»¹⁸.

Desde una perspectiva más general, Peces-Barba Martínez resaltó que en materia de justicia (material) la recepción de los principios del artículo 3 de la Constitución italiana no impedían que al mismo tiempo estuviera “reviviéndose” en la nueva Constitución, una entera parte de la Constitución española de 1876, «menos progresista y menos moderna que la Constitución italiana de 1947»¹⁹. Asimismo, sobre el Estado Social de Derecho, se afirmó que ninguno ignora que sea «un Estado que ha sido constitucionalizado ya, y no sólo en distintas Constituciones de los “Länder” de la República Federal Alemana, sino en la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949»²⁰. Y respecto al fundamento “laboral” de la renacida democracia se agrega –en el ámbito de una animada polémica sobre la naturaleza del nuevo Estado democrático– que España no es solo una monarquía, y que la referencia al trabajo como base fundamental «Tiene unos orígenes bien conocidos en la Constitución soviética, la expresión de una vigencia no ciertamente dilatada, así como en la Constitución española de 1931 y su recepción por la Constitución italiana»²¹.

¹⁷ Respectivamente, V. ARREGUI y P. PUGA, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1730 y 1731.

¹⁸ *Diario de Sesiones del Senado, Sesión Plenaria*, 26.9.1978, n. 59, p. 2951.

¹⁹ *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 5.5.1978, n. 59, p. 2032.

²⁰ O. BORDÁS, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2166.

²¹ G. SANZ y C. LABORDA (ponente), *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 11.5.1978, n. 64, p. 2177. Es preciso recordar, a propósito del rechazo de una determinada concepción del Estado, una intervención que afirma que también en Uganda y en Afghanistan tienen un «orden político», pero que no es el mismo propugnado por parte de los españoles: T. FARGAS, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 5.7.1978, n. 104, p. 3891.

Además, se alude a la Constitución italiana en el Senado respecto al art. 9, al subrayarse que era preferible utilizar la palabra «persona» en lugar de «ciudadanos»: efectivamente, se dice, «No aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto»²². De otro lado, la misma disposición había sido presentada ante el Congreso, refundida entre las que eran objeto de una crítica posterior, acerca de la subordinación de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución, señalándose en ese momento que el «apartado (...) responde a las mismas preocupaciones de su homólogo de la Ley Fundamental de Bonn», y que «evidentemente el poder legislativo, como dice la Ley Fundamental de Bonn, está sometido a la Constitución ...»²³. También ante el Senado se recordaba el *Grundgesetz* de Bonn, al afirmarse que «nuestro texto se inspira directamente en el artículo 20 c) de la Ley Fundamental de Bonn». Y se añade que «No hay precedentes en que se diga que los ciudadanos están sujetos a la Constitución, sino es en la Constitución soviética, en la Húngara o en otras inspiradas en ellas»²⁴.

En lo que atañe a la filosofía en conjunto del texto, la llamada que se hace al «pluralismo político» en los términos del art. 6.1, viene apoyada en diversas justificaciones comparadas: efectivamente «La fórmula adoptada para el artículo 6 supone una posición intermedia entre la que sostiene la Constitución de Bonn y las que se encuentran en Italia, Francia, Portugal. La fórmula de nuestra Constitución es menos exigente que la alemana, pero más que la italiana, francesa y portuguesa, ya que se impone la actuación de los partidos “dentro del respeto a la Constitución y a la Ley”»²⁵.

El tema de la soberanía emerge, sobretodo, en relación al ordenamiento del Estado autonómico, aunque previamente surgieron también algunos problemas cuando se afirmaba que aquella “reside en el” o “proviene del” pueblo. A tal efecto se resaltó que «El artículo 1 de la Constitución de Weimar y el 20 de la Ley

²² Progresistas y Socialistas Independientes, enmienda n. 12.

²³ M. GIL, *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 16.5.1978, n. 67, p. 2383.

²⁴ V. ARREGUI, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 23.8.1978, n. 42, p. 1727.

²⁵ Agrupación Independiente, enmienda n. 633.

Fundamental de Bonn se sirven del término “emana”, que si bien presenta una cierta connotación dinámica e incide en la idea del pueblo como fuente de la soberanía, no resulta quizá suficientemente expresiva en castellano, aún cuando fuera acogida, por influencia de la Constitución de Weimar, en el artículo 1 de la Constitución española de 1931». Por tales razones, el Senador Ollero Gómez sugirió la sustitución del término «reside» por «pertenece», ya que «Esa es la fórmula acuñada por la tradición constitucional francesa y recogida asimismo en la Constitución italiana de 1946 (*sic*)»²⁶.

Entre los diferentes temas tratados de forma sucinta en éste parágrafo se encuentra, finalmente, el del ejercicio de la democracia directa, que dio lugar asimismo a diversas alusiones al Derecho comparado²⁷: por ejemplo, para solicitar la importación del art. 75 de la Constitución italiana e introducir el referéndum abrogatorio²⁸; o para prestar de todas formas una mayor atención a otros tipos de referéndum, sobre la base de la experiencia suiza²⁹, así como también de la inglesa³⁰; para poner de relieve cómo la utilización de los instrumentos de democracia directa encuentran siempre límites en su ejercicio, y cómo también la iniciativa popular debe acotarse, especialmente en materia fiscal, según evidencia la propia experiencia californiana³¹.

²⁶ O. GÓMEZ, *Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución*, 18.8.1978, n. 39, p. 1584.

²⁷ Referencias doctrinales junto con las precedentes comparaciones citadas en los trabajos preparatorios, en N. PÉREZ SOLA, *La regulación constitucional del referendium*, Ed. Un. de Jaén, 1994, p. 27 ss.

²⁸ F. IRIBARNE, *Diario de Sesiones del Congreso, Sesión Plenaria*, 13.7.1978, n. 109, p. 4212.

²⁹ Id., *ibid.*

³⁰ Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 6.6.1978, n. 81, p. 2945.

³¹ Id., *Diario de Sesiones del Congreso, Comisión de Asuntos const. y libertades públicas*, 20.6.1978, n. 93, p. 3464.

EL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO Y EL MOVIMIENTO EXEGÉTICO EN COLOMBIA

ANDRÉS BOTERO-BERNAL¹

El presente escrito se interesa de la recepción del código civil de Andrés Bello en Colombia, durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. Igualmente, relaciona lo anterior con el surgimiento del movimiento exegético colombiano, cercano –a la vez que diferente– del movimiento de los comentaristas franceses del código civil de 1804, movimiento que será denominado, peyorativamente en pleno siglo XX, como “exégesis”.

Ahora bien, este trabajo se justifica por la importancia de articular, por las potencialidades que ello permite, la iushistoria con la iuscomparatística, recordando que ambas disciplinas tuvieron orígenes comunes.. Es que para poder comprender históricamente el derecho es necesario entenderlo como un producto de culturas en constante comunicación, de manera tal que la comparatística, a nuestro modo de ver, aparece como necesaria para la historia, y viceversa.

Esperamos entonces que el lector pueda observar que la exégesis, si se nos permite usar esta palabra, no fue homogénea en todo el hemisferio occidental, pero aun así hay puntos en común en lo que atañe a algunos de sus postulados más importantes. Comprender este movimiento pasa, creemos, por reconocer las similitudes y las diferencias con otros movimientos previos, concomitantes y posteriores.

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL CÓDIGO DE ANDRÉS BELLO Y SU RECEPCIÓN EN COLOMBIA
- III. MOVIMIENTO EXEGÉTICO COLOMBIANO
- IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito brinda un panorama general, para efectos histórico-comparativos, de la recepción del código civil de Andrés Bello en Colombia,

¹ Profesor de la Universidad Industrial de Santander, Colombia. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicar este artículo en esta revista.

durante la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. Igualmente, relaciona lo anterior con el surgimiento del movimiento exegético colombiano, cercano –a la vez que diferente– del movimiento de los comentaristas franceses del código civil de 1804, movimiento que será denominado, peyorativamente en pleno siglo XX, como “exégesis”².

Ahora bien, este trabajo se justifica por la importancia de articular, por las potencialidades que ello permite, la iushistoria con la iuscomparatística, recordando que ambas disciplinas tuvieron orígenes comunes³. Es que para poder comprender históricamente el derecho es necesario entenderlo como un producto de culturas en constante comunicación, de manera tal que la comparatística, a nuestro modo de ver, aparece como necesaria para la historia, y viceversa.

Finalmente, es importante señalar que este artículo está extraído de un acápite de un futuro libro, que será editado por la Universidad Industrial de Santander (UIS), sobre la historia del positivismo. En este libro, pretendemos ubicar las escuelas positivistas de la filosofía del derecho en las culturas de las que emergieron (para dejar en claro que la teoría del derecho no es un producto autónomo del contexto) a la que vez que resaltar los nexos que dichas escuelas tuvieron con otros movimientos académicos en diferentes latitudes (para dejar en claro que la unidad de análisis no puede seguir siendo el derecho nacional sino más bien las conexiones continuas que, en cierto sentido, permiten hablar de teorías del derecho globales).

Esperamos entonces que el lector pueda observar que la exégesis, si se nos permite usar esta palabra (ver la nota de pie de página 1), no fue homogénea en todo el hemisferio occidental, pero aun así hay puntos en común en lo que atañe a algunos de sus postulados más importantes. Comprender este movimiento pasa,

² Por una cuestión de espacio, no nos detendremos en la historia de la asignación peyorativa del término “exégesis” al movimiento de comentaristas del código civil francés (ver: J. L. HALPERIN “Exégèse (école)” S. RIALS y D. ALLAND Dirs. *Dictionnaire de la culture juridique*. París: PUF, 2003, 681-685). A pesar de que el término “exégesis” es anacrónico (no era propio de los comentaristas del siglo XIX), seguiremos usándolo pues es el que ya ha hecho carrera en la historia de la filosofía del derecho.

³ J. C. TATE, J. R. LOPES Y A. BOTERO “Global comparative legal history. An introduction” J. C. Tate, J. R. Lopes y A. Botero, A. Eds. *Global Legal History. A Comparative Law Perspective*, New York: Routledge, 2019, 1-17.

creemos, por reconocer las similitudes y las diferencias con otros movimientos previos, concomitantes y posteriores.

II. EL CÓDIGO DE ANDRÉS BELLO Y SU RECEPCIÓN EN COLOMBIA

No puede creerse que la EXÉGESIS fue un movimiento exclusivamente francés, pero sí habría que reconocer que su recepción en otros contextos nacionales implicó una transformación fuerte del ideal regulativo. Casi siempre, los países que recién estrenaban textos jurídicos de gran envergadura, como sería el código civil, vieron florecer movimientos que varias veces fueron denominados como EXÉGESIS. Este fue el caso de América Latina, donde la EXÉGESIS, que aparece justo en momentos de codificación (Bello [1781-1865] en Chile, Freitas [1816-1883] en Brasil y Vélez Sársfield [1800-1875] en Argentina), tuvo que hacerle concesiones (sin juzgar aquí si fueron debidas o no) a tradiciones jurídicas previas a la Independencia de la corona española, tanto normativas (como las Leyes de Indias y la normativa castellana del Antiguo Régimen⁴) como teóricas (por ejemplo la *Segunda escolástica*), y a tradiciones foráneas de los siglos XIX y XX (verbigracia, las escuelas alemanas antiexégeticas, entre otras), dando lugar a una amalgama o mestizaje jurídico que ha sido denominado recientemente como FORMALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO⁵. De esta manera, la EXÉGESIS circuló mundialmente, aunque siempre con matices que no pueden perderse de vista.

⁴ Valga una aclaración: por derecho indiano entendemos la normativa emitida en la Península para regir en la América española, al igual que la normativa y las costumbres adoptadas en la propia América por las autoridades virreinales y coloniales. También hace parte del derecho indiano, por delegación expresa de este, las normas y las costumbres indígenas que se aplicaban en sus propios conflictos, siempre y cuando dichas normas no atentasen contra el derecho natural, la doctrina de la Iglesia y la potestad del Rey. Por su parte, el derecho castellano era derecho supletorio a ser aplicado en la América española en aquellos asuntos ante los cuales no había respuesta por parte del derecho indiano, esto en virtud de que la América española fue territorio castellano desde el primer momento. Dentro del derecho castellano encontramos la famosa obra *Las Partidas* del rey Alfonso X, obra que fue importantísima –y muy citada por los jueces– en Hispanoamérica hasta finales del siglo liberal (XIX).

⁵ Asunto que analiza muy bien D. LÓPEZ MEDINA “Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”, Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004, 129-233. D. LÓPEZ MEDINA “La letra y el espíritu de la ley”, Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2008, 1-42. El eclecticismo del formalismo

Pero expliquemos algo más sobre el caso de la recepción de la EXÉGESIS en Colombia, que bien podría servir de marco de comprensión de la circulación de este movimiento por el Atlántico. Para sintetizar una historia compleja, en este país, desde las primeras constituciones, se exigió la erección de un sistema jurídico legislado, que girase en torno a los códigos civil y criminal. Sin embargo, las exigencias de la guerra de Independencia contra España inicialmente, y luego por las disputas internas entre los grupos políticos que varias veces se intentaron resolver en los campos de batalla, sumado a las dificultades propias de toda empresa codificadora, cerraron las posibilidades para la creación de un código civil propio (a pesar de los intentos realizados) y la erección del Estado en sentido estricto. Aún así, podemos ver en Colombia discursos claramente estatalistas-legicentristas, con ciertos matices diferenciadores, claro está, del modelo francés⁶, pero con una eficacia muy limitada, entre otras cosas por la supervivencia de los derechos indiano y castellano, supervivencia que se sintió con mucha mayor fuerza durante la primera mitad del siglo XIX. Fue en este marco, de deseos amplios y realidades estrechas, que llegó a Colombia el código chileno de Andrés Bello⁷, un monumento no sólo

jurídico (escolástica más exégesis) también se vivió en la educación legal brindada: I. GOYES “La enseñanza del derecho en Colombia 1886-1930”, Pasto: Universidad de Nariño, 2010, 255-259. Además, es importante comprender cómo el FORMALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO fue la manera como se vivió, en el campo jurídico, el liberalismo político y económico. Esto gracias, entre otras cosas, a que la *Segunda escolástica* (una de las fuentes del *Formalismo* aludido) sirvió de base para que entrara en Hispanoamérica el Estado liberal. Cfr. F. CARPINTERO BENÍTEZ “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político y jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 25, 2003, 341-373.

⁶ Por ejemplo, en lo que atañe al gran valor jurídico de la constitución en Hispanoamérica muy diferente al valor meramente político de la constitución en el modelo francés. Ver: A. BOTERO “La interpretación constitucional en América Latina: una denuncia del colonialismo cultural en la dogmática constitucional contemporánea” F. Barbosa Ed. *Historia del derecho público en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, Tomo I, 319-341.

⁷ En 1852 Bello comunicó al gobierno chileno la terminación del código civil en el que había estado trabajando, en solitario, desde 1845. Entre 1853 y 1855 fue sometido a diversas comisiones examinadoras, para ser aprobado, con ajustes, en 1855 y se fijó como fecha para entrar en rigor en el territorio chileno el 1 de enero de 1857. En 1856, el gobierno de Chile envió un ejemplar del código a los diferentes países hispanoamericanos, entre ellos Colombia, a la vez que por correspondencia privada con el colombiano Manuel Ancizar [1812-1882] fueron remitidos otros más. Sobre la historia del código de Bello, consultar: A. GÚZMAN BRITO “Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile”, Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad de Chile, 2982, Tomo I y II; A. GÚZMAN BRITO “Vida y obra de Andrés Bello”, Santiago de Chile: Globo editores, 2009, 93-102. I. JAKSIC “Andrés Bello: La pasión por el orden”, Santiago de Chile:

del derecho sino también de las letras españolas fruto del dominio que de esta lengua tenía su autor⁸:

“Su trabajo en gramática reforzaba su interés en el derecho, no sólo en el sentido de que ambos se relacionan con el lenguaje, sino también en el de que ambos son mecanismos de orden. Y el orden era no sólo una búsqueda personal, sino que tal vez el objetivo más importante y urgente en la Hispanoamérica post colonial”⁹.

Ahora bien, volviendo al código de Bello, este rompió tanto con las sospechas de los liberales como con la de los conservadores colombianos, lo cual terminó por ayudar en su aceptación.

“La solución de Bello, de un equilibrio entre la tradición jurídica histórica y el cambio codificador, combinado con un fuerte arraigo en el derecho romano, llamó inmediatamente la atención de los juristas y políticos de otros países. Desde Colombia, [el liberal] Manuel Ancízar escribió a Bello el 10 de julio de 1856, cuando éste había recién terminado sus revisiones finales al Código:

“De varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código Civil que Ud. elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo. Es seguro que Ud. con su bondad genial, se prestará a satisfacer aquel deseo recomendable, pues se trata de aprovecharnos del saber de otros países, y de preferir a cualesquiera otras las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser un primer paso dado hacia la apetecida unidad social de nuestro continente (XXVI, 334)”.

Universidad de Chile, 2001, 189-215. Sobre la historia del Código de Bello en Colombia, consultar: F. MAYORGA “Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile. No. 14, 1991, 291-313. F. MAYORGA “El proceso de codificación civil en Colombia” O. Cruz Coord. *La codificación*, México: Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2006, 103-160. F. HINESTROZA “El código civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, No. 9, 2005, 5-27.

⁸ Incluso, varios de sus artículos fueron redactados de forma rítmica, seguramente para facilitar su memorización, lo que, a su vez, embelleció la obra. Agreguemos que, en no pocas oportunidades, el código fue texto de clases de primeras letras, pues de allí se sacaban ejemplos para enseñar asuntos propios de la lengua y era material útil para dictados a los escolares, entre otras cosas. Recordemos, igualmente, que Bello era un clásico ejemplo del biotipo de intelectual de la época: el gramático, de donde se creía que del saber hablar y saber escribir se derivaba, naturalmente, el saber gobernar y el saber legislar. Al respecto: M. DEAS “Del poder y la gramática y otros ensayos sobre historia, política y literatura colombianas”, Bogotá: Taurus, 2006. A. BOTERO “Saberes y poderes: los grupos intelectuales en Colombia”, *Revista Pensamiento Jurídico*, Bogotá, No. 30, 2011, 161-216.

⁹ JAKSIC Andrés Bello... *Ibidem.*, 215.

En efecto, Bello respondió el 11 de octubre de 1856 que ya había hecho enviar cuatro ejemplares del Código. Ancízar acusó recibo el 13 de marzo de 1857, y manifestó que había logrado que el congreso colombiano imprimiese copias para su distribución en los diferentes estados [colombianos]¹⁰.

Los liberales terminaron por aceptarlo dado que, generalizando, la aceptación de un código era parte integral de su discurso de progreso y civilización. Los conservadores, por su parte, no le tuvieron mayor reparo en la medida en que era un código con claros matices religiosos; por ejemplo, no interfiere, *grosso modo*, con la doctrina del matrimonio¹¹, la validez del derecho canónico y la especificidad de los bienes eclesiásticos, y algunas instituciones del código fueron pensadas bajo la lógica romanista, escolástica, castellana e indiana¹².

Además, casi instantáneamente, apareció en la cultura, mas no en la mente de los protagonistas de este proceso de recepción, el *mito de la traducción*; esto es, creer que el código de Bello no era más que una *traducción* (dirían los más radicales) o una *adaptación* (los más moderados) del código francés de 1804, cosa que estaba alejada de la realidad, puesto que si bien el código de Bello sí recurrió en varias oportunidades al código napoleónico y a la literatura francesa que lo rodeaba¹³ (en

¹⁰ JAKSIC Andrés Bello... *Ibidem*, 208. El texto entre corchetes es propio.

¹¹ El código civil chileno reguló el matrimonio, pero dejó en claro que el matrimonio civil sería para los no católicos (artículo 118 del código civil de Chile). Veamos lo que dijo el propio Bello en la exposición de motivos de su código: “Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio; y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la iglesia católica. El matrimonio que es válido a los ojos de la iglesia, lo es también ante la ley civil”.

¹² Existe un debate sobre si el conservadurismo del código civil chileno, en lo que respecta al derecho canónico, fue algo querido por Bello. No tomaremos partido al respecto, pero en la bibliografía reseñada hasta el momento puede darse cuenta de dicho asunto. Por ejemplo, JAKSIC (Andrés Bello... *Ibidem*, 202) sugiere que fue más por motivos de cautela política que por deseos personales.

¹³ “Este código (el de 1804) influyó los códigos de Bello y Vélez de muchas maneras. El Código Civil francés fue un modelo del método de la codificación para ser aceptado, rechazado, o modificado. También proporcionó artículos que directamente fueron utilizados por los codificadores. Además de esta influencia directa, el Código Civil francés influyó las obras de Bello y especialmente de Vélez de otra manera. Su planteamiento, lenguaje y mentalidad fueron incorporados dentro de otros códigos; por ejemplo, el código de Freitas, que después a su vez fue usado como fuente para otros códigos. El Código Civil francés también fue objeto de muchos comentarios, usualmente en francés. Bello y Vélez también usaron estas obras en sus códigos”. M. MIROW “El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sársfield”, *Revista Derecho Privado*, Bogotá, No. 33, 2004, 18 (1-21). El texto entre paréntesis es agregado nuestro. Otros datos al respecto, en: B. GUZMÁN “Influencia del código civil francés en el derecho civil latinoamericano”, *Temas de Derecho*,

especial, Pothier y Delvincourt¹⁴), asunto por demás normal en la época¹⁵, las distancias entre estos dos códigos son palpables. Incluso, lo que Bello tomó de Francia fue, generalizando, mejorado no sólo en cuanto su redacción sino también en sus alcances.

“Bello aprovechaba el Código Francés como fuente de inspiración de temas, de ideas legislativas, que redactaba con su pluma incomparable, según todos sabemos e incluso, cuando copió, aunque nunca copió totalmente, siempre él le agregó algo, de modo que lo perfeccionó; pero cuando más se acercó al modelo, tampoco era el modelo del Código Francés, sino el de los comentaristas del Código Francés”¹⁶.

Pero lo interesante es que dicho mito, el de la traducción, terminó por ayudar en la aceptación del código chileno, por lo que no sería descabellado pensar que los protagonistas colombianos del proceso de recepción auspiciaron tal creencia. Es que el mito de la traducción, sumado al conservadurismo religioso de Bello (que quedó plasmado en su código), facilitó su aceptación general, dado que, si alguien se atrevía a criticarlo, significaría que el código francés, que también era mito para ese entonces, sería el equivocado en tanto fue, supuestamente, el “traducido”, y pocos se atreverían a decir tal cosa en ese momento. Además, si el código de Bello era una “traducción” o “adaptación” (por respetar la religiosidad dominante en Colombia) del derecho privado europeo (práctica común en la época¹⁷), entonces

Santiago de Chile, Año XIX, Nos. 1y 2, 2004 Separata, 13-35. C. RAMOS “El código napoleónico y su recepción en América Latina”, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

¹⁴ GUZMÁN Andres Bello... *Ibidem*, 423-425. GUZMÁN Influencia del... *Ibidem*, 31-32.

¹⁵ “La historia de un sistema jurídico es ampliamente una historia de préstamos de material normativo de otros sistemas jurídicos y de asimilación de materiales fuera del derecho”. R. POUND “The Formative Era of American Law”, Boston: Little, Brown and Company, 1938, 94. Traducción propia.

¹⁶ GUZMÁN Influencia del... *Ibidem*, 31. Igualmente, M. ELIZALDE “Concordancias de los artículos del código civil chileno entre sí y con los artículos del código francés”, Santiago de Chile: Imprenta de la Libertad, 1871.

¹⁷ Bien decía en 1895 MARTÍNEZ: “Entre nosotros la pereza y la rutina han prevalecido; el hábito de copiar legislaciones, ya antiguas nuestras, ya extranjeras, nos ha apartado de la observación, verdadero método que debe seguirse, lo cual ha impedido que tengamos una propia, que responda al estado actual” M. MÁRTINEZ “Criminalidad en Antioquia”, Tesis para doctorado en derecho, Medellín: Universidad de Antioquia, 1895, 65. Obsérvese cómo se reclama una observación científica de la realidad, para poder así proponer normas pertinentes, algo que nos recuerda en buena medida el modelo savigniano.

estaba demostrada, vía el mito ya aludido, la superioridad del código de Bello, primero porque se fundaba en un modelo “exitoso” (el francés) y de esta manera se anulaba la ansiedad que genera toda norma nueva, de un lado, y toda copia si no está bien adaptada, del otro¹⁸; y, segundo, porque muchos creían –y siguen creyendo– que de Hispanoamérica no podía surgir algo que merezca la pena, por lo que un texto de estas tierras sería apreciado y aceptado solo si respondía a las ideas dominantes europeas o estadounidenses.

Y no perdamos de vista que el código de Bello, si bien participó del ideario codificador propio del formalismo francés, tuvo en su esencia elementos tan *sui generis* que no dejan de sorprender. Uno de ellos fue la amplísima variedad de fuentes usadas por Bello, entre ellas el código de 1804 y la literatura exegética francesa, pero también la *escolástica* (fundamentalmente la *Segunda escolástica o Escuela salmantina*), el derecho romano cristianizado en el Medioevo (que Bello tanto admiraba), el derecho castellano (en especial *Las Partidas*), otros códigos civiles de la época (como el de Luisiana de 1825¹⁹) y las doctrinas científicas alemanas, en especial Savigny [1779-1861]²⁰, conocidas por Bello cuando este vivió en Europa, por lo que la

¹⁸ “La originalidad del Código Bello es igualmente fundamentada en un segundo tipo de argumento muy diferente a la idea del *collage* de fuentes: en esta nueva estrategia de fundamentación, la pretensión de originalidad se asienta en la afirmación según la cual la obra de Bello consistió fundamentalmente en el esfuerzo por sintonizar el corpus clásico del derecho privado europeo a las exigencias y características particulares de la sociedad hispanoamericana. Este argumento es una respuesta constantemente presentada en la literatura jurídica regional como defensa contra la ansiedad que produce el trasplante jurídico en el que no se examina la necesidad de “aclimatación” y adaptación a las necesidades generadas por la realidad material del país-objetivo por oposición a aquellas existentes en el país-fuente” LÓPEZ Teoría impura... *Ibidem.*, 140. También, J. A. BELLO... *Ibidem.*, 199-201.

¹⁹ A. PARISE “Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su influencia en el Código Civil Argentino”, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Eudeba, 2013. También: A. PARISE “El código civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: diseminación del texto americano mediante la inclusión en el proyecto de García Goyena”, *Iushistoria*, Universidad del Salvador, No. 6, 2009, 33-97.

²⁰ A quien conocía por traducciones francesas (J. A. BELLO... *Ibidem.*, 205-207). Por ejemplo, Bello dijo en su informe quinquenal ante la Universidad de Chile en 1848, refiriéndose a la importancia del derecho romano: “Yo citaré, con Savigny, el ejemplo de los jurisconsultos franceses, que se sirven, dice, del Derecho Romano con mucha habilidad, para ilustrar y completar su Código civil, obrando así según el verdadero espíritu de ese mismo Código (XXI, 68)”. J. A. BELLO... *Ibidem.*, 205. Además, ver: H. HANISH “La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 5, 1980, 167-198: “Ello nos lleva a considerar la originalidad del pensamiento de Bello que, tomando pie de la obra de Savigny y de algunas ideas extractadas de Pothier, pudo organizar un sistema legal realista y eficiente... La habilidad de Bello estuvo en

columna vertebral de la EXÉGESIS colombiana, si es que podemos llamarla así, no fue la pureza francesa, sino una mezcla tan interesante como audaz, de posturas que en el Viejo Mundo eran opuestas entre sí.

Ahora bien, el código de Bello entró a Colombia justo cuando este país empezaba su federalización. Así, cada Estado, entre 1858 y 1886, empezando por los Estados de Santander y Cundinamarca, promulgó el código de Bello con varias modificaciones según la ideología política de turno²¹. Por ejemplo, en gobiernos estatales liberales, se le restaba peso a las concesiones que dicho código tuvo frente al derecho canónico, como sería, por dar tres casos, (i) eliminando el sistema dual de matrimonio que estableció el código de Bello (uno civil, regulado por el código, y otro canónico, desde la Iglesia), para indicar que sólo serían válidos los matrimonios ante el Estado; (ii) permitiendo el divorcio especialmente a partir de la voluntad de los contrayentes; y (iii) suprimiendo la protección a los bienes eclesiásticos²².

transformar elementos doctrinarios en un sistema legislativo completo y operante” (*Ibid.*, 198). Igualmente: GUZMÁN Influencia del... *Ibidem*, 32. M. BARRÍA “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, *Ars Boni et Aequi*, Vol. 7, No. 2, 2011, 257-282 (este trabajo señala que, en lo que atañe al método de interpretación gramatical, Bello se apoyó más en otras fuentes, como el código civil de Luisiana, que en Savigny, a pesar de la importancia de este último para aquel). S. SCHIPANI “Andrés Bello romanista-institucionalista”, *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas: La Casa de Bello, 1987, 205-258.

²¹ “Queda así en claro cómo y cuándo llegó a nuestro país el Código Civil de Chile o Código de Bello. Los Estados de la Confederación Granadina, luego de los Estados Unidos de Colombia, lo fueron adoptando sucesivamente, todos, y por último la Unión, con algunas modificaciones que se habrán de resaltar más adelante, a partir del Estado de Santander, que sancionó la ley el 18 de octubre de 1858, seguido del Estado de Cundinamarca, que hizo lo propio el 8 de enero de 1859. Solo que este comenzó a regir el 1° de enero de 1860 y aquel el 1° de julio siguiente. Y cuando se erigió la República unitaria, el Código Civil de la Unión de 1873, una versión bastante próxima al original del señor Bello, fue adoptado para toda la Nación”. HINESTROZA El código... *Ibidem*, 9. MAYORGA El proceso... *Ibidem*, 138-145.

²² Una descripción de los cambios realizados por los diferentes Estados al código civil, en: HINESTROZA El código... *Ibidem*, 9-13. MAYORGA El proceso... *Ibidem*, 138-145. Otro ejemplo de dichos cambios, pero ya desde un gobierno más conservador, fueron las leyes 281 y 298 del Estado de Antioquia, ambas de septiembre de 1875. Esta última se enfrentó a las normas anticlericales previas y señaló la validez de los matrimonios religiosos. Luego, durante un gobierno opuesto, apareció la ley 43 de 5 de diciembre de 1877 que instauró como único matrimonio válido, el civil. En 1885, mediante el decreto 315 de 24 de septiembre, sancionado por el Jefe Civil y Militar del Estado de Antioquia, se restableció el matrimonio religioso. F. VÉLEZ “Datos para la Historia del Derecho Nacional”, Medellín: Departamento de Antioquia, 1891, 266-267.

Ya finalizado el período federal y entrando en el del centralismo fuerte, la Constitución de 1886, en su artículo H transitorio, ordenó al Congreso “expedir una ley sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional”, el cual adoptó para toda la nación, por medio del artículo 1° de la Ley 57 del 15 de abril de 1887, el código civil (para los territorios no federados a cargo) de la Unión de 1873, que fue una versión de Agustín Nuñez basada a su vez en el código civil del Estado Soberano de Santander de 1860.

Artículo 1° de la Ley 57 del 15 de abril de 1887:

“Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de Mayo de 1873; El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de Octubre de 1869; y el Nacional sobre la misma material, edición de 1884, que versa únicamente sobre comercio marítimo; El Penal del extinguido Estado de Cundinamarca, sancionado el 16 de Octubre de 1858; El Judicial de la Nación, sancionado en 1872, edición de 1874; El Fiscal de la Nación, y las leyes y decretos con fuerza de ley relativos á la organización y administración de las rentas nacionales; y El Militar nacional y las leyes que lo adicionan y reforman”.

De los acontecimientos de 1886-1887 llama la atención algunas cosas, a saber:

- 1) que sea una ley ordinaria (la ley 57), y no la Constitución, la que determinó cuáles serían los códigos-base del nuevo Estado nacional, asunto que nos remite, además, al último artículo de código civil en su versión de 1873 (artículo 2684) que estableció cómo deben citarse las disposiciones de los códigos nacionales, aspecto que no parece objeto eminente de un código civil: “C.C. (Código civil); C. Co. (Código de Comercio); C. P. (Código Penal); C. A. (Código Administrativo); C. F. (Código Fiscal); C. M. (Código Militar); C. J. (Código Judicial); C. Fo. (Código de Fomento)”.
- 2) Que dichos códigos adoptados en 1887 fueron diferentes a los *cing codes* franceses (el Civil de 1804, el de Comercio de 1806, el de Procedimientos Civiles de 1807, el de Instrucción Criminal de 1808 y el Penal de 1810).
- 3) Que no se les reconoció formalmente a los códigos en general, ni al civil en especial, un rango jerárquico especial frente a la ley ordinaria, de manera tal que esta última podía modificarlos, aunque en la práctica forense no fueron consideradas como normas del mismo nivel de aplicabilidad y sustentabilidad.

Y 4) que la Constitución de 1886, en su artículo 52, ordenó insertar su carta de derechos en el propio texto del código civil, pero dejó en claro el procedimiento de reforma: “Artículo 52. Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución”. Esto último revela la importancia que tenía el código civil en la representación colectiva del momento; es decir, se consideró que la eficacia judicial de la –ya de por sí muy limitada– carta de derechos dependía en buena medida de que fuese reproducida por el código, de manera tal que no bastaba con estar contemplada en la Constitución; a la vez que así se planteaba un camino intermedio entre un juez poderoso que pudiese acudir directamente a la Constitución para contrariar la ley y el código, y un juez que solo atendiese la ley en todo momento²³. Lo anterior nos lo aclara un ilustre protagonista de la constituyente de 1886:

“Fuerzas razones se alegaron en pro, por algunos Delegatarios, y en contra por Delegatarios y ministros; pero prevaleció la opinión favorable al principio de la sucesiva preeminencia de la Constitución y la ley. Con todo, al cabo se adoptó un modo de transacción o conciliación de los opuestos pareceres, consistente en sustituir el artículo aprobado, con el que aquí comentamos, por cuanto se alegó que era peligroso dejar a todos los jueces la facultad de interpretación contra la ley, en obsequio del precepto constitucional. Creyóse por muchos (en lo que influyeron grandemente ciertos intereses fiscales que hizo valer el Ministerio) que para evitar conflictos entre la Constitución y las leyes civiles, bastaría tener siempre a la vista de los jueces este título III, como obligado encabezamiento del Código Civil; con la circunstancia de no ser alterable este título, sino por acto reformativo de la Constitución.

Pero es claro que, si este artículo 52 quiere decir algo positivo, y no es una ficción, equivale a la primitiva facultad de interpretación, concedida a todos los jueces, menos la garantía que antes se buscaba en las decisiones de la Corte Suprema. Si el título III de la Constitución queda incorporado en el Código Civil, como título preliminar, y con él pueden estar en desacuerdo otras disposiciones del mismo Código, o de las leyes que lo reformen o adicionen, es evidente que todo juez, al aplicar estas disposiciones, ha de ajustarse a las reglas de hermenéutica que le están impuestas. Y como una de estas reglas

²³ Estas cuatro particularidades ponen en evidencia, una vez más, la adaptación creativa del modelo de derecho codificado europeo. Al respecto: C. PETIT “El Código de tránsito no es un código: A propósito de la sentencia C-362/1996, 3 de septiembre, de la Corte Constitucional de Colombia”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho [on-line]*, No. 2, 2014, 18-19. MAYORGA El proceso... *Ibidem*, 154-155. Sobre la evolución del código de 1873, hasta llegar al ser el código de 1887, ver: MAYORGA El proceso... *Ibidem*, 148-151. F. MAYORGA “Codificación de la legislación en Colombia: Procesos de unificación del sistema jurídico”, *Revista Credencial Historia*, No. 148, 2002.

manda que el sentido de unos artículos se entienda y fije por el de otros (cuando hay discordancia), de modo que todos concuerden, es obvio que, entre opuestas o discordantes disposiciones del mismo Código, el juez ha de preferir o anteponer a las inferiores las superiores; a las ejecutivas o secundarias, las substantivas o primordiales, y a las que pueden ser reformadas por medio de simples leyes, aquellas que, por ser constitutivas, no son alterables sino a virtud de reforma de la Constitución, y tienen, por lo tanto, carácter de fundamental permanencia”²⁴.

Pero, a decir verdad, y luego de constatar como lo hemos hecho en los procesos judiciales de las provincias de Antioquia y Santander, de la segunda mitad de siglo XIX, la eficacia del código civil de Bello fue muy limitada y, generalizando, la justicia civil, que aún no lograba su profesionalización y estatalización completa, cuando podía funcionar con cierta regularidad dentro de tanto caos político y militar, prefirió la normativa indiana (Leyes de Indias) y la castellana sobre las propias normas republicanas, a pesar de las continuas normas estatales que fueron emitidas para restringir e incluso derogar (esto último en 1887) el derecho español²⁵. De esta manera, ante la debilidad del modelo estatalista-legicentrista-codificado, no es de extrañar que la poca literatura jurídica de la época no encaje en el formato propio de la EXÉGESIS francesa²⁶.

III. MOVIMIENTO EXEGÉTICO COLOMBIANO

Realmente, en Colombia ya podemos apreciar cierto movimiento más o menos exegético muy a finales del siglo XIX y principios del XX cuando poco a

²⁴ J. SAMPER “Derecho público interno de Colombia”, Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951, Tomo II, 109-110.

²⁵ Sobre la continuidad del derecho indiano y castellano en Colombia: MAYORGA Pervivencia del... *Ibidem*, 291-296. Para el caso latinoamericano: J. OTS CAPDEQUÍ “Sobre la vigencia efectiva de las partidas en América”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Tejeiro*, Valencia: Universidad de Valencia, 1974, Tomo 2, 173-182.

²⁶ Son muchos los factores a tener en cuenta para comprender el estado de la justicia colombiana en la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, por espacio, y dado que se trata aquí de registrar generalidades, no podemos enunciar dichos factores, como sería, por dar un solo caso, el estado de la profesión de abogado (que durante el período federal fue de ejercicio libre, es decir, sin necesidad de titulación universitaria). Hacer diagnósticos apropiados sobre cómo un movimiento iusfilosófico se tejió o destejió a partir de las culturas judiciales, en este caso la EXÉGESIS frente al estado de la normativa, del saber y de la profesión jurídicas, es tarea urgente de la historia de la iusfilosofía.

poco se fue consolidando, en la práctica forense y en la formación de los nuevos juristas colombianos, el código civil de Bello y surgieron así, paulatinamente, comentaristas muy avezados del texto, entre los que resaltamos, por haber sido objeto de nuestros estudios en otro momento²⁷, Fernando Vélez [1847-1935], Antonio Uribe [1869-1942] y Eduardo Rodríguez Piñeres [1869-1958], tan católicos como legalistas²⁸ y, sobretodo, grandes doctos en torno a las instituciones del derecho civil, los cuales empezaron a ver lo jurídico más allá del paradigma del jurista-político-gramático imperante en la segunda mitad del siglo XIX; es decir, asumieron una forma más profesionalizante que literaria o gramatical, más jurídica que política, más interpretativa-especializada que erudita, al momento de acercarse al código civil de Bello.

Entonces, a inicios del siglo XX, mientras en Estados Unidos se hacía un giro del pensamiento jurídico conservador-formalista a uno más cercano a las ciencias empíricas (esto es, el REALISMO ESTADOUNIDENSE), mientras en Alemania se acrecentaba un modelo más social abandonando los moldes formalistas de las primeras escuelas científicas, mientras en Francia se desechaba el formalismo de la EXÉGESIS para dar lugar a posturas más libres en la interpretación de la ley, en fin, mientras ellos pasaban del Estado liberal a uno más social, en Colombia, en cambio, vemos cómo se pasaba de un derecho tradicional (con una fuerte presencia del derecho indiano y castellano), formalista y anclado en las humanidades y la gramática (el buen jurista se distinguía por su dominio de las letras y la historia

²⁷ B. A. SABERES y..., *Ibidem*, 161-216.

²⁸ Todos unos “anfibiaos culturales” pues sabían moverse, con gran eficacia, en diferentes mundos paralelamente, sirviendo de puente entre ellos. Hacemos, pues, alusión a la metáfora desarrollada por A. MOCKUS (“Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura”, *Análisis Político*, No. 21, 1994, 37-48), aunque con una corrección de sentido, dado que para Mockus los *anfibiaos culturales* son aquellos que pueden desenvolverse en diferentes medios sin perder su “integridad intelectual y moral” (p. 38), siento este último aspecto algo problemático al momento de estudiar biografías concretas (una crítica al concepto de Mockus, justo por este determinismo moral, en: W. RAMÍREZ “Nómadas y anfibiaos: dos metáforas de insurgencia cultural”, *Análisis Político*, No. 36, 1999, 63-65). El concepto de *anfibiao cultural*, aplicado a quien “asimila varias y diferentes culturas e identidades que rebasan, por la divergencia de sus intereses, la posibilidad de una solución integral” (R. NÓMADAS y... *Ibidem*, 65), no sólo permite identificar el quehacer de los exégetas latinoamericanos, sino también deja en claro la heterogeneidad y las tensiones en la circulación de las instituciones jurídicas atlánticas, pues en cada recepción, había que conciliar lo “extranjero” con sistemas culturales y normativos “locales”.

greco-latina, entre otros saberes), a otro formalista pero más jurídico que se aprestaba a consolidar el impulso modernizador de un Estado liberal en torno a un código civil, impulso que, claro está, no llegó a todo el territorio nacional pero sí se vivió por lo menos en las grandes urbes.

Ahora bien, si se nos permite ser algo generales, lo interesante del proceso es que cuando este movimiento formalista colombiano se consolidó, por la fuerza que fue tomando en el foro el código chileno importado y adaptado, este último ya era obsoleto para atender la realidad de Colombia (ya estamos en pleno siglo XX). Dicho con otras palabras, el código civil de Bello, que fue pensado para implementar un Estado liberal, bajo ideología católico-conservadora, en el contexto social de mediados del siglo XIX, sólo pudo consolidarse en Colombia a inicios del siglo XX, justo cuando ya empezaba a cuestionarse dicho modelo decimonónico. Es por ello que los cambios políticos y constitucionales de la primera mitad del siglo XX, en especial las reformas sociales ocurridas durante el período de la República Liberal [1930-1946], dejaron en tan mala situación al código civil que muchos juristas y políticos clamaron por un nuevo código o, por lo menos, una reforma estructural, cosa que no se dio²⁹; por ello, fue necesario implementarle reformas en apartados concretos, en su mayoría no expresas o implícitas.

Una de las vías de modificación implícita fue mediante reformas derivadas de un cambio del lente interpretativo judicial que terminó por modificar el sentido, aunque no la letra, de apartados del código, como fue el caso de eludir mandatos expresos del texto aludiendo a los *principios generales del derecho* (algo propio de la LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA de Géný³⁰ [1861–1959]), principios que, supuestamente, eran deducibles del código (parecido a lo que sucedió en Francia).

No obstante, a pesar de las reformas implícitas que se le efectuaron al código, este no pudo deshacerse de su acento original, que chocaba con los nuevos tiempos. En este contexto, el legicentrismo galopante, con un código en camino de fuerte obsolescencia, fue asumido como una fuente de formalismo y formulismo que

²⁹ MAYORGA El proceso... *Ibidem*, 155-160.

³⁰ Sobre la lucha de Géný contra la EXÉGESIS en Francia, ver: M. BERNUZ BENEITEZ "François Géný y el derecho: la lucha contra el método exegético", Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

atentaba contra la justicia social misma: “A virtud de ellas (las leyes, en especial las procedimentales) se abusa de la buena fe de muchas de las partes, el derecho es, como se dice, sacrificado por las fórmulas, y el Juez tiene que sentenciar contra su conciencia y á favor de la injusticia y el dolo”³¹. Esto explica la asociación que este *formalismo latinoamericano* ha tenido con el formulismo y el formatismo, lo que llevará a su mala imagen en la actualidad.

Qué interesante ver que ambos movimientos, EXÉGESIS francesa y *formalismo latinoamericano*, a pesar de sus distancias, compartieron la misma crisis: la de la obsolescencia de la ley ante las realidades que reclamaban, en ese momento, respuestas más sociales.

En fin, fue en ese entorno de aparición de una EXÉGESIS con moldes diferentes a los meramente franceses, donde aparecieron muchas voces pidiendo un nuevo código civil o, por lo menos, una fuerte reforma para ponerla a punto con las necesidades del país:

“Si se analiza a la luz de ese punto de vista nuestro Código Civil, resulta claro que una obra legislativa expedida para atender a las necesidades sociales de mediados del siglo XIX, no responde a las condiciones de la vida económica, industrial y comercial del momento presente, porque la época de la electricidad, del avión y del radio, de los sindicatos y de los trusts, demanda un régimen de derecho diverso del que se aplicó en la época de los caminos de herradura, de la industria doméstica, del comercio rudimentario y de la pasividad de las masas. Con razón se ha dicho que nada hay más grave, tanto desde el terreno del criterio político como del criterio social, que un atraso de las reglas jurídicas, con respecto a la realidad material, espiritual y moral”³².

Pero como ya se dijo, dado que no se expidió un nuevo código ni se reformó estructuralmente el que se tenía, los juristas colombianos se vieron abocados a consultar inicialmente el “espíritu o voluntad del legislador” para dar respuesta a los nuevos reclamos sociales, así como a los vacíos y las antinomias. Sin embargo,

³¹ Dijo en 1895 MARTÍNEZ Criminalidad en... *Ibidem.*, 61. El texto entre paréntesis es nuestro.

³² Palabras de C. LOZANO Y LOZANO, 1938, transcritas por Mayorga Pervivencia del... *Ibidem*, 311.

como esa “voluntad” se identificaba inicialmente con la del codificador Bello, fue necesario, ya entrado el siglo XX, cambiar el sentido de la expresión para considerar ahora al legislador como un ente abstracto y ahistórico, con lo cual acudiendo a la “voluntad del legislador” se podrían encontrar respuestas diferentes más acordes con los nuevos tiempos, como sucedió en la Francia del siglo XIX³³. De igual forma, el legislador empezó a emitir continuamente leyes especiales que reemplazaron paulatinamente las normas del código (lo que es conocido como la descodificación vía normativa especial³⁴) y los jueces y los juristas debieron buscar –en el mercado de las ideas jurídicas– teorías que permitieran una amplitud interpretativa del código civil para poder aplicarlo a realidades diferentes a las que fue pensado inicialmente, pero por esa misma amplitud, las respuestas obtenidas por los juristas solían ser opuestas entre sí. Un buen ejemplo de esta amplitud interpretativa, está en los discursos del líder indígena Quintín Lame [1880-1967], quien se dio cuenta de la necesidad de juridificar su discurso de protección de las tierras de los pueblos originarios, por lo que se fundamentó, para ello, en el propio código civil de Bello, en especial en las reglas de posesión y prescripción, que a su

³³ Algo similar ocurrió en otros países: “Entre nosotros –los argentinos– el predominio teórico de las tendencias exegéticas es realmente curioso, puesto que en lugar de invocar un primer legislador consistente, recurrimos a otra figura también mitificada: el codificador. Decir que hacemos exégesis, entre nuestros civilistas, no consiste en tratar de reconstruir la voluntad del legislador, que fue especialmente lacónica al promulgar el Código Civil, sino más bien en tratar de averiguar qué quiso decir y qué pretendió Vélez Sarsfield cuando redactó el texto del Código Civil”. R. VERNENGO “La interpretación jurídica”, México: UNAM, 1977, 77.

³⁴ Sobre la fragmentación del código o descodificación –esto es, la pérdida de la unidad centralizadora del código a partir de una pluralidad de leyes especiales, por lo que el código civil queda paulatinamente solo como una norma residual de principios generales–, ver: N. IRTI “La edad de la descodificación”, Trad. Luis Rojo, Barcelona: Bosch editor, 1992, 17-41. La descodificación del código civil colombiano adoptado en 1887 empezó casi de inmediato. Por ejemplo, en lo que atañe con (el gobierno y) las tierras de las comunidades indígenas: para los originarios “civilizados” regiría el código civil, para los “semicivilizados” la ley 89 de 1890 (artículos 2 al 42) y para los “salvajes” las normas que defina el Gobierno de común acuerdo con los misioneros eclesiásticos (artículo 1º de la ley 89 de 1890). Para los curiosos, una mirada bondadosa de esta ley puede verse en: F. MAYORGA “Norma general, norma especial: el Código Civil de 1887 y la Ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, No. XXVII, 2013, 159-182. Una mirada crítica de dicha ley, en: B. CLAVERO “Nación y naciones en Colombia: entre constitución, concordato y un convenio (1810-2010)”, *Revista de Historia del Derecho*. No. 41, 2011, 107 y 115-117.

vez era la herramienta legal usada por sus adversarios, los colonos blancos, para hacerse con esas mismas tierras³⁵.

Aquí (en la búsqueda de teorías que permitiesen una amplitud interpretativa) fue que entraron con fuerza las posturas antiformalistas francesas (como las de Géný o Bonnacase, por dar dos ejemplos). Y la entrada en Colombia de teorías antiformalistas logró hacerse, entre cosas, por la concepción abstracta que dominaba entre los intérpretes de que ser defensor del código suponía seguir la “voluntad del legislador”, pero dicha voluntad ya era entendida como un ente abstracto, ahistórico, lo que facilitó suponer que la voluntad del legislador estaba acorde con los principios generales del derecho que debían rectificar la interpretación literal de las normas de un código cada vez más obsoleto. Dicho con otras palabras, la progresiva obsolescencia del código civil hizo que fuese urgente una labor cada vez más compleja del intérprete en su lectura, para hacerlo compatible con una realidad que cada vez era menos adaptable a las respuestas codificadas. Fue en ese entorno, ya bien entrado el siglo XX, donde unos exégetas en sentido amplio, mediante la pretendida y mítica búsqueda de la “voluntad del legislador” intentaron darle coherencia al código, acercándose a doctrinas científicas y antiformalistas alemanas y francesas, para así reinterpretar el código a la luz de normas extra-sistemáticas, como lo fueron los “principios generales del derecho”.

Entonces, a diferencia de lo sucedido en Francia, la entrada fuerte del antiformalismo no barrió con el *formalismo* jurídico legicentrista, sino que le dio un respiro, pues ser literalistas con un código en proceso de obsolescencia ya no era una opción. En consecuencia, a diferencia de Europa, en Colombia se pudo ser formalista durante las primeras décadas del siglo XX hablando de los “principios generales del derecho”, entendidos como el querer del legislador abstracto, que debían regir la interpretación del código civil.

³⁵ M. QUINTÍN LAME “Las luchas del indio que bajó de la montaña al valle de la “civilización””. Gonzalo Castillo Ed. Bogotá: Comité de Defensa del Indio, 1973,59-69. M. ESPINOSA “Sobre memorias, paternidades y violencias: Lame y los indígenas”, *Aquelarre: Revista del centro cultural universitario*, No. 9, 2006, 17. V. BONILLA “Historia política del Pueblo Nasa”, Popayán: ACIN, 2014, 40.

Incluso, en las obras civilísticas y en las clases de derecho civil de las primeras décadas del siglo XX colombiano, se podía ser formalista y legicentrista mientras se criticaba de palabra la EXÉGESIS, ya maldita en Francia en ese entonces, para luego aplicar su método exegético, dando eso sí algún lugar a los *principios generales* y al derecho natural, citando en la misma página a uno que otro jurista francés y alemán, todo al momento de interpretar y enseñar tal o cual artículo del código civil³⁶. Se podía ser legicentrista (exégeta de obra) criticando la exégesis francesa ya mandada a recoger en los círculos académicos europeos.

Fue gracias a ese ambiente ambivalente, de préstamos y arreglos entre iusnaturalismo y iuspositivismo, entre formalismo y antiformalismo, que entró con fuerza, en muchos juristas hispanoamericanos de la época, la filosofía del alemán Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), pues este autor permitía una lectura que buscaba, a como fuese lugar, una conciliación entre la modernidad (como la tradición liberal y el positivismo científico) con la tradición (el iusnaturalismo, la religión cristiana, etc.).

IV. CONCLUSIONES

Si se nos permite ser sintéticos, el FORMALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO, que fue el marco jurídico conservador con el que se vivió en esta parte del Continente el liberalismo político y económico, inició su camino con la recepción creativa de la EXÉGESIS francesa (bajo un fondo romanista-escolástico-castellano-indiano), recepción amoldada a las escuelas alemanas, moderada a partir de las doctrinas antiformalistas y consolidada, posteriormente, por su particular interpretación del positivismo de Kelsen, justo cuando este se

³⁶ Algo relativamente común entre los dogmáticos civilistas: “Se repudia la tradición exegética francesa, en prólogos y partes generales, para atenerse rigurosamente a ella tan pronto se comienza la labor dogmática.// El rechazo de la exégesis, pues, es más verbal que real, y la importancia que se suele dar a algunos antagonistas de la exégesis –como fue en su momento Gény– adquiere así una relevancia mucho mayor de la que los méritos teóricos de estos autores (como el propio Gény) permitiría atribuirle... Que la crítica no pasa de ser verbal, lo verifica la circunstancia señalada de que estos autores, tan severos por lo común con la exégesis, suelen convertirse en fervientes practicantes de la misma, tan pronto pasan de las generalidades iniciales, y se ven frente al texto legal codificado” VERNENGO La interpretación... *Ibidem*, 67.

convirtió en el autor hegemónico regional a mediados del siglo XX³⁷. Lo anterior pone en evidencia la gran capacidad sincrética de la teoría jurídica colombiana, en especial, y de la latinoamericana, en general.

Además, la cultura del código en Latinoamérica empezó de la mano de importantes juristas codificadores que terminaron siendo identificados como los propios legisladores. Estos codificadores no se valieron exclusivamente del código francés, como muchos han creído, sino que, haciendo gala del arte latinoamericano del mestizaje, adoptaron instituciones jurídicas de diferentes procedencias (incluso de autores y escuelas contrarias entre sí en Europa), sumadas a instituciones enraizadas en la cultura jurídica latinoamericana, como el derecho castellano y el indiano. El resultado fue una serie de códigos, de buena factura para su momento, que demandaron su propia EXÉGESIS, que no fue –ni podría serlo– copia de la francesa, una que logró tomar importancia entrando el siglo XX, justo cuando la EXÉGESIS francesa estaba en fuerte declive. En este sentido, la EXÉGESIS latinoamericana, base del FORMALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO, no puede identificarse, sin más, con la EXÉGESIS francesa, pero la historia de ambas tampoco se puede hacer por separado.

Finalmente, dejamos en claro que esa creencia generalizada de la paternidad francesa del código de Andrés Bello, de un lado, y de la EXÉGESIS que dicho código alentó, no es tan cierta si se mira todo con detenimiento. No obstante, esa creencia, que hemos denominado como mito, logró la aceptación generalizada del código civil en estas tierra.

³⁷ LÓPEZ Teoría impura... *Ibidem*, 116-135.

LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 1910-1991: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA Y POLÍTICA¹

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA²

Este artículo rastrea la trayectoria de las reformas e intentos de reforma a la justicia constitucional colombiana y revela cómo distintos actores políticos, con distintos propósitos y estrategias, y bajo determinados contextos políticos y doctrinas legales, la construyeron entre 1910 y 1991. La trayectoria se narra en cinco momentos: Primero en 1910 cuando la Asamblea Constituyente le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes que ante ella demandara cualquier ciudadano. El segundo es el gobierno militar del general Gustavo Rojas Pinilla, que intentó establecer un Tribunal de Garantías Constitucionales y luego creó una Sala de Negocios Constitucionales dentro de la Corte Suprema. El tercero se ocupa del intento de crear una Corte Constitucional en 1968, que terminó en la creación de una modesta Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia. El cuarto aborda la frustrada reforma constitucional de 1979 que modificó las funciones de la Sala Plena de la Corte como juez constitucional y que fue declarada inconstitucional por ese mismo Tribunal en 1981. El último momento es la creación de la Corte Constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

TABLA DE CONTENIDO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CORTE DE CASACIÓN SE CONVIERTE EN GUARDIANA DE LA CONSTITUCIÓN EN 1910.
- III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BAJO EL GOBIERNO MILITAR DEL GENERAL GUSTAVO ROJAS PINILLA.
- IV. LA SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES DE 1956.
- V. DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA SALA CONSTITUCIONAL: LA REFORMA DE 1968.

¹ Este texto fue publicado originalmente en *Precedente, Revista Jurídica* de la Universidad Icesi, Vol. 7, julio-diciembre, 2015. Pp. 109-152. El consejo de redacción ha invitado al autor a publicarlo en esta revista.

² Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, Cali, Colombia.
Correo: mcajas@icesi.edu.co

VI. LA “PEQUEÑA CORTE CONSTITUCIONAL” DE TURBAY AYALA SE HUNDE EN LA CORTE SUPREMA.

VII. LA ÚLTIMA BATALLA DE LA CORTE SUPREMA POR EL CONTROL CONSTITUCIONAL.

VIII. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 creó la Corte Constitucional en Colombia y puso fin a la defensa judicial de la Constitución que le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la reforma constitucional de 1910, cuando se le confió al alto tribunal la facultad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes y decretos que fueran demandados por cualquier ciudadano mediante la acción pública de inconstitucionalidad.

Este artículo se inscribe en una agenda de investigación sobre historia de la justicia constitucional en Colombia en una perspectiva política, antes de la creación de la actual Corte Constitucional. En particular, este trabajo rastrea las reformas e intentos de reforma a la justicia constitucional entre 1910 y 1991 y revela cómo distintos actores políticos con sus intereses y estrategias, en contextos políticos y bajo determinadas doctrinas legales, moldearon la justicia constitucional local¹. De este modo, se propone una “relectura” de esa trayectoria a partir de la reforma constitucional de 1910 que le confió al tribunal de casación la tarea de ser guardián de la Constitución, hasta llegar al diseño institucional de la Carta Política de 1991 que creó la Corte Constitucional.

Este trabajo examina cinco momentos fundamentales en la construcción de la justicia constitucional colombiana, tanto por las reformas como por los intentos de reforma a esa institución. El primer momento es la coyuntura de la reforma constitucional de 1910 en donde la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) le

¹ La reconstrucción historiográfica y política del control judicial de la Constitución véase: (Cajas, 2015). Para un estudio histórico y político sobre el proceso de la construcción institucional del poder judicial federal y de la Corte Suprema de los Estados Unidos véase: (Crowe, 2012).

atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir sobre la exequibilidad de las leyes que ante ella demandara cualquier ciudadano². La trayectoria continúa a mediados del siglo veinte cuando el gobierno militar del general Gustavo Rojas Pinilla primero intentó establecer un Tribunal de Garantías Constitucionales para reemplazar a la Corte Suprema como juez constitucional en 1953 y luego creó la Sala de Negocios Constitucionales dentro de la Corte Suprema de Justicia en 1956, sustituyendo así el control constitucional que ejercía la Sala Plena de la corporación. El tercer momento se sitúa en 1968 con el proyecto de creación de una Corte Constitucional que tan solo terminó en una modesta reforma constitucional por la cual se estableció una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia. El cuarto aborda la frustrada reforma constitucional de 1979 que modificó las funciones de juez constitucional de la Sala Plena de la Corte y de su Sala Constitucional, pero que fue declarada inconstitucional por la misma Corte Suprema de Justicia en un controvertido fallo de 1981. El quinto y último momento es la creación de la Corte Constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991³.

El presente artículo también invita a una lectura matizada de las narrativas canónicas sobre la justicia constitucional colombiana que suelen situar los “antecedentes” de la Corte Constitucional en el proyecto de reforma constitucional de 1968, bajo el modelo concentrado o europeo de tribunales especializados que se expandía por el mundo en las posguerras, o que en su versión más amplia fijan como punto de inicio la iniciativa fallida de crear un tribunal constitucional en la transición del régimen militar al gobierno civil entre 1957 y 1958.⁴ En este sentido, este trabajo aborda otros intentos de reforma que permanecen relativamente

² Es importante aclarar que entre 1910 y 1991 la defensa judicial de la constitución no solo estuvo a cargo de la Corte Suprema, pues la justicia contencioso administrativa la ejercía sobre ordenanzas departamentales y acuerdos municipales. Además, el control constitucional de gran parte de los decretos del Ejecutivo se confió al Consejo de Estado con la reforma constitucional de 1945. (Restrepo 1994: 332)

³ Si bien este artículo no busca reconstruir los *Constitucionalismos* que surgieron en distintos momentos en vigencia de la Constitución de 1886, es importante señalar que bajo ellos se desarrolló la justicia constitucional. La reconstrucción crítica de esos *Constitucionalismos* más influyente en la academia local se encuentra en Valencia (1998).

⁴ La bibliografía sobre esta versión “estándar” de los intentos crear tribunal constitucional en Colombia son profusos, pero sin duda el más canónico de ellos es: (Restrepo, 1978).

ocultos en la historia constitucional colombiana, como es el caso del gobierno militar del general Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quien como se dijo arriba, propuso crear un Tribunal de Garantías Constitucionales y luego estableció una Sala de Negocios Constitucionales dentro de la Corte Suprema.

Por último, este artículo esboza algunas ideas que podrían servir para futuras exploraciones que den cuenta de los influjos transnacionales en los proyectos y reformas a la justicia constitucional colombiana, de sus usos locales por distintos actores, y las amalgamas entre las instituciones foráneas y propias en la construcción de la justicia constitucional colombiana⁵.

II. LA CORTE DE CASACIÓN SE CONVIERTE EN GUARDIANA DE LA CONSTITUCIÓN EN 1910.

El proyecto político de la Regeneración reaccionaba contra el liberalismo radical, que había organizado al país bajo un régimen federal. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863 era el último texto constitucional que había materializado ese liberalismo y federalismo, y por tanto los regeneradores lucharon hasta lograr su derogación con la Constitución de 1886 (Cajas, 2013: 430). Como uno de los propósitos de la Regeneración era garantizar el orden, la Carta Política de 1886 se caracterizaba por la centralización radical del poder público, el fortalecimiento de los poderes del Ejecutivo, y el apoyo a la iglesia católica, de modo que la religión sirviera como fuerza educativa y de control social. Esta Constitución se decidía por el carácter unitario del Estado, en ella la soberanía residía en la nación, los Estados pasaban a convertirse en departamentos y se eliminaba la elección de funcionarios regionales. Así mismo, se establecía que toda legislación tendría carácter nacional⁶.

⁵ Para un panorama de los *modelos* de justicia constitucional y su expansión en América Latina, incluyendo a Colombia, pueden consultarse Eder (1960), Grant (1963), Fix (1989), y Fernández (1996).

⁶ Sobre la Constitución de 1886 y la Regeneración hay abundante literatura. Entre otros véanse: (Barreto, 2011), (Malagón, 2006), (Melo, 1986 y 1989) y (Bergquist, 1981).

En ese engranaje institucional, la Corte Suprema se convertiría en tribunal de casación de modo que garantizara la unidad del derecho por oposición al régimen federal previo. Y para asegurar el dominio del Ejecutivo sobre el máximo tribunal de justicia, la Constitución de 1886 dispuso que los magistrados serían nombrados por el Presidente de la República y confirmados por el Senado, y que las magistraturas serían vitalicias⁷. De ese modo, la Corte que se componía de siete magistrados fue designada por los propios regeneradores y hecha a la medida de su proyecto político.

En el período comprendido entre 1886 y 1910 ocurrieron al menos tres hechos importantes que marcaron la vida política del país bajo la *Constitución de la Regeneración*: la desastrosa guerra civil de los Mil Días (1899-1902), que enfrentó al gobernante partido Conservador con los Liberales excluidos del poder; la separación del Departamento de Panamá (1903); y por último la dictadura del general Rafael Reyes (1905-1910).

Reyes, quien fue elegido para el sexenio 1904-1910 bajo el lema “paz y concordia”, y con la propuesta de “más administración y menos política”. Llegaba al poder con un país en bancarrota y destrozado por la Guerra de los Mil Días, y que aún no se reponía de la pérdida de Panamá auspiciada por los Estados Unidos de América. Ante el bloqueo de sus iniciativas reformistas por parte de un Congreso de la República que se encontraba profundamente dividido, decidió cerrarlo y convocar a una “Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa”. La Asamblea le aprobó varias reformas constitucionales, todas dirigidas a fortalecer el poder del Ejecutivo. Por ejemplo, dicha asamblea amplió el período presidencial hasta diez años solo para el caso de que Reyes quisiera seguir en el cargo; centralizó aún más el poder en el gobierno nacional con una desintegración mayor de los viejos Estados y la creación de nuevos departamentos⁸; suprimió las asambleas departamentales, modificó las reglas de elección del Senado y suprimió el Consejo

⁷ La Carta de 1886 modificaba la Constitución de 1863 según la cual la Corte Suprema Federal se compondría de cinco magistrados elegidos por el Congreso Federal a partir de una lista que presentaban las Legislaturas de cada Estado. (Artículos 70 y 76).

⁸ Al respecto véase Quinche (2011).

de Estado. La misma Asamblea puso fin a las magistraturas vitalicias en la Corte Suprema de Justicia y les estableció períodos de cinco años con posibilidad de reelección, y además el propio Reyes designó una nueva Corte Suprema de Justicia que inició funciones el 1º de mayo de 1905.

Profundamente debilitado por la creciente oposición a un gobierno que se había tornado en dictadura, el general Reyes se vio obligado a abandonar el país en 1909. Para entonces su gobierno había convocado a elecciones para conformar un nuevo Congreso y en este había ganado un importante número de escaños la oposición organizada bajo un movimiento interpartidista denominado Unión Republicana. Este grupo, integrado por facciones del conservatismo histórico y del liberalismo, se proponía una nueva manera de hacer política basada en la tolerancia, en la vigencia del Estado de Derecho, en la fortaleza institucional, y en el límite al poder político (Restrepo, 1972).

Al mismo tiempo que el Congreso elegía a Ramón González Valencia en reemplazo del general Reyes en agosto de 1909, los partidarios de la Unión Republicana impulsaban la convocatoria a una asamblea constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente fue finalmente convocada por el presidente González Valencia el 25 de febrero de 1910. Los diputados a la ANC fueron elegidos por las municipalidades y ésta quedó integrada por conservadores, partidarios de Reyes, liberales, y finalmente miembros de la Unión Republicana que agrupaban a conservadores históricos y doctrinarios (Ríos, 1991).

Una de las reformas constitucionales que aprobó la Asamblea Nacional Constituyente fue la del acto legislativo No. 03 del 31 de octubre de 1910, que sin duda significaba una transformación de la autoritaria y centralista Constitución de 1886. En efecto, la reforma moderaba el centralismo, regulaba el presidencialismo y enriquecía las libertades públicas (Correa, 1996). Además, aspiraba a un diseño institucional que garantizase la libre competencia entre los partidos para acceder al poder. (Duque, 2011).

Dentro del acto legislativo 03 de 1910 se estableció la acción pública de inconstitucionalidad, se le confió a la Corte Suprema de Justicia la función de

decidir sobre la exequibilidad de las leyes ante demanda interpuesta por cualquier ciudadano. El proyecto inicial fue presentado el 15 de mayo de 1910 por el diputado Nicolás Esguerra que proponía que la Corte:

decidiría definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

La iniciativa agregaba que la Corte se conformaría por nueve magistrados que serían elegidos por las Asambleas Departamentales para períodos de seis años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente, y que la corporación se renovarían por terceras partes cada dos años. (Segovia, 2010).

En el transcurso de los debates en la ANC se propusieron modificaciones a las funciones de la Corte como juez constitucional, tales como que esa corporación suspendería “*para cada caso particular, a solicitud de la parte agraviada y con audiencia del Procurador General, el efecto de las leyes que vulneren los derechos civiles garantizados por el Título III de la Constitución*”⁹, o incluso se llegó a plantear que la Corte suspendería las leyes inconstitucionales y las pasaría al Congreso “*para que decida sobre su validez*”¹⁰. Al final este fue el texto que aprobó la ANC ¹¹:

A la Corte Suprema se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

⁹ Proyecto de Acto Legislativo presentado por el Diputado Hernando Holguín Caro a la ANC en sesión del 18 de mayo de 1910. (Segovia, 2010, p 78).

¹⁰ Propuesta de modificación del Diputado Rodríguez a la ANC, sesión del 19 de septiembre de 1910. (Segovia 1910: 248).

¹¹ Artículo 41 del Acto Legislativo No. 03 de 1910 (Restrepo, 2004: 259).

De este modo, la reforma de 1910 no solo estableció la acción pública de inconstitucionalidad y modificó el diseño institucional de la Corte Suprema, pues en adelante ya no solo sería un tribunal de casación encargado de unificar el derecho nacional, como lo había querido el proyecto regenerador en la Constitución de 1886, sino que también tendría la responsabilidad de defender

los derechos de los ciudadanos que le pidiesen hacer valer la Carta Política frente a los abusos del poder legislativo o de la administración, y además arbitraría en las controversias políticas entre el Legislativo y el Ejecutivo¹².

La creación de la acción pública de inconstitucionalidad y la instauración de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional no ocurrieron en el vacío. Estas se explican al menos por la confluencia de varios factores políticos y jurídicos. Para la época de la reforma republicana ya había un debate jurídico favorable a la idea de la supremacía de la Constitución, que circulaba en los ambientes políticos e intelectuales y que se oponía tanto al régimen de la Regeneración como a la subordinación de la Constitución a la ley que se impuso tras la vigencia de la Constitución de 1886. Así, la defensa judicial de la Constitución tuvo su “momento político” en el ocaso de la dictadura del general Reyes, cuando la necesidad de reconstruir el orden institucional y de lograr la paz entre los partidos políticos creó las condiciones favorables para adoptar el control constitucional de la legislación a cargo de la Corte. Por último, en la coyuntura de la salida de Reyes del poder, la Asamblea Constitucional parecía establecer el control constitucional de las leyes a cargo de la Corte Suprema como parte de las garantías jurídicas para preservar el pacto político de la Unión Republicana que se materializó en el acto legislativo 03 de 1910 (Cajas, 2013).

La Asamblea Constitucional también definió que el número de los magistrados de la Corte Suprema sería siete, que los períodos de las magistraturas serían de cinco años con posibilidad de reelección, y también estableció el modo

¹² Sobre la creación de la acción pública de inconstitucionalidad véase (González, 2007). Sobre el período comprendido entre la Constitución de 1886 y la reforma constitucional de la Unión Republicana en 1910, véase: (Correa, 1996).

como se elegirían los magistrados. Así, dispuso que el Presidente de la República presentaría al Congreso las ternas de los candidatos para que este finalmente eligiera a la Corte¹³. Este nuevo diseño establecía una responsabilidad compartida del Ejecutivo y del Legislativo en la conformación del más alto tribunal del país, que a la vez ayudaba a reforzar la legitimidad que requería una Corte cuya tarea sería hacer valer la Constitución por encima de las leyes y los decretos.

Como luego del acto legislativo 03 de 1910 la Corte Suprema de Justicia sería tribunal de casación y juez constitucional, esto sin duda suponía retos tanto para los poderes públicos como para la propia corporación judicial. Ni el Congreso ni la propia Corte se acomodaron con facilidad al nuevo diseño institucional. Por ejemplo, con el argumento de que la acción pública de inconstitucionalidad hacía que la Corte de manera inconveniente prevaleciera sobre los demás poderes públicos, hubo intentos del Congreso de la República por reformar la Constitución para eliminar ese mecanismo judicial hacia 1912. Por su parte, la propia Corte Suprema en 1916 y 1919 llegó a proponerle al Congreso que la despojara de esa responsabilidad pues consideraba que fungir como juez de la constitucionalidad de las leyes era una intromisión en las competencias de los demás poderes; es decir que se le había asignado una función que le era ajena (Cajas, 2015a).

Por último, antes de seguir avanzando en este recorrido por la construcción de la justicia constitucional local es importante aclarar que si bien la Corte Suprema era el único órgano facultado para ejercer el control de constitucionalidad sobre las

¹³ Es importante mencionar también la preocupación del gobierno de “transición” por fortalecer la Corte Suprema. Esto dijo el presidente Ramón González Valencia (3 de agosto de 1909 -7 de agosto de 1910) a la Asamblea Nacional cuando se discutía la reforma constitucional de 1910: “(...) es la ocasión de observar que la manera como la Corte Suprema se encuentra organizada deja bastante que desear, y que las disposiciones constitucionales y legales que á este punto se refieren merecen revisión á fin de corregir en lo presente y de evitar para lo sucesivo el notable retardo que se ha hecho sentir en el despacho de los asuntos sometidos al conocimiento de aquel elevado Tribunal. Tal objeto se obtendría, en concepto del Gobierno, aumentando con un Magistrado más el personal de la Corte y estableciendo en ella dos Salas: una de cinco Magistrados, destinada á conocer de los asuntos de casación solamente, y otra de tres, que se ocupe en los demás negocios sujetos al fallo de la Corte. (...) A lo anteriormente indicado debo agregar la conveniencia de retribuir mejor de lo que están al presente los servicios de los miembros de la corporación, asignándoles un sueldo que corresponda á su alta categoría, á la grandísima responsabilidad que sobre ellos pesa y á la abrumadora labor que implican sus difíciles funciones. Esto es tanto más justo cuanto los emolumentos de esos funcionarios de justicia no guardan proporción con los que devengan algunos empleados del orden administrativo, cuyas funciones son barto menos graves por lo que mira á la responsabilidad, é imponen menor fatiga” (González Valencia, R. 1910: 12-13).

leyes, el tribunal no estaba solo en la defensa judicial de la Constitución. En efecto, la misma reforma constitucional de 1910 estableció que los Gobernadores de los Departamentos revisarían los “*actos de las municipalidades por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad*”, y que sobre tales cargos de inconstitucionalidad se pronunciaría la “autoridad judicial” correspondiente. Un poco más adelante, la reforma constitucional de 1945 le confió al Consejo de Estado la competencia para “*conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno*”, con lo cual la Corte perdía tal facultad asignada en el Acto Legislativo 03 de 1910¹⁴. De este modo, para mediados del siglo veinte en Colombia regía un sistema de control constitucional denominado “mixto” que combinaba elementos del sistema “difuso” estadounidense con el “concentrado” de tipo europeo; es decir que no se alineaba con los dos modelos canónicos de la justicia constitucional dominante para la época. Esto, por supuesto, iba a ser objeto de numerosas críticas académicas a lo largo de la segunda mitad del siglo veinte, como lo veremos en las páginas siguientes.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL BAJO EL GOBIERNO MILITAR DEL GENERAL GUSTAVO ROJAS PINILLA

El general Rojas llega al poder: la propuesta del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) de 1953.

Laureano Gómez Castro era un fuerte opositor al Partido Liberal y sus gobiernos que llegó a la Presidencia de la República el 7 de agosto de 1950, luego de una campaña electoral marcada por la violencia bipartidista en la que los liberales retiraron su candidato ante la falta de garantías electorales y en medio de denuncias por la represión sectaria del gobierno conservador de Mariano Ospina Pérez (1946-1950). El período presidencial de Laureano Gómez avanzó de manera accidentada, pues debido a quebrantos salud tuvo que ceder su cargo temporalmente al Designado a la Presidencia, Roberto Urdaneta Arbeláez, a finales de 1951.

¹⁴ Artículo 41 del acto legislativo 01 del 16 de febrero de 1945 (Restrepo, 2004: 492)

Urdaneta, quien era un reconocido abogado y político conservador cercano al gran opositor de Gómez, el ex presidente Ospina Pérez, fue el encargado de hacer que el Congreso integrado exclusivamente por conservadores convocara a una Asamblea Nacional Constituyente (ANAC).¹⁵

Para Gómez, la ANAC debía desmontar la reforma a la Constitución de 1886 llevada a cabo por la Segunda República Liberal a la luz del constitucionalismo social y laico en el gobierno de Alfonso López Pumarejo en 1936¹⁶. Pero si bien la ANAC alcanzó a conformarse, no pudo llevar a cabo la misión propuesta por Gómez, pues el 13 de junio de 1953 el general Gustavo Rojas Pinilla¹⁷, comandante general de las Fuerzas Armadas, asumió el poder ejecutivo tras dar un golpe de Estado. La toma del poder por el general Rojas era algo realmente anunciado, y para ello no solo contó con el apoyo de las Fuerzas Armadas sino con la simpatía y colaboración de sectores conservadores opuestos al gobierno; y por supuesto, del liberalismo. La percepción generalizada era que el general Rojas venía a fungir como liberador de la nación que sucumbía a la cruda violencia bipartidista que enfrentaba a liberales y conservadores durante casi una década, y que se había incrementado a niveles insostenibles con el gobierno de Laureano Gómez.

El golpe del general Rojas realmente estaba anunciado, no solo contó con el apoyo de las Fuerzas Armadas sino con la simpatía y hasta la colaboración de sectores conservadores opuestos al gobierno, y por supuesto, del liberalismo. La percepción generalizada era que el general Rojas venía a fungir como liberador de la nación que sucumbía a la cruda violencia bipartidista que enfrentaba a liberales y conservadores durante casi una década, y que se había incrementado a niveles insostenibles con el gobierno de Laureano Gómez.

¹⁵ La convocatoria a la ANAC se hizo con el acto legislativo 01 de 1952, *Diario Oficial* No. 28075 del 12 de diciembre de 1952, 5.

¹⁶ Sobre la enconada oposición de Laureano Gómez a los gobiernos liberales, y en especial a la reforma constitucional de 1936, véase Henderson (1985, 2001).

¹⁷ Sobre el gobierno de Rojas, véanse Lee (1981), Urán (1983), Galvis y Donadío (1988), Tirado (1989), Ayala (1991) y Atehortúa (2010).

Aunque la rama judicial no fue la excepción a ese júbilo nacional por la llegada de Rojas, al poco tiempo fue el primer poder público en romper la luna de miel que vivía el país con el nuevo gobierno militar. Esto ocurrió a escasos seis meses del golpe de estado, cuando en noviembre de 1953 el Ministro de Justicia, Antonio Escobar Camargo, anunció la reforma judicial que emprendería el gobierno. El proyecto proponía modificar el sistema de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, pues en sentir del Ejecutivo el diseño institucional de la Constitución según el cual el Presidente de la República proponía ternas para que el Congreso eligiera a los magistrados producía el efecto pernicioso de que la política interfería en la justicia, y por eso consideraba que lo más conveniente era darle al Presidente la *“responsabilidad histórica y moral de seleccionar un personal de Magistrados probos y brillantes”* para períodos constitucionales que no coincidirían con el del gobierno (Escobar 1953: 9).

La reforma también comprendía a la jurisdicción del trabajo, que sería integrada a las Salas de la Corte Suprema y los tribunales y se creaban jueces de circuito del Trabajo. En cuanto a la justicia penal, solo los Jueces de Instrucción Criminal, que dependían del Ministerio de Justicia, llevarían a cabo todas las investigaciones penales, y se haría una reforma al procedimiento penal para hacerlo más ágil”(Escobar 1953). Por su parte, los magistrados del Consejo de Estado también serían designados por el Presidente de la República. Por último, tanto los magistrados de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales como los jueces de circuito pasarían a ser nombrados directamente por la Corte Suprema.

La reforma judicial de 1953 también proponía un cambio de gran repercusión para la defensa judicial de la Constitución. Se trataba de la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales (en adelante, TGC), que en adelante ejercería el control constitucional en reemplazo de la Corte Suprema de Justicia. Según el gobierno, la nueva institución era una contribución a la *“tecnificación”* de la justicia constitucional local colombiana. No obstante, el trasfondo político de la iniciativa era tomar el control del órgano encargado de fijarle límites jurídicos al Ejecutivo pues la Corte Suprema juzgaba la constitucionalidad de los decretos de

estado de sitio, es decir de los instrumentos legales con los cuales ejercía el poder el gobierno militar¹⁸. Con estas palabras Escobar justificó la creación del TGC el 5 de noviembre de 1953 (Escobar, 1953: 12):

No hay razón técnica que haga necesario conferir a la cabeza de la Rama Jurisdiccional la facultad de decidir sobre la validez de los actos del Congreso y del Gobierno. Además de que coloca al Gobierno y al Congreso en situación de inferioridad, convierte a la Corte Suprema de Justicia en árbitro de las otras Ramas del Poder (...), y adscribe a sus Magistrados una modalidad del Derecho Público que no es de su competencia. Jueces dedicados a la técnica de casación carecen de suficiente experiencia para juzgar la exequibilidad de sus actos que deben ser resueltos y analizados a la luz del Derecho Público.

Según el gobierno, al TGC se asignaría el estudio de “la exequibilidad de las leyes y los decretos con fuerza de ley”. La corporación se integraría por los presidentes de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, por los presidentes de las Salas del Consejo de Estado y por tres representantes del Presidente de la República. Es decir que todos sus magistrados serían nombrados por el Ejecutivo pues en la misma reforma judicial tanto los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado serían nombrados por el Presidente de la República.

El TGC que proponía el gobierno militar surgía luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando empezaba a expandirse por Europa el modelo de justicia constitucional concentrado propuesto por Hans Kelsen, según el cual se confiaba a un tribunal especializado e independiente el control de constitucionalidad de las leyes así como la defensa de la Constitución (Cervantes, 2015:358). El modelo Kelseniano había sido inaugurado con el Alto Tribunal de Austria en 1920, y este habría inspirado el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución española de la II República el 9 de diciembre de 1931¹⁹, instalado el 20 de octubre

¹⁸ Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los decretos de estado de sitio y las reformas constitucionales bajo el régimen militar, véase Cajas (2015).

¹⁹La bibliografía sobre la influencia del modelo Kelseniano en el Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 es amplia. Entre otros, véanse Alcalá (1933), Cascajo (1978), Rubio (1985), Fix (1980), y Palacio Manchego, J. (2003).

de 1933. Luego, en la posguerra, se creó el Tribunal Constitucional de Italia en la Constitución del 21 de diciembre de 1947; y por último, el Tribunal Constitucional alemán de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que empezó a funcionar en 1951.

El gobierno del general Rojas no era el primero en proponer un TGC, pues ya para inicios de la década de los cincuenta el iuspublicista Eustorgio Sarria había expresado la necesidad de un órgano judicial que *“podría organizarse en forma semejante a la establecida en la constitución española de 1931, artículo 121: con jurisdicción en todo el territorio nacional e integrado por sendos representantes de las ramas del poder público y dos representantes de las facultades de derecho”* (Sarria, 1952, p.46). De igual modo, como lo anotó el jurista conservador Arturo Tapias Pilonietta a propósito del proyecto de reforma de 1953, cuando fue Ministro de Justicia en 1947, él abogó *“por el establecimiento de este tribunal”*, pues consideraba que *“la guarda de la Constitución debe tener un Tribunal especial elegido no por el Congreso sino por otro sistema que asegure su independencia”* (Escobar, 1953-13).

Así las cosas, es muy probable que la propuesta del TGC del general Rojas Pinilla recogiera elementos de modelos como el propuesto por Sarria, y que al menos la idea del TGC de España de 1931 hubiera servido de inspiración para su proyecto de reforma. Sin embargo, había gran distancia entre el TGC de Rojas y el español, pues este último no pertenecía a la rama judicial y se integraba por veintiséis miembros, incluyendo los presidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas (Rubio, 1985, p.31), mientras que sus demás miembros eran electivos y a algunos no se les exigía ser abogados²⁰.

Ahora bien, esa posible influencia española cuando menos resulta llamativa y ameritaría un rastreo profundo que desborda el objeto del presunto estudio. No obstante, es inevitable deslizar algunos interrogantes que esta produce. En primer lugar si para 1953 el TGC de la Constitución de la II República Española de 1931

²⁰ *“El Tribunal de Garantías Constitucionales estaba integrado por veintiséis miembros de heterogénea extracción sociopolítica. Así, el presidente elegido por el Congreso y los veinticinco vocales eran un grupo misceláneo formado por el presidente del Alto Cuerpo Consultivo de la República, el presidente del Tribunal de Cuentas (vocales natos), dos diputados designados por la propia Cámara, un representante de cada una de la Regiones españolas, sean autónomas (Cataluña) o no, dos miembros nombrados por los Colegios de Abogados y cuatro profesores de la Facultad de Derecho de las universidades españolas (vocales electivos) (artículo 122 de la Constitución).”* (Álvarez, 2011, p.194).

había colapsado bajo el régimen del general Francisco Franco, y esa corporación en sus años de funcionamiento había operado más como un órgano político que judicial, ¿por qué usarlo como modelo de la reforma a la justicia constitucional colombiana? Entre algunas respuestas provisionales que podríamos insinuar se encuentra el hecho de que tal vez la influencia se debió a la cercanía lingüística y la familiaridad cultural del derecho de ambos países. Además como los tribunales italiano y alemán apenas empezaban a funcionar cuando el gobierno militar propuso el TGC, es probable que su prestigio y desempeño fuera escaso entre los circuitos intelectuales y políticos latinoamericanos, de modo que el modelo de inspiración era el español. Y, por último, otro posible factor que pudo haber influido en ese intento de *trasplante* es la difusión del modelo del TGC de 1931 por parte de doctrinantes españoles, como Niceto Alcalá-Zamora, quien publicó textos sobre la jurisdicción constitucional de amplia difusión en América Latina entre los años cuarenta y sesenta (Ferrer, 2013, p.129).

Para cerrar este episodio de la propuesta del TGC de 1953, regresemos al enfrentamiento de Rojas con la Corte Suprema de Justicia. La corporación deliberó por dos intensos días hasta llegar a la decisión de presentarle al general Rojas la renuncia de todos sus magistrados ante el discurso que este pronunciara el 11 de noviembre en Cartagena, en el cual acusó a la rama judicial de estar politizada y de actuar movida por intereses partidistas. A juicio de los magistrados, las acusaciones de Rojas eran indiscriminadas contra los jueces y la administración de justicia, lo cual hacía imposible que quienes integraban la Corte, como cabeza de la rama judicial, permanecieran en sus cargos. De este modo, no era la propuesta de la reforma judicial, ni la creación del TGC lo que los magistrados cuestionaban, sino los ataques de Rojas contra la rama judicial. No obstante, en el ambiente político que se respiraba en el momento era claro que el Ejecutivo quería una reforma para tomarse la rama judicial por asalto y cooptar a su juez constitucional.

IV. LA SALA DE NEGOCIOS CONSTITUCIONALES DE 1956

El 1 de febrero de 1954, Rojas²¹ posesionó a los magistrados que él había nombrado por decreto de estado de sitio a finales de 1953 en reemplazo de la Corte que renunció en la “crisis judicial”. La nueva Corte quedó integrada por destacados juristas liberales y conservadores. Como veremos en seguida, luego de dos años volverían las tensiones y la confrontación entre el gobierno militar y la Corte Suprema.

La Asamblea Nacional Constituyente -ANAC-, tenía como encargo la reforma de la Constitución en 1953, pero tras el golpe del general Rojas se había convertido en órgano constituyente “permanente” y se abrogó las funciones de legislador ordinario. La ANAC no solo legitimó el golpe militar sino la permanencia del general Rojas en la presidencia hasta el final del período constitucional de Laureano Gómez, es decir el 7 de agosto de 1954. Un poco más adelante, gracias al dominio de Rojas sobre la ANAC, mediante el Acto Legislativo n° 01 del 30 de julio de 1954 ese órgano amplió el número de sus miembros, incluyendo representantes de las Fuerzas Armadas y de la Iglesia católica; y determinó que el 3 de agosto ella misma elegiría al Presidente de la República para el período constitucional, decisión que en efecto recayó en el general Gustavo Rojas Pinilla, quien según la reforma permanecería en el cargo hasta 1958.

Para mediados de 1956, el general Rojas había decidido conformar una plataforma política propia. Rojas —impulsando la “Tercera Fuerza”, que buscaba consolidar su proyecto político, uniendo a los sectores populares con las Fuerzas Armadas en el poder, (Urán 1983, 99)- había impuesto la censura de prensa, que incluía el cierre de los principales periódicos bogotanos de circulación nacional.²²

²¹ (*El Tiempo*, 1954 -1,18).

²² “Para entonces, el carácter transitorio del gobierno de Rojas se convirtió en indefinido; no se auto-vislumbraba como puente para facilitar el retorno de la democracia y los partidos, sino como gobierno perenne con el apoyo militar y en busca del respaldo popular. La Asamblea Nacional Constituyente no fue convocada para 1955 y la oposición se agudizó. La situación económica tampoco ayudó a Rojas: el precio del café cayó en el mercado internacional y la balanza de pagos se desequilibró, la inflación se disparó, el peso se devaluó frente al dólar y la reserva de divisas cayó. Rojas ganó la enemistad de los bancos con su política fiscalista y las facilidades de crédito que impuso en los bancos estatales, pero tuvo que ceder ante las ingentes presiones.

El régimen se había endurecido, pero ya no tenía el respaldo de los partidos políticos tradicionales: líderes de los partidos Liberal y Conservador habían iniciado conversaciones en lo que se llamaría el Frente Civil, que apuntaba a un pronto regreso a la democracia, al gobierno civil (Cajas, 2014). En ese contexto, Rojas tal vez en parte retomando su proyecto de crear un TGC en 1953, quiso limitar aún más la independencia de la Corte Suprema de Justicia al establecer una Sala de Negocios Constitucionales dentro de la misma Corte.

Su proyecto se hizo realidad con el Decreto legislativo n° 1762 del 26 de julio de 1956, por el general Rojas creó la Sala de Negocios Constitucionales, que estaría conformada por ocho magistrados provenientes de las demás Salas de la Corte, y cuya función sería la de: *“decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los actos legislativos objetados por el gobierno como inconstitucionales o de las leyes o decretos que de conformidad con la Constitución puedan ser acusados ante ella por cualquier ciudadano, previa audiencia del Procurador General de la Nación”*(Presidencia de la República 1956 b).

La creación de la Sala de Negocios fue motivo de críticas de algunos sectores de la comunidad jurídica. Por ejemplo, un numeroso grupo de abogados, representado en el Colegio de Abogados y de Juristas de Medellín y Antioquia, escribió una carta al general Rojas Pinilla oponiéndose a la reforma, pues la consideraban contraria a la Constitución. Rojas les contestó que su decreto se ajustaba a la Constitución, pues ésta sólo consagraba que la Corte Suprema de Justicia se dividiría en salas, sin que ordenara que el pleno de la corporación debía conocer los juicios de constitucionalidad, con lo cual el Gobierno podía asignar tal función a la nueva sala. Rojas también aprovechó para defender la creación de la nueva sala expresando que con ella se mejoraba la justicia en Colombia pues se contribuía a descongestionar la Corte Suprema que estaba agobiada por la morosidad en sus fallos de constitucionalidad. Además, volvió sobre el argumento

El Banco Mundial y el FMI le obligaron a reducir las importaciones oficiales, a aumentar el encaje bancario y a prohibir los almacenes de depósito por parte de los bancos, entre otras medidas. La oposición de los empresarios arreció” (Atehortúa, 2010-42).

técnico de la justicia constitucional integrada por especialistas en derecho público, como lo había hecho en su propuesta de reforma a la Corte Suprema en 1953²³:

Se creyó conveniente entonces crear la Sala de Negocios Constitucionales. Dedicada exclusivamente a conocer de tales asuntos, les daría evasión oportuna. Además, una Sala integrada por especialistas en la materia sería una garantía de acierto. Más que una Corte Plena, en la que por razones obvias no se puede aspirar a que cuando menos la mayoría de los magistrados sean especialistas en derecho constitucional. La Sala de Asuntos Constitucionales consagraría de este modo, en materia importante; la acertada y moderna tendencia de acabar con el conocimiento promiscuo en la administración de justicia de los países más adelantados y aspiración permanente de nuestros reformadores.

Como se puede apreciar, las palabras de Rojas dejan ver con claridad el argumento a la “moderna tendencia” de los tribunales constitucionales especializados que justifica la modificación del diseño institucional de la Corte Suprema como juez constitucional. Esto ocurría justo cuando el Tribunal Constitucional Italiano empezaba a funcionar (Cappeletti, 1960) y el Tribunal Constitucional alemán había iniciado su ejercicio. La Sala de Negocios Constitucionales aparecía pues como un paso firme hacia la tecnificación de la justicia constitucional colombiana, aun cuando lo que el Ejecutivo buscaba era una mayor influencia en la Corte Suprema de Justicia. En efecto, gracias a la reforma el pleno de la Corte dejó de juzgar la constitucionalidad de los decretos de estado de sitio dictados por el general Rojas, y ahora esas funciones pasaban a ser competencia de una Sala de Negocios Constitucionales, conformada por magistrados que el propio general designó de entre quienes hacían parte de las demás salas de la Corte.

El decreto del general Rojas produjo la renuncia inmediata de doce de los magistrados que componían la Corte Suprema y que habían sido designados por el mismo régimen militar en 1953 (Presidencia de la República, 1956a). El general

²³ Corte Suprema de Justicia (1956, 422).

Rojas no tardó en aceptar las dimisiones, y en nombrarles sendos reemplazos (Presidencia de la República 1956a).

De este modo, gracias a la reforma por decreto del general Gustavo Rojas Pinilla, la justicia constitucional colombiana funcionó a través de una Sala de Negocios Constitucionales dentro de la Corte Suprema, hasta que la Junta Militar de Gobierno, a la que Rojas le entregó el poder el 10 de mayo de 1957²⁴, y devolver a la Corte en pleno sus funciones atribuidas en la reforma de 1910²⁵.

V. DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA SALA CONSTITUCIONAL: LA REFORMA DE 1968.

El retorno al gobierno civil se pactó entre los partidos Liberal y Conservador y el inicio del nuevo régimen se empezó a concretar en el Plebiscito que reformó la Constitución en 1957. Los acuerdos del Frente Nacional establecieron la alternancia en el poder y la distribución paritaria de los cargos públicos entre los dos partidos. La Junta Militar de Gobierno entregó el poder al Liberal Alberto Lleras Camargo el 7 de agosto de 1958.²⁶

Los acuerdos del denominado *Frente Nacional* establecieron la alternancia en el poder y la distribución paritaria de los cargos públicos entre los dos partidos Dominantes: Liberal y Conservador. En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, la reforma plebiscitaria de 1957 dispuso que la corporación se integraría de modo que sus magistrados representaran con paridad a los partidos Liberal y Conservador. Las magistraturas serían vitalicias y las vacantes serían llenadas por la propia corporación²⁷.

²⁴ Sobre el control judicial a las reformas constitucionales de la ANAC y a los decretos de estado de sitio dictados por el general Rojas que ejerció la Sala de Negocios Constitucionales, véase Cajas (2014)

²⁵ “Abolida la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia”, *El Tiempo*, 19 de julio de 1957. P. 1 y 17.

²⁶ Sobre la transición al régimen civil y el Frente Nacional, véanse: (Dávila, 2002) y (Hartlyn, 1984 y 1993).

²⁷ Es importante anotar que en las discusiones de la Comisión de Reajuste Institucional creada como parte de los acuerdos bipartidistas del Frente Nacional para el retorno del gobierno civil, tres

Dentro del régimen de alternancia bipartidista del Frente nacional, en 1966 ganó la presidencia el Liberal Carlos Lleras Restrepo (1966-1970), quien se propuso adelantar un profundo cambio en el diseño de las instituciones del Estado. La herramienta jurídica para concretar esas transformaciones sería el paquete de reformas a la Constitución que luego se denominaría la *Reforma Constitucional de 1968*. Como parte de esas propuestas que discutió el Congreso de la República, se incluyó en el primer debate en el Senado de la República el proyecto para crear una Corte Constitucional que reemplazaría a la Corte Suprema de Justicia como guardián de la Constitución.²⁸ La iniciativa había sido impulsada por Carlos Restrepo Piedrahita, miembro de la Comisión Primera del Senado en representación del Partido Liberal, quien fue además constitucionalista y profesor de la Universidad Externado de Colombia, con el apoyo del ex presidente Darío Echandía, quien también integraba la Comisión Primera del Senado.²⁹

El propósito de crear este nuevo Tribunal era tecnificar y fortalecer el control constitucional colombiano a través de un sistema concentrado con un órgano especializado. Pero en esta ocasión la mirada de los iuspublicistas colombianos estaba puesta en el modelo de tribunal constitucional concentrado instalado en países como Alemania e Italia. En palabras de Carlos Restrepo Piedrahita³⁰:

integrantes de la Comisión: el ex presidente Darío Echandía, el ex magistrado de la Corte Suprema, Eduardo Zuleta Ángel, y Fernando Isaza, plantearon la necesidad de reformar la justicia constitucional de modo que el control constitucional estuviese a cargo de juristas especializados en derecho público; o que “*podría intentarse la solución de este problema con la creación de una Corte Constitucional distinta y separada de la Corte Suprema de Justicia*”. *Anales de la Comisión Paritaria de Reajuste Institucional* No.18 de octubre 4 de 1957: 139. Citado por Restrepo (1978: 98). Según Carlos Restrepo Piedrahita, tal propuesta solo trataba de desplazar de la “*Corte de Casación a la Constitucional la correspondiente competencia parcial de velar por la integridad de la Constitución*”, pero todo lo demás seguía igual (Restrepo, 1978- 98).

²⁸ Ponencia para primer debate del Proyecto de acto legislativo No. 46, reformativo de la Constitución, firmado por el Senador Carlos Restrepo Piedrahita el 6 de septiembre de 1966. *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República de Colombia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1969. p. 104

²⁹ “En 1966, el entonces Senador de la República, **Carlos Restrepo Piedrahita**, apoyado por el ex presidente **Darío Echandía** y otros Senadores, consiguió que en el proyecto de reforma constitucional cuya tramitación se adelantaba, se acogiera la creación de una Corte Constitucional. El proyecto reestructuraba radicalmente el sistema de control jurisdiccional” (Negrilla en el texto original). Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres Ideas Constitucionales: supremacía de la constitución, Corte Constitucional y Ombudsman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978. p. 99.

³⁰ “Se equilibra Poder entre Legislativo y Ejecutivo”: “la reforma, un Salto hacia la Democracia Económica” (Entrevista a Carlos Restrepo Piedrahita, Juan José Turbay, Darío Echandía y Juan José Arias,

“(…) En mi opinión, una de las grandes novedades de la reforma constitucional y una de las instituciones más importantes para el futuro del Estado colombiano es la creación de la Corte Constitucional. Desde hace algún tiempo se han insinuado ideas procedentes de distintos sectores, acerca de la necesidad de instituir un nuevo tipo de organismo (…) En esta ocasión la comisión primera halló oportuna la coyuntura de intentarlo, aunque no era fácil. Y no lo era porque nosotros tenemos una tradición en este siglo ya muy prolongada de un sistema especial de control, al cual el país, por razones de estática, se ha acostumbrado: cambiarlo resultaba muy difícil.

De igual modo, Restrepo planteó de nuevo el argumento “técnico” formulado en anteriores intentos previos de despojar a la Corte Suprema de Justicia de su función de juez constitucional. Esto dijo el entonces senador:³¹

La Corte Suprema de Justicia ha cumplido su labor con grandeza, pero a la altura del desarrollo del sistema del derecho colombiano, de las necesidades del progreso del derecho en el país, la Corte, siendo esencialmente un tribunal de casación, resulta ineficaz, no está orgánicamente adecuada para cumplir una de las funciones más difíciles en la especialidad del derecho, cual es el del control jurisdiccional de las leyes y actos del gobierno. Como en la Corte el reparto de las demandas de inconstitucionalidad se hace por sorteo, los problemas muchas veces van a estudio de personas que no son especialistas en la materia. Es decir, un problema de derecho constitucional va a parar a manos de un experto de derecho penal, de derecho civil o de derecho laboral. Con la creación de la Corte Constitucional hemos logrado un control concentrado, que consiste en que, de ahora en adelante un solo organismo en el Estado, va a poder decidir qué es constitucional y qué no lo es.

miembros de la comisión primera del Senado de la República y al Ministro de Gobierno: Misael Pastrana Borrero, *El Tiempo*, 25 de marzo de 1967. P. 18.

³¹ “Se equilibra Poder entre Legislativo y Ejecutivo”: “la reforma, un Salto hacia la Democracia Económica”. *El Tiempo*, 25 de marzo de 1967. P. 19.

Los promotores de la Corte Constitucional también recurrieron a respaldos académicos internacionales para mostrar la necesidad de modificar la justicia constitucional local. Así, el senador Restrepo dijo que en el diagnóstico del sistema colombiano también habían coincidido constitucionalistas y comparatistas como el italiano Mauro Cappelletti y el estadounidense, J. A. C. Grant, quienes ya habían advertido de las dificultades que entrañaba no tener claro un esquema de control constitucional, bien fuera “difuso” o “concentrado” de constitucionalidad pues esto provocaba inseguridad jurídica: por la dispersión de órganos ejerciendo control (Consejo de Estado, Tribunales Contenciosos) y porque daba lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por los jueces y hasta por funcionarios administrativos. Para Restrepo, la solución a todo esto era crear la Corte Constitucional y cambiar de una vez por todas el, “*abigarrado sistema colombiano de control constitucional*”, que era “*el más antitécnico de los que contemporáneamente existen en los Estados*”.³²

Sin duda el momento de mayor entusiasmo sobre la creación de la Corte Constitucional fue la aprobación del proyecto de reforma constitucional en el primer debate requerido para que el proyecto se convirtiera en acto legislativo. Por otra parte, la importancia de la iniciativa en el engranaje de la reorganización del Estado que se proponía la administración Lleras era evidente, tal como se dijo arriba y como se desprende de las declaraciones de los senadores que impulsaban el proyecto en la comisión primera del senado. Así, para marzo de 1967, la creación de la nueva Corte era considerada una parte central de la agenda reformista, tal como lo expuso el Ministro de Gobierno, Misael Pastrana Borrero en marzo de ese año al señalarla como una de las seis “bases fundamentales” de la reforma:³³

Se ha llegado a la conclusión de que una simple Corte de Casación como hasta ahora ha sido la Corte Suprema, no puede cumplir en toda su extensión con la función de vigilancia, tanto frente al congreso, como al ejecutivo, de la

³²Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional y Ombudsman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978. P. 94

³³ Se equilibra Poder entre Legislativo y Ejecutivo”: “la reforma, un Salto hacia la Democracia Económica”. *El Tiempo*, 25 de marzo de 1967. P. 18.

Constitución misma. Esta Corte va a representar un freno efectivo para cualquier abuso de poder por parte de cualquiera de los órganos que integran el Estado.

En línea con el ministro Pastrana, el senador Restrepo afirmó que la creación de la Corte Constitucional era una contribución a la “racionalización del Estado”. En su criterio, el fortalecimiento del control constitucional permitía que el país avanzara hacia un *Estado Constitucional*, lo cual armonizaba con la idea de *Estado para el desarrollo* anunciada por el presidente Carlos Lleras Restrepo desde su campaña presidencial³⁴. En otras palabras, la creación de una Corte Constitucional formaba parte del propósito de modernizar el Estado colombiano en el que insistía el gobierno Lleras.

Según el proyecto discutido en el Senado, la Corte Constitucional tendría seis magistrados elegidos por el Congreso de listas paritarias conformadas por candidatos postulados por el Consejo de Estado, el Presidente de la República y la Corte de Casación (nuevo nombre propuesto para la Corte Suprema). Los magistrados estarían en sus cargos por un período de seis años y podían ser reelegidos indefinidamente.

No obstante el impulso inicial del proyecto, de crear la Corte Constitucional, la iniciativa se hundió estrepitosamente³⁵, pues no logró superar la segunda legislatura en 1968.³⁶ La idea del nuevo tribunal especializado fue objeto de controversias doctrinales, recibió oposición en el Congreso y hasta la crítica de la propia Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo el senador y jurista Hernán Toro Agudelo, expresó que la reforma era un retroceso frente al amplio control constitucional de la Corte Suprema, y que por lo tanto el cambio no tenía ninguna

³⁴ Pastrana M. (1967, 25, 03). Se equilibra Poder entre Legislativo y Ejecutivo”: “la reforma, un Salto hacia la Democracia Económica”. *El Tiempo*, p.18.

³⁵ La Corte Constitucional y sus funciones quedaron aprobadas en los artículos 49 a 61. Decreto No. 1734 del 21 de septiembre de 1967 que dispone la publicación del acto legislativo No. 46 de 1966, Diario Oficial NO. 32347 de 1967, reproducido en su integridad en *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Ob. Cit. Pp. 145-167.

³⁶ Jaime Vidal Perdomo, I Perdomo, *Historia Constitucional de Colombia: siglo XX, Tomo II, Ob. cit.*

utilidad “práctica ni doctrinaria”, sino que rompía “una magnífica tradición en el control difuso, que a la postre... se unifica a través de la Corte y el Consejo...”³⁷

Un informe de la Comisión Primera del Senado expresa ese órgano concluyó que el sistema colombiano de control constitucional, caracterizado por la dualidad de organismos principales de control como la Corte Suprema y el Consejo de Estado, con una competencia relativa de otros órganos de la jurisdicción contenciosa, y por los funcionarios administrativos que pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad, era una:

Instrumentación jurídica que la conoce bien el país, ofrece originalidad que la ha hecho apreciable ante extraños, en general ha dado resultados satisfactorios, mientras que la nueva propuesta no ha sido madurada suficientemente ni en los medios políticos ni en los académicos”³⁸

Y, que además de esas circunstancias:

En plena ambientación de la fórmula actual y ninguna de la de reemplazo, que inclinaron a la comisión de revisión de los proyectos constitucionales a regresar al ordenamiento existente, mostrándose en ello de acuerdo con autorizadas voces de la Corte Suprema de Justicia ³⁹ y de tratadistas.

El Congreso, además, decidió mantener el control de la Constitución en manos de la Corte Suprema, porque estimó que la iniciativa suponía trasplantar la institución del modelo europeo, que era considerada más perfeccionada, pero contraria a la “*tradición jurídica colombiana y no ha sido objeto de mayor estudio ni siquiera en los círculos universitarios colombianos.*”⁴⁰

A lo anterior se sumó el argumento de que el modo de integrar la Corte Constitucional vulneraba los propósitos de la reforma constitucional del Plebiscito de 1957 de lograr la independencia política de las altas Cortes. Con la nueva

³⁷ Hernán Toro Agudelo: *Examen de los proyectos sobre Reforma Constitucional*, Medellín, 1968, P. 149, citado por Carlos Restrepo Piedrahita: *Tres Ideas Constitucionales*, Ob. Cit. P. 107.

³⁸ *Historia de la Reforma Constitucional* Ob. Cit.- P. 481.

³⁹ El informe se refiere a un concepto expresado por la Corte al Ministro de Justicia, el 25 de julio de 1968.

⁴⁰ *Ibíd.* P. 481.

corporación, consideraban, se pasaría de un “control jurisdiccional” a un “control político”⁴¹ de constitucionalidad pues la elección de los magistrados de la Corte Constitucional correspondería al Congreso.

Por último, la propuesta fue acusada de tener defectos técnicos pues acumulaba muchas funciones en la Corte Constitucional que terminarían por congestionarla, como era el caso del juicio de constitucionalidad de las ordenanzas de las asambleas departamentales y de los acuerdos de los concejos municipales, y además como se pretendía convertir la excepción de inconstitucionalidad en una acción judicial que decidiría la misma Corte, se podría paralizar el Estado ante la imposibilidad de decidir sobre numerosas acciones y porque creaba la posibilidad de que una parte interesada en dilatar cualquier litigio acudiera a tal acción haciendo interminables los procesos.⁴²

Ahora bien, como se puede apreciar, la creación Corte Constitucional afectaba la posición política e institucional de la Corte Suprema de Justicia pues esta pasaba a ser un tribunal de casación.⁴³ Tal vez esto movió a la corporación a unirse a las voces que cuestionaban el origen político que tendrían el nuevo tribunal, y a defender el argumento de que la propuesta hacía perder lo ganado por la justicia en el plebiscito de 1957: pues este había buscado despolitizar las altas cortes y garantizar su independencia con la magistratura vitalicia a través del sistema de cooptación bajo el cual la Corte Suprema y el Consejo de Estado proveían sus vacantes.

Pero aparte de las críticas a la creación del nuevo tribunal, otro factor que pudo contribuir a que ésta no se concretara fueron las tensiones políticas en que se inscribió el trámite de la reforma constitucional de 1968 en un Congreso que el Ejecutivo no dominaba. En efecto, se trataba de un Senado y una Cámara de

⁴¹ *Ibíd.* P. 481.

⁴² *Ob. Cit.*, *Historia de la Reforma Constitucional*. P. 466.

⁴³ Jorge González Jácome. ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968?: reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos” En: *Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*, Ricardo Sanín (Coord.), Legis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006. P. 59.

Representantes integrados por facciones liberales y conservadoras, así como de la ANAPO, que se encargaron de mostrarle al presidente que no estaban dispuestas a aceptar modificaciones a las reglas del juego político sin recibir algo a cambio. (Pécaut, 1987). Por ejemplo, durante el trámite del paquete de reformas, en julio de 1967 luego de nueve meses de debates, la Cámara rechazó el proyecto aprobado por el Senado; y posteriormente en marzo de 1968 la Cámara aprobó el proyecto, pero el Senado lo negó en junio del mismo año. Fue en este último momento que incluso el presidente Lleras ofreció su renuncia como mecanismo de presión para forzar la negociación entre las facciones de los partidos que componían el Congreso. El Senado por supuesto no aceptó la renuncia de Lleras, pero tampoco se comprometió a aprobar la reforma. Después de intensas negociaciones el Senado aprobó el proyecto, aunque luego en otro debate éste fue rechazado. En esta ocasión Lleras reaccionó pidiendo la renuncia de todos los ministros de su gabinete. Luego de una negociación con las facciones liberales y conservadores, que incluyó varias concesiones del Ejecutivo al Congreso, la reforma finalmente logró ser aprobada en diciembre de 1968 (Pécaut, 1987).

Así las cosas, con el panorama descrito del trámite de la reforma constitucional en el Congreso, todas las energías del Ejecutivo se concentraron en sacar adelante aspectos que consideraba de mayor urgencia política dentro del paquete de reformas, como por ejemplo las medidas en materia electoral, las modificaciones al régimen departamental y municipal, el desmonte gradual de la paridad política pactada por el Frente Nacional, y por supuesto la reforma de la regla de la mayoría de dos terceras partes que requería la aprobación de las leyes en el Congreso. De este modo la reforma que crearía una Corte Constitucional pasaba a un segundo plano. Esto, sumado a que no había un consenso sobre su conveniencia jurídica e institucional, hacía que la empresa de crear ese Tribunal estuviera condenada al fracaso en la convulsionada legislatura de 1968.

No obstante, el fracaso del proyecto de creación de la Corte Constitucional, la reforma de 1968 estableció la Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia. Ésta consistía en un cuerpo especializado, conformado por especialistas en

derecho público que sustanciarían los procesos y proyectarían los fallos de constitucionalidad para la consideración y decisión por parte de la Sala Plena de la Corte. Además, los magistrados de la Sala Constitucional también tendrían derecho a voz y a voto en la Sala Plena, junto con sus colegas de las Salas de Casación Civil, Penal y Laboral⁴⁴.

De este modo la oposición de sectores académicos, políticos -y hasta judiciales- a la idea de crear una Corte Constitucional, sumada a la crisis política que enfrentó la reforma de 1968, confluyeron en el hundimiento de la iniciativa. El desenlace de la reforma en últimas favoreció a la Corte Suprema, pues evitó que la sustituyeran por un tribunal constitucional especializado del modelo concentrado o europeo inspirado en Kelsen; y además la fortaleció, pues la reforma le agregó cuatro magistrados y una Sala Constitucional.

Por último, si en 1953 el TGC parecía inspirarse en el modelo español de 1931, la Corte Constitucional de 1968 ya no tenía como referente esa experiencia sino la de los tribunales constitucionales italiano y alemán. De este modo, todo indicaba que el prestigio institucional europeo se había desplazado desde España a esos países en tan solo quince años.

VI. LA “PEQUEÑA CORTE CONSTITUCIONAL” DE TURBAY AYALA SE HUNDE EN LA CORTE SUPREMA.

Las mayorías parlamentarias que tenía a su favor el presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982) le facilitaron la aprobación de la reforma constitucional

⁴⁴ “ARTÍCULO 71. (...): A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: 1a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 2a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano (...) La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público.(...)” (Diario Oficial, 1968).

de 1979. El acto legislativo 01 del 4 de diciembre de 1979 constaba de 65 artículos y cubría temas tales como el Congreso de la República, la planeación, el régimen territorial, y en especial una transformación profunda de la administración de Justicia.

La reforma de 1979 retomaba los temas propuestos para ser debatidos por la llamada “pequeña constituyente” de 1977, cuando en tiempos del gobierno de Alfonso López Michelsen (1974-1978) el Congreso aprobó el acto legislativo 02 del 19 de diciembre de 1977, por el cual se elegiría un cuerpo de diputados encargado de reformar la Constitución en aspectos como la Jurisdicción Constitucional. Esa reforma nunca se pudo concretar, pues el acto legislativo 02 de 1977 fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 5 de mayo de 1978⁴⁵, antes de que se llevara a cabo la elección de esa Asamblea. En esa sentencia por primera vez la Corte asumió su competencia para juzgar la constitucionalidad de las reformas constitucionales bajo la Constitución de 1886, aun cuando la Carta Política no señalaba explícitamente que el tribunal tenía tal atribución⁴⁶.

El acto legislativo 01 de 1979 creó la Fiscalía General de la Nación, que se ocuparía de perseguir el delito y comandaría la policía judicial. También estableció el Consejo Superior de la Judicatura que se encargaría de administrar la carrera judicial y de enviar las listas para que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia designaran a los magistrados que llenarían las respectivas vacantes en esas

⁴⁵ Según el acto legislativo 02 del 19 de diciembre de 1977 junto con las elecciones presidenciales de 1978 se elegiría a los delegatarios de una Asamblea Constituyente que se ocuparía de reformar la Constitución vigente en estas materias: a) Administración Departamental y Municipal, y b) Ministerio Público, Consejo de Estado, Administración de Justicia y Jurisdicción Constitucional. La Asamblea Constitucional estaría integrada por delegatarios elegidos por circunscripción territorial; y para poder ser electos, al menos deberían haber ejercido por diez años una profesión con título universitario. La Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el acto legislativo, y por tanto no se convocó a la llamada “pequeña constituyente”. Según la Corte, la competencia de reformar la Constitución era indelegable, y por tanto éste no podía autorizar que otro órgano ejerciera tal función. El riesgo que corría la Corte Suprema de Justicia de perder la función de juez constitucional al establecerse la Corte Constitucional pudo haber sido un factor que influyó en el fallo. Véase: Cajas (2015).

⁴⁶ Con la reforma del acto legislativo 01 de 1968, la Corte Suprema tenía la facultad de: “1a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 2a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los Artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano”. (artículo 71, A.L. 01 de 1968, reformativo del artículo 214 de la Constitución de 1886, Diario Oficial No. 32.673 del 17 de diciembre de 1968.

corporaciones. El Consejo Superior además enviaría a las altas Cortes las listas para que ellas designaran a los magistrados de los Tribunales, y estos a los jueces respectivamente; y también quedaba a cargo del control disciplinario de los magistrados de la Corte Suprema, y del Consejo de Estado, así como de los abogados, jueces y magistrados de tribunal⁴⁷. De igual modo, la reforma suprimía el carácter vitalicio de la magistratura en las altas cortes y fijaba períodos de 8 años sin posibilidad de reelección (Cajas, 2015).

En cuanto a la jurisdicción constitucional, se atribuían nuevas funciones a la Sala Constitucional de la Corte Suprema, que se sustraían de las que estaban en cabeza de la Sala Plena, pues el pleno de la Corte solo decidiría las demandas contra actos legislativos y decretos de estado de sitio mientras que todas las demás funciones de control constitucional pasaban a la Sala Constitucional. Por todo esto, la Sala se convertía en una *pequeña corte constitucional* dentro de la Corte Suprema de Justicia.

Con el nuevo diseño institucional de la rama judicial era evidente que la reforma constitucional impulsada durante el gobierno de Turbay Ayala afectaba notablemente a la Corte Suprema: la obligaba a ceder una buena parte del control constitucional en favor de su Sala Constitucional, que ahora se incrementaba a 8 magistrados y tendría importantes funciones decisorias. La Corte también perdía la garantía de las magistraturas vitalicias, pues ahora los períodos serían fijos y sin posibilidad de reelección. Además, aunque se conservaba el sistema de cooptación y la paridad partidaria en la integración de la Corte, sus vacantes tendría que proveerlas según listas de elegibles que le entregaría el naciente Consejo Superior de la Judicatura. Como si esto fuera poco, la Corte Suprema ya no designaría libremente a los magistrados de los tribunales, ni estos nombrarían más a los jueces dentro de su respectiva jurisdicción, sino que en adelante el Consejo Superior sería el órgano que le presentaría a la Corte y a los tribunales las respectivas listas de elegibles.

⁴⁷ Artículo 61 del acto legislativo 01 de 1979.

La reforma constitucional de 1979 alcanzó a entrar en vigor, pero su vida fue efímera, pues la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Fernando Uribe Restrepo, en la sentencia No 57 del 3 de noviembre de 1981⁴⁸, la declaró inconstitucional. Dentro de sus argumentos para fallar la Corte estimó que el Congreso había incurrido en graves vicios de procedimiento en la expedición del Acto legislativo de 1979, vulnerando así la Constitución (Cajas, 2008).

Con la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de 1979 la Corte no solo le propinaba un revés político a la administración Turbay sino que daba pie a que muchos percibieran que el país había caído en un *gobierno de los jueces*. El fallo causó tal tensión entre el Ejecutivo y la Corte, que cuando ésta se encontraba a punto de decidir el gobierno intentó modificar el quórum del tribunal por medio de un decreto. Además, con la sentencia de 1981 la corporación ya sumaba dos reformas constitucionales declaradas inconstitucionales por vicios de trámite en su formación, sin que la Constitución expresamente atribuyera tal competencia al tribunal. En efecto, ya la Corte había inaugurado su doctrina de la competencia para conocer de demandas contra reformas constitucionales por vicios de trámite en su sentencia de 1978, que declaró inconstitucional la reforma de la *pequeña constituyente*⁴⁹.

VII. LA ÚLTIMA BATALLA DE LA CORTE SUPREMA POR EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Durante la década de los ochenta hubo un amplio debate académico, jurídico y político sobre la conveniencia de crear un tribunal constitucional que reemplazara a la Corte Suprema de Justicia⁵⁰, y esta misma corporación participó

⁴⁸ (Corte Suprema de Justicia, 1981, p.408).

⁴⁹ Sobre la trayectoria del control constitucional de las reformas constitucionales en Colombia, véase Cajas (2008).

⁵⁰ Por ejemplo, en 1984 se reabrió el debate académico sobre las falencias del control constitucional por la Corte Suprema. Una de las voces más influyentes fue la del ex presidente y constitucionalista Alfonso López Michelsen, quien criticó la doctrina de la incompetencia de la Corte para juzgar la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales. López expresó que el país se veía enfrentado a “*una Corte, o unas Cortes que declaran que tienen competencia para juzgar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales... sin que haya un artículo de la Constitución que les atribuya esa competencia y, al mismo tiempo, esas mismas Cortes se declaran inhibidas para fallar acerca de la inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados públicos... Vale decir que por vía de la interpretación se abstienen de estudiar la inconstitucionalidad de cierto tipo de leyes, y por vía de interpretación adquieren jurisdicción sobre la constitucionalidad por vicios de forma de los actos legislativos*” (López, 1984, p.3).

activamente en esos debates asumiendo su defensa (Restrepo, 1984). Un nuevo impulso en ese sentido había resurgido dentro del proyecto fallido de reforma constitucional que presentó al Congreso el gobierno de Virgilio Barco Vargas (1986-1990) el 27 de julio de 1988, el cual incorporaba la creación de una Corte Constitucional.

Sin embargo fue la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1991 la que luego de tres décadas de intentos fallidos logró sustituir el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el de una Corte Constitucional. En efecto, en el proyecto de reforma constitucional que el presidente César Gaviria (1990-1994) le presentó a la ANC en 1991 de nuevo aparecía la Corte Constitucional. La iniciativa, sin embargo, no encontró un camino fácil en el gabinete ministerial, como narra Manuel José Cepeda, uno de los impulsores de ese tribunal (Cepeda, 2007: 35 y 2004: 550).

[Hubo] serios desacuerdos al interior del Gobierno del Presidente Gaviria sobre si...debía [incluirse] la propuesta de crear una Corte Constitucional, o si era preferible mantener los poderes de control constitucional en manos de la Corte Suprema de Justicia. Esta divergencia- que de hecho constituye la discrepancia interna más intensa del Gobierno- fue finalmente resuelta por el Presidente Gaviria a favor de la creación de una Corte Constitucional, en contra de la posición apoyada, entre otros, por su Ministro de Justicia, un ex magistrado de la Corte Suprema (p.35).

Según Cepeda, hubo varias razones que animaron al presidente Gaviria a apoyar la creación del nuevo Tribunal. Por razones prácticas, porque comprendía que la Corte Suprema de Justicia no iba a tener la capacidad institucional para asumir la carga de trabajo que entrañaban las nuevas funciones, como por ejemplo revisar todas las decisiones judiciales en materia de acción de tutela. De igual manera, porque el presidente entendía que era necesario: “*encomendar a una nueva Corte la misión de preservar el espíritu innovador que inspiraba la nueva Constitución*”; y por último porque esta nueva Corte sería idónea para tomar decisiones “*legítimas y*

definitivas para resolver disputas de alta trascendencia política sobre el contenido y el alcance de la nueva Constitución”(Cepeda, 2007:35-36).

El estudio de los proyectos de reforma a la justicia constitucional en la ANC de 1991 le correspondió inicialmente a la Comisión Cuarta. Precisamente esa comisión presentó un proyecto para crear la Corte Constitucional cuya ponencia estuvo a cargo de la delegataria María Teresa Garcés Lloreda, y que fue puesta a consideración de la plenaria de la ANC el 6 de marzo de 1991. La exposición de motivos del proyecto manifestaba que este nuevo tribunal surgía ante “*la necesidad de lograr una mayor especialización*” de los órganos judiciales, en este caso en el campo del derecho público, por lo que resultaba “*conveniente separar las funciones de Tribunal de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control constitucional*”. Esta especialización, se afirmaba:

Permitirá que con el tiempo se construya una jurisprudencia estable sobre los alcances de cada una de las normas de la nueva Carta, con claridad sobre las facultades de las Ramas del poder público y en particular sobre la naturaleza excepcional de los Estados de Excepción (Garcés, 1991: 3).

Además, se consideraba importante que “*este nuevo organismo determine el alcance de los derechos y las libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente para su ejercicio*” (Garcés, 1991, p.3).

Aun cuando, la mayoría de las propuestas de los constituyentes, como expresó el delegatario ante la ANC José María Velasco Guerrero, coincidían en la necesidad de crear “*un organismo superior- Corte Constitucional- encargado de ejercer el control jurisdiccional*” tanto de los actos administrativos como de las leyes “que hoy día practican separadamente, pero en forma unificada, por materia, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado” (Velasco, 1991: 1)., “también surgieron otras iniciativas sobre el diseño institucional de la justicia constitucional Por ejemplo, la Alianza Democrática M-19 propuso mantener el control constitucional en la Corte Suprema y el Consejo de Estado solo con la modificación de la cooptación para integrar las Cortes de modo que las vacantes las llenaran las corporaciones según listas del Consejo Superior de la Judicatura. Asimismo, el Partido Social

Conservador sugirió que la Corte Suprema de Justicia siguiera ejerciendo el control constitucional pero “*a cargo, en forma exclusiva, de la Sala Constitucional, integrada por especialistas en derecho público*” (Velasco 1991: 1).

La Corte Suprema de Justicia por supuesto no se quedó inmóvil ante los pasos agigantados hacia el desmonte de su papel como juez constitucional, sino que se hizo oír en el propio seno de la ANC. El 7 de marzo de 1991, justo un día después de que se había presentado ante la plenaria de la ANC el proyecto que proponía la creación de la Corte Constitucional, el presidente de la Corte Suprema, Pablo Cáceres Corrales defendió ante la asamblea el control constitucional a cargo de ese tribunal, e insistió en los graves riesgos que representaba despojar a la Corte Suprema de Justicia de tal función para trasladársela al “control de tipo político” de una Corte Constitucional (Gaceta Constitucional, 1991: 96). Cáceres agregó que la creación del tribunal constitucional se anunciaba:

Acudiendo de nuevo al almacén del derecho comparado”, con el argumento de que “una corte constitucional resuelve el problema del aval que necesitan quienes ejercen el poder público para sus políticas coyunturales, porque tal tribunal estará integrado por representantes, o más bien voceros, de las cámaras políticas, del Gobierno, y, para respetar un poco el pudor de la independencia, por miembros sugeridos por los tribunales de justicia (Gaceta Constitucional, 1991: 97).

El presidente de la Corte, aunque destacó que el modelo de control constitucional era acorde con las necesidades del país, reconoció que se podrían hacer algunos ajustes para mejorarlo (Gaceta Constitucional, 1991, p.96). Así, planteó una posible reorganización del trabajo en la corporación, de tal manera que se redistribuyeran las competencias entre su Sala Constitucional y su Sala Plena. En su propuesta, el juicio de constitucionalidad de los tratados internacionales y de las reformas constitucionales los conocería la Sala Plena de la Corte, previo estudio de la Sala Constitucional. De igual manera sugirió que los demás procesos de constitucionalidad podrían quedar a cargo de la Sala Constitucional, que:

Para decidir, se vería aumentada con la participación de un magistrado de cada una de las salas de casación civil, penal y laboral”, pues de esa forma se aseguraba “el juicio integral de exequibilidad y se preserva, en cada caso, la decisión mayoritaria de los expertos en derecho constitucional”.(Gaceta Constitucional, 1991, p.96-97)

Las palabras del presidente de la Corte quedaron recogidas en un memorando que ese tribunal presentó a la ANC, como lo menciona el delegatario Velasco Guerrero. Según Velasco, la Corte Suprema propuso que las magistraturas tuvieran períodos de 8 años no reelegibles, y que las vacantes fueran llenadas por la misma corporación, pero a partir de listas elaboradas por el Presidente de la República, el Presidente del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, la Academia de Derecho y Jurisprudencia, y el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Este último necesariamente tendría que proponer candidatos de la carrera judicial. En particular, sobre el control constitucional, dice Velasco que la Corte sugirió ampliar las funciones que ésta ejercía para incluir el juicio a los actos reformativos de la Constitución y los “tratados públicos”. Finalmente, comenta el delegatario, la Corte pedía mantener a la Sala Constitucional, pero ampliarla con cada uno de los magistrados de las Salas de Casación para el caso del control de constitucionalidad de las leyes y de las objeciones presidenciales a los proyectos de ley (Velasco, 1991, p.3-4).

Según el testimonio de Manuel José Cepeda sobre la creación de la Corte Constitucional en la ANC, el propio presidente Gaviria desplegó su liderazgo político para lograr convencer a los constituyentes de 1991 de aprobar la creación de la Corte Constitucional. Para ello contó con la capacidad de negociación del Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana (Cepeda, 2004, p.550) La agencia de Gaviria con tal propósito se puede apreciar en este mensaje a los delegatarios de la ANC:

Tarde o temprano habrá que responder las siguientes preguntas: ¿En manos de quién va a quedar la inmensa responsabilidad de interpretar y desarrollar por vía jurisprudencial la nueva Constitución? ¿A quién les van ustedes a confiar la tarea

de impulsar en las próximas décadas las innovaciones constitucionales que surgirán del seno de esta asamblea? ¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y que la adapte a la realidad dinámica de Colombia? Y sobre todo, ¿qué organismo tendrá a cargo la misión de impedir que cualquier autoridad poderosa mediante leyes, decretos, resoluciones, órdenes u otros actos o hechos administrativos detenga esta transformación que ustedes impulsan? [...] Pensemos en el futuro. La nueva Constitución requiere, para su cabal aplicación, un nuevo sistema de control constitucional (Cepeda, 2007, p.37).

Finalmente, la ANC se decidió por la creación de la Corte Constitucional⁵¹. La importancia del nacimiento de esta nueva institución, que desplazaba a la Corte Suprema de Justicia de su función de juez constitucional, también quedó registrada en el emblemático discurso del presidente César Gaviria Trujillo con motivo de la promulgación de la Constitución de 1991, quien manifestó que:

Una nueva Carta, una nueva democracia y también nuevas instituciones sólidas y eficaces: la Corte Constitucional para hacer de la Carta de 1991 un documento viviente, relevante para todos, sintonizado con la realidad del país, promotor del cambio y promotor de los valores fundamentales de la democracia (Gaviria, 1991)

De este modo, al final del proceso constituyente de 1991 la Corte Suprema no pudo detener el cambio en el diseño institucional de la justicia constitucional que se había intentado sin éxito al menos durante la segunda mitad del siglo veinte. La corporación judicial había soportado los intentos del Ejecutivo de crear un tribunal constitucional o de modificar sus facultades como juez constitucional, así como los impulsos de los académicos, además de los proyectos que alcanzaron a avanzar en el Congreso, y hasta las reformas constitucionales aprobadas por ese

⁵¹ El artículo 239 de la Carta de 1991 estableció: “La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.”

Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

mismo órgano. En esta ocasión, aunque la creación de la Corte Constitucional no tuvo el camino libre en la ANC, había un ambiente favorable para la misma, pues el gobierno Gaviria contaba con el músculo político y la capacidad de negociación suficiente como para lograr que se aprobara la iniciativa. Además, la Corte Suprema de Justicia carecía de competencia para conocer de la constitucionalidad de la reforma constitucional que aprobara la ANC, de modo que ya no tenía a mano la herramienta que había usado en 1978 y 1981, cuando sus sentencias de inexequibilidad le cerraron el paso a dos reformas a la justicia constitucional⁵².

VIII. REFLEXIONES FINALES

Este trabajo ha rastreado la trayectoria de la justicia constitucional colombiana entre 1910 y 1991, y los modos como distintos actores políticos, -incluida la Corte Suprema de Justicia- judicial-, con sus intereses y sus estrategias en determinados contextos políticos y doctrinas legales, contribuyeron a la construcción de esta institución en cinco momentos distintos de la historia nacional. De ese modo, este artículo se propuso hacer memoria de la construcción de la justicia constitucional local, y al mismo tiempo revelar las interdependencias entre el derecho y la política que moldearon esa institución antes de la Corte Constitucional establecida en la Carta de 1991.

Esta narrativa permitió apreciar cómo la justicia constitucional colombiana, que si bien surgió en parte influenciada por el modelo de *Judicial Review*, originario del constitucionalismo de los Estados Unidos de América que se expandió por varios países de América Latina en la segunda mitad del siglo diecinueve, también tuvo desarrollos propios. Asimismo, permitió identificar que hubo diseños

⁵² Cabe anotar que tan pronto entró en funciones la Corte Constitucional se instauraron demandas de inconstitucionalidad en contra de la Constitución de 1991. Por ejemplo, la que presentó el reconocido constitucionalista y ex magistrado de la Corte Suprema, Luís Carlos SÁCHICA, quien argumentó que era inconstitucional la disposición transitoria de la nueva Carta Política, según la cual ésta carecía de “control jurisdiccional alguno”. Luego de un análisis riguroso, la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse sobre la demanda porque consideró que no era competente para conocer de juicios en contra de la Constitución de 1991, pues de llegar a hacerlo “*incurriría en un abuso del poder, ya que ejercería funciones que el constituyente primario no le ha atribuido*” (Corte Constitucional, 1992).

institucionales locales creativos, como la acción pública de inconstitucionalidad que se le confió a la Corte Suprema de Justicia en el acto legislativo 03 de 1910. No obstante tales desarrollos, también se hizo evidente cómo una vez surgió en Europa el modelo de justicia constitucional concentrado e inspirado en el Tribunal Constitucional austriaco, los juristas locales empezaron a juzgar con dureza el sistema constitucional colombiano y a reclamar su reforma.

El primer intento de modificarlo al parecer se inspiró en un lugar poco sospechado para la época: el modelo del TGC español de 1931, que tuvo sus adeptos en Colombia al iniciar la década de los cincuenta. Sin embargo, hacia finales de esa misma década, y durante la segunda mitad del siglo veinte, los juristas voltearon su mirada hacia otros lugares en búsqueda de experiencias que permitieran un trasplante, como fue el caso de los modelos italiano y alemán de tribunal constitucional concentrado y especializado. Pero al final, en 1991 el modelo mixto se mantuvo: la Carta Política adaptó el Tribunal Constitucional especializado con la Corte Constitucional, pero este siguió acompañado del Consejo de Estado y de la jurisdicción contencioso administrativa; y además todos los jueces del país pasaron a integrar la justicia constitucional como jueces de las acciones de tutela.

La trayectoria narrada también puso en evidencia la manera en que la Corte Suprema de Justicia inició con reticencia su tarea de juzgar la constitucionalidad de las leyes asignada en la reforma constitucional de 1910, pero al final en 1991 defendió la necesidad de conservarla, tal como lo había hecho desde los intentos de creación de la Corte Constitucional de 1968. Tal vez sus años de fungir como juez constitucional, que ya abarcaba el control de las reformas constitucionales para inicios de la década de los ochenta, le habían enseñado que tal facultad entrañaba un gran poder institucional al que no se podía renunciar.

Por último, esta historia permitió apreciar que durante gran parte del siglo veinte se combinaron distintos argumentos técnicos y razones políticas para reformar al sistema de control constitucional colombiano; y cómo muchos de esos debates surgieron porque se examinaba el modelo local bajo la óptica de los

modelos foráneos, como el ya mencionado Tribunal Constitucional especializado y concentrado de origen kelseniano. En este sentido, este trabajo también abre horizontes para posibles exploraciones que indaguen más a fondo los modos cómo el diseño institucional de la justicia constitucional colombiana recibió influjos transnacionales, y cómo los distintos actores locales los apropiaron; así como también las amalgamas o hibridaciones entre instituciones foráneas y propias en la construcción de esa justicia.

REFERENCIAS

Alcalá Zamora, N. (1933): “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, Madrid: Editorial Reus.

Araujo Grau, A. (1936). *Jurisdicción constitucional: tesis de grado en la Universidad Nacional de Colombia*, Bogotá: Talleres Gráficos “MUNDO AL DÍA”.

Asamblea Nacional Constituyente (1910). *Anales de la Asamblea*, Acta de la Sesión del 30 de junio de la Asamblea Nacional, Serie única, Número 3, Bogotá, agosto 22 de 1910, pp. 319-321.0

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Gaceta Constitucional* No. 57, martes 23 de abril de 1991. Bogotá, D.E.

Bergquist, C. (1981). *Café y Conflicto en Colombia, 1886-1910: La guerra de los mil días: Sus antecedentes y consecuencias*. Medellín: FAES.

Cajas Sarria, M. (2013). “La Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1910: de juez de la Regeneración a juez constitucional”, *Historia Constitucional* No. 14, Oviedo: Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

Cajas Sarria, M (2014 b) “De la Corte Suprema de Justicia a la Corte Constitucional, apuntes sobre las reformas e intentos de reforma a la justicia constitucional colombiana, 1956-1991”, EN: Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica: Justiciabilidad de los derechos”, Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pp. 37-64.

Cajas Sarria, M. (2014 a). “La Corte Suprema de Justicia bajo el gobierno del general Gustavo Rojas Pinilla.” *Revista de Estudios Sociales* No. 50. Bogotá: Universidad de los Andes

Cajas Sarria, M. (2015). *La Historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, Tomos I y II, Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Icesi.

Cappeletti, M. (1960). “La justicia constitucional en Italia”, en: XIII Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México 41, traducción de Héctor Fix-Zamudio, México, D.F, UNAM.

Cascajo Castro, J. (1978). “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos No. 1* (Nueva Época), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cepeda Espinosa, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*, Bogotá: Legis.

Copete Lizarralde, Á. (1957). *Lecciones de derecho Constitucional*, Bogotá: Temis, segunda edición.

Correa Uribe, F. (1996). *Republicanism and constitutional reform*. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Medellín: Universidad de Antioquia.

Corte Constitucional (1992), Sentencia C-544 del 1o de octubre, Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia (1956), Proposición aprobada el 25 de septiembre, 422.

Corte Suprema de Justicia (1981), Sentencia No. 57 del 3 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial. No. 2405, CLXIV.

Diario Oficial. (1968). Acto legislativo No. 01 de 1968. *Diario Oficial* No. 32 .673 del 17 de diciembre de 1968.

Duque Daza, J. (2011). “La reforma constitucional de 1910: Constantes institucionales, consensos y nuevas reglas”, *Papel Político* No. 16, Bogotá, enero-junio, 2011.

Eder, Phanor (1960). “Judicial Review in Latin America, 21 Ohio St. L. J. 570.

El Tiempo. (1953). “Reforma Judicial propone al País el Ministro del Ramo, Escobar C.”, 6 de noviembre de 1953, P. 1 y 15.

El Tiempo. (1954). “Justicia sin sectarismo pide el Presidente Rojas Pinilla”. 2 de febrero de 1954, 1 y 18.

El Tiempo. (1957). “Abolida la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia”, 19 de julio de 1957. P. 1 y 17.

Escobar Camargo, A. (1953). *La reforma judicial: Conferencia del señor Ministro de Justicia, doctor, Antonio Escobar Camargo, dictada el 5 de noviembre de 1953*, Bogotá: Imprenta Nacional.

Esguerra Portocarrero, J. (2010). “La Reforma Constitucional de 1910”, En *Historia Constitucional de Colombia Siglo XX Tomo II*, Jaime Vidal Perdomo (Comp.) Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Fernández Segado, F. (1996). “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el siglo pasado. *Pensamiento Constitucional* Año III, No. 3, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Ferrer Mac Gregor, E. (2013). “Niceto Alcalá Zamora y el derecho procesal constitucional”, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional*, México D.F: Marcial Pons- UNAM.

Fix Zamudio, H. (1989) La justicia constitucional en América Latina, EN El Constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX colaboraciones extranjeras y nacionales, Tomo IV, Pp. 451 532.

Fix- Zamudio, H. (1980). *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, D.F: UNAM.

Garcés Lloreda, M.T (1991). “Exposición de Motivos del texto acogido por la mayoría de la Comisión IV sobre Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado y proposiciones divergentes”. Ponencia para Sesión Plenaria, *Asamblea Nacional Constituyente*, 6 de marzo de 1991: Bogotá, D.E.

García, H. (2011). “La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la segunda república española” *Revista de Derecho Político*, UNED, No. 80, enero-abril 2011.

Gaviria Trujillo, C. (1991) “Discurso del Presidente de la República, César Gaviria Trujillo en el acto protocolario de promulgación de la Constitución Política de 1991”, 4 julio de 1991: Bogotá: versión televisada disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=IY9fyf13OV0>, minuto 5:03. Recuperada el 26 de enero de 2016.

Gómez Serrano, L. (2001). *El control constitucional en Colombia: evolución Histórica*, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga.

González Jácome, J. (2006). ¿Para qué una Corte Constitucional en la Colombia de 1968?: reflexiones en torno a la tensión de los poderes públicos” EN: *Justicia Constitucional, el rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo*, Ricardo Sanín (Coord.). Bogotá: Legis y Pontificia Universidad Javeriana.

González Jácome, J. (2007). *Entre la ley y la Constitución: una introducción histórica de la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

González Valencia, R. (1910). *Mensaje del Presidente de la República Ramón González Valencia, a la ANC de 1910*, Imprenta Nacional, Bogotá: 15 de mayo de 1910.

Hartlyn, J. (1984). “Military Governments and the Transition to Civilian Rule: The Colombian Experience of 1957-1958”, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 26, No. 2, 1984.

Hartlyn, J. (1993). *La política del régimen de coalición: la experiencia del Frente Nacional en Colombia*, Bogotá: Tercer Mundo Editores.

López Michelsen, A. (1984). “Las inhibiciones de la Corte frente a los Tratados Públicos”, En: *Lecturas Dominicales*, 11 de marzo de 1984, Bogotá: *El Tiempo*.

Nagle, L. E. “Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court” (1995). En: *IND, INT’L & COMP. L. REV.*, Vol. 6:1, pp. 60-90.

Olano García, H.A. “Evolución de la defensa de la Constitución en Colombia”. (2006). En: *Investigación Jurídica y Sociojurídica en Colombia: Resultados y avances de investigación*, Olga Cecilia Restrepo (Ed.) Pp. 133-158. Medellín: Universidad de Medellín.

Palacio Manchego J. F. (2003). “Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en América Latina”, en: [*El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías, Alfredo Arismendi y A., Jesús Caballero Ortiz*](#) (Coord.) Vol. 1, Madrid: Civitas.

Palacios, M. (2004). *Entre la Legitimidad y la Violencia. Colombia, 1857-1994*, Bogotá: Norma.

Pécaut, D. (1987). *Orden y violencia: Colombia, 1930-1954*. Bogotá: CEREC y Siglo XXI.

Pérez, F. de P. (1952). *Derecho Constitucional Colombiano*, Tomo II, tercera edición, Bogotá: Biblioteca de Autores Colombianos

Presidencia de la República. (1956 -A) Decreto No. 1935 del 17 de agosto de 1956, Año XCIII, No. 29121 1, lunes 3 de septiembre de 1956.

Presidencia de la República. (1956) Decreto No. 1762 del 22 de julio de 1956, Año XCIII, No. 29091, sábado 28 de julio de 1956. ,

Quinche, C. (2011). “El quinquenio de Rafael Reyes y la transformación del mapa político- administrativo colombiano”. En: *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Vol. 38, No. 1, Pp.51-78. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

Restrepo Piedrahita, C. (1978). *Tres Ideas Constitucionales: supremacía constitucional, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Restrepo Piedrahita, C. (1984). *Aspectos del Control Constitucional en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Restrepo Piedrahita, C. (1994). “Tres rutas históricas hacia la Constitución de 1991”. En: *Problemas actuales del derecho constitucional: estudios en homenaje a Jorge Carpiño*, México, D. F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Restrepo Piedrahita, C. (2004). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Restrepo, Carlos E. (1972). *Orientación Republicana*, Bogotá: Banco Popular.

Ríos Peñalosa, G. (1991). “Los Constituyentes de 1905 y 1910”. *Revista Credencial Historia*, No. 13: Bogotá. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/node/81507>. Recuperado el 29 de diciembre de 2015.

Rodríguez Piñeres E. (1927). *Por el reinado del derecho*, Bogotá: Imprenta La Luz.

Rojas Pinilla G. (1956). “Respuesta del Presidente”, Bogotá, septiembre 4 de 1956, *Gaceta Judicial* No. 2171-2173.

Rubiano Muñoz, R. (2011). “Carlos E. Restrepo y el republicanismo de 1910: a los 101 años de la reforma constitucional, polémicas y debates políticos”, *Estudios de Derecho*, Vol. LXVIII. Medellín: Universidad de Antioquia.

Rubio Llorente, F. (1985). “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional” *Revista de Derecho Político* No. 16, Invierno, 1982-1985.

Sarría, E. (1952). *Tratado de Derecho Administrativo*, segunda edición, Bogotá: Crítica Jurídica.

Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, (1969). *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Bogotá: Imprenta Nacional.

Tirado Mejía, Á. (1989). “El gobierno de Laureano Gómez: de la dictadura civil a la dictadura militar”. En *Nueva Historia de Colombia: Historia Política, 1946-1986*, Dir. Álvaro Tirado Mejía. Bogotá: Planeta.

Urán, C. H. (1983). *Rojas y la manipulación del poder: Rojas Pinilla en la violencia y el poder*. Bogotá: Carlos Valencia Editores.

Valencia Villa, H. (1987). *Cartas de Batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá: CEREC.

Vásquez Carrizosa, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. Bogotá: Enrique Dobry Editor.

Velasco Guerrero, J. (1991). “Informe presentado por José María Velasco Guerrero sobre Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y control jurisdiccional de constitucionalidad”, comunicación de Martha Zamora, secretaria de la Comisión Cuarta de la ANC, al subsecretario de la ANC, 8 de abril de 1991.

