



## LA TENDENCIA CONSTITUCIONALIZANTE EN EL DERECHO DE LOS NEGOCIOS

Joaquín Emilio Acosta Rodríguez<sup>9</sup>

Amigos, muy buenas tardes. La buena noticia es que gran parte de los contenidos que tenía para compartir, mis ilustres colegas los han esbozado con un rigor muy superior al que yo podría. Así que, brevemente atendiendo ya la densidad de contenidos, la hora y el natural agotamiento de los presentes, que se me permita agradecerle a las autoridades organizadoras de este magnífico evento, en especial a la profesora Mónica Fernández esta invitación.

Básicamente lo que me resta a mí por complementar con respecto a todos estos valiosos contenidos que se han expuesto, es que estamos en una era en que el concepto de Derecho ha cambiado: mis estudiantes estarán aburridos de oírme hablar de la posguerra y del nuevo concepto de Derecho; resulta que esta nueva concepción de lo jurídico ha sido plasmada en las denominadas constituciones de posguerra. En nuestro contexto subcontinental hablamos de un nuevo constitucionalismo

<sup>9</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás. Doctor en Derecho de los Negocios por la Universidad de Burdeos (Francia). Especialista en Derecho Comercial y Máster en Derecho Privado por la Universidad Paris II (Panthéon-Assas). Se ha desempeñado como consultor de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ). Tratadista, investigador y docente del Politécnico Grancolombiano.

latinoamericano, el cual como es bien sabido, una vez más Chile ha sido pionero, cuando a comienzos de la década de los 80 hizo el tránsito a la democracia, marcando al resto de países hispanoamericanos la senda a seguir. Si hacemos una pequeña labor de genética, de ADN de este nuevo constitucionalismo latinoamericano, tendremos que ubicarnos en las constituciones europeas de posguerra. En este contexto autores como Manuel Atienza o Ruiz Manero en el ámbito hispano nos hablan de una era post-positivista.

Cuando mi generación cursaba el pregrado de Derecho, nuestro libro de cabecera era la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen; y no faltaba el profesor que se basara en la primera edición de tal obra. Por supuesto, hoy en los espacios donde el mismo Kelsen se cultivó como docente –Harvard, o las universidades germánicas de Europa continental, particularmente aquellas influenciadas por la denominada escuela de Viena– ya se tiene presente el debate Hart-Dworkin\*, la escuela del análisis económico del derecho, los estudios críticos del derecho, las teorías de Robert Alexy\* y en general lo que se denomina hoy *La tercera vía*.

Resulta que tales doctrinas no son solamente elaboraciones teóricas ni mucho menos propuestas bizantinas que se desprenden de una torre de marfil elaborada por académicos alejados de la realidad, sino que todo este debate tiene que ver con la necesidad de prevenir tragedias políticas y jurídicas, a su turno consecuencia del ascenso de los totalitarismos (p. e. las denominadas repúblicas bananeras). Tales cuitas no solamente se verificaron en nuestro continente sino también en Europa, como lo atestiguan los casos paradigmáticos de Mussolini y Hitler. Es importante tener presente que tales sujetos llegaron al poder total través de las vías legales. Esta constatación determinó que se repensara el mito heredado –cuando menos– desde la filosofía de las luces, (podríamos remontarnos al antiguo Derecho Romano), de que la ley es la expresión

de la voluntad popular. Como ya lo había atisbado el constitucionalismo norteamericano en la época de la elaboración de la carta de Filadelfia, la ley es la expresión de la voluntad de los representantes del pueblo, la cual no siempre coincide con la voluntad del pueblo mismo, en virtud de la antigua constatación según la cual el representante puede traicionar los legítimos intereses de su representado. Eso es una realidad que ya era conocida por el derecho romano del contrato de mandato: no olvidemos que al presidente se le llama primer mandatario de la nación; esta realidad igualmente fue atisbada por personalidades estadounidenses como Alexander Hamilton, corrigiendo como hoy se acepta, las teorías de Juan Jacobo Rousseau quien diera origen -junto con Montesquieu- al legicentrismo moderno. De ahí que el artículo 27 de nuestro Código Civil -tan influenciado por su homólogo francés- prohíba al juez -so pretexto de interpretar la ley clara- buscar el espíritu de la norma, alejándose del tenor literal. No obstante, ello, la historia ha enseñado dos grandes realidades: en primer lugar, el parlamento democrático perfectamente puede proferir leyes antidemocráticas y atentatorias de los derechos humanos; en segundo lugar el juez (particularmente el juez supremo) al apearse fielmente al tenor literal de una norma antidemocrática atenta contra la seguridad jurídica. Por ello un estudioso del derecho del siglo XXI no puede ver la ley como una sacralidad intangible a ser aplicada literalmente para respetar el régimen republicano. Tal concepción antiformalista ya hace parte de la cultura contemporánea del derecho.

De ahí que sentencias como la C-224 de 1994, (por supuesto para las personas que no han podido profundizar en derecho constitucional, todas las sentencias C en Colombia vienen de la corte constitucional), hayan aclarado que “habrá casos en que el juez deba aplicar los principios generales del derecho, que el inciso segundo [del art. 230 de la CP] llama criterios auxiliares, haciendo a un lado el texto de la ley, para no incurrir en el pecado que señala el aforismo latino: derecho estricto, injusticia suprema. Se dice esto para indicar que no puede considerarse al juez como un autómatas, esclavo de la norma estricta”. La honorable

Corte Constitucional, porque no tiene la misión de ser docente, no nos aclara que esa frase ya fue formulada por Marco Tulio Cicerón, *summum ius summa iniuria*.

Por esa misma razón, y repito, no es por ser cortés, buena parte del contenido de mi conferencia ha sido magistralmente demostrado: yo creo que una de las constataciones y de los consensos que hay entre los conferencistas y entre buena parte de la comunidad académica, es que un código civil promulgado a finales del siglo XIX, que tiene como modelo angular no solamente el proyecto de Andrés Bello -uno de los más grandes juristas que haya parido la América Latina-, sino además el celeberrimo Código de Napoleón promulgado en 1804, obedece a un contexto para nada análogo con las realidades económicas actuales, pues hay un desfase histórico que hay que corregir.

Académicos como el profesor Gual, que ha aprovechado el prestigio y ha cosechado en el Congreso de la República, ya está dando una batalla en aras de actualizar nuestro Código a las nuevas realidades. Sin embargo, nuestro contexto observa una agenda legislativa copada por el posconflicto o la corrupción. Estas realidades aumentan la dificultad de readecuar el denominado derecho común a las nuevas realidades económicas, culturales, políticas y de todo orden. Sin embargo, la nueva concepción del derecho hace parte del espíritu de nuestra Constitución Política. En efecto, la sentencia T-406 de 1992, con ponencia del profesor Ciro Angarita (uno de los magistrados de la corte constitucional colombiana más respetados, con justicia en la historia reciente de las letras jurídicas de nuestro país), explica en qué consiste el Estado Social de Derecho, o la diferencia que jurídicamente existe entre valores y principios; también nos enseña que hay una nueva concepción no solo del derecho sino de la labor del Juez. En uno de sus momentos magistrales de inspiración, nos explica que la función del juez contemporáneo es servir de instrumento de presión política al legislador: si éste se abstiene de materializar los principios y valores

constitucionales, es un deber del juez -no solamente del juez supremo, también del juez ordinario- incorporarlos al marco jurídico a través de la labor interpretativa y jurisdiccional. Esta concepción también se inscribe en la evolución del derecho, particularmente en la posguerra. Específicamente en el contexto germánico se le denomina “interpretación correctiva”. No sobra recordar que la Constitución Política de Austria de 1945, y especialmente la Ley Fundamental de Bonn de 1949, inspiró la constitución española de finales de los años 70, que no es indiferente a la elaboración del constitucionalismo chileno, que a su turno explica el espíritu de la Constitución colombiana. De esta manera se constata que corresponde al juez el corregir al legislador a través de la interpretación.

Por lo anterior acostumbro a decirle a mis estudiantes que las leyes suelen envejecer más rápido que los seres humanos en nuestros días: con las nuevas tecnologías se habla de nuevos valores; no sé si sea correcto hablar solamente de nuevos ejes axiológicos en el plano jurídico, o si también se deba entender el redimensionamiento de valores antiquísimos.

Los profesores de derecho privado -me parece a mí, con perdón de mis colegas- suelen ser los más conservadores de la disciplina jurídica, sobre todo los profesores que cultivamos el derecho civil. Si fuera por rendirle culto a los valores de la antigua Roma, pues todos deberíamos salirnos de este salón: la antigua Roma no fue exactamente el paraíso que nos han recreado (planteamiento que quizás no sea histórico) pues se trataba de una sociedad esclavista, que también discriminaba a la mujer, al extranjero, e incluso al ciudadano romano plebeyo (de ahí las rebeliones de las provincias, los esclavos, e incluso las guerras civiles que asolaron a ese imperio). Aceptando que es inadecuado condenar el pasado con los valores actuales, resulta igualmente pertinente enfatizar que los valores y las convicciones del pasado no son exactamente los nuestros (el concepto de violencia como vicio del consentimiento en una

sociedad que legitimaba los juegos de gladiadores o el espectáculo de fieras no corresponde al concepto de violencia de hoy, que como lo decía de forma muy valiente la profesora de Adriana, quiere fundamentalizar, llevar al máximo nivel jurídico el ideario de la paz, y abre el debate sobre los derechos de los animales).

En este contexto cuando se consulta a Gayo o a Ulpiano en el *Digesto*, con cierta facilidad se entiende que el contenido y alcance del término “convivencia” no es el mismo que señaló la profesora Mónica, ya que conceptos contemporáneos como libertad, dignidad o paz, no corresponden a los valores de una sociedad que legitimaba la esclavitud o guerras de conquista de nuevos territorios. Evidentemente una sociedad que quiere hacer de la justicia material un valor debe tener presente que en la antigüedad el ideario de justicia era más propio del léxico de los filósofos que de los juristas. No estoy diciendo con esto que los juristas de la era clásica fueran ajenos al ideario filosófico; pero obviamente las aspiraciones de una sociedad como la espartana, la romana o incluso la ateniense, estaban más enfocadas al ámbito de la supervivencia y el poderío, que la calidad de vida de sus asociados más humildes, no hablemos ya de los sujetos carentes de derechos políticos o jurídicos. Evidentemente, la idea de justicia de aquellos días es muy distinta a la de la actualidad, con las evidentes implicaciones jurídicas que se pueden constatar.

Un aserto similar corresponde a la época de promulgación de los códigos civiles. En tales días se consideraba, cuando menos de manera inconsciente, que el único principio que debía irrigar la construcción e interpretación del derecho comercial así como el derecho de contratos, era el principio de libertad. Hoy tenemos otro tipo de idearios: en una era de reivindicaciones sociales, movimientos obreros, agremiación de los artesanos y en general los pequeños comerciantes o consumidores,

de emancipación de la mujer, o reivindicación de los derechos de la comunidad LGBTI, se entiende que no solamente hay sujetos vulnerables en el contexto cultural, en el contexto de género, sino también en el contexto económico.

Ya voces cualificadas como las que citaba la profesora Lourdes me hacen acordar de grandes gurúes económicos que analizan la globalización con sentido crítico hacia esta, así como al neoliberalismo. Tal es el caso de los profesores Joseph Stiglitz, Paul Krugman -quien ha venido regularmente a nuestro país para explicar que la crisis financiera de 2008 tiene causas estructurales comunes con la crisis de Wall Street de 1929- o el profesor A. Senn y sus tesis relativas a la economía del bienestar. Estas autoridades nos recuerdan que la misión de las ciencias y de otras disciplinas es proporcionar a las personas calidad de vida. ¿Será que las viejas estructuras decimonónicas lo están logrando? Ya el profesor Gual, mi ilustre predecesor, nos estaba sintetizando una serie de valores que responden a problemáticas sociales que la profesora Carolina Blanco nos estaba recordando: las concentraciones de riqueza confirmadas en la economía globalizada, y sus correlativos abusos.

El hecho de que el capitalismo haya vencido al comunismo para nada determina que sea un sistema sociopolítico perfecto: por supuesto que podemos repensarlo y mejorarlo, en aras de proteger los legítimos intereses de aquellos que son más vulnerables en la economía de mercado. No sólo las PYMES o el consumidor, sino todos aquellos que por la vía de la contratación han sido víctimas de los paradigmas tradicionales.

Henri Lacordaire, el párroco de la catedral de Notre Dame, en París, en el siglo XIX pronunció una frase que caló en la doctrina francesa de contratos. Dijo este brillante religioso que entre el rico y el pobre, entre el fuerte y el débil, el contrato es el que esclaviza y la ley es la

que libera; hoy podríamos decir “el derecho”. Antes de Lacordaire en la misma Francia revolucionaria Madame Roland, una de las más célebres víctimas del régimen del terror de Robespierre, cuando estaba de camino a la guillotina pronunció sus últimas palabras, que también deben ser tenidas en cuenta en nuestros días: “Libertad, Libertad, ¡cuántos crímenes se han cometido en tu nombre!”. Esta gran verdad también aplica para la libertad contractual. Por ello la doctrina francesa se ha hecho eco de estas voces. El profesor Gual explicaba el papel de la doctrina germánica en el repensamiento del derecho de los negocios: por supuesto que la reforma al BGB de 2001 trata de adaptar las viejas tradiciones romanas a los nuevos valores constitucionales, legalizando reglas que ya la jurisprudencia alemana había establecido. También es pertinente recordar que en el año 2016 el parlamento francés, teniendo en cuenta todos estos desarrollos, promulgó la ordenanza de reforma al Código Civil del país galo, en donde estos nuevos valores han inspirado un repensamiento del derecho de los negocios.

No se trata de esfuerzos nuevos. Ya los proyectos de crear un Código Civil para toda Europa o de un Código Europeo de contratos, a pesar de su fracaso político aparente, no dejan de influenciar la iusteoría contemporánea de contratos. En efecto estas elaboraciones, efectuadas por las voces doctrinarias más respetadas de Europa, ejercen una poderosa incidencia en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas. Instrumentos como los principios del derecho europeo de contratos, el anteproyecto del Código Europeo de Contratos, el anteproyecto del Código Civil Europeo que fracasaron en la esfera política, han tenido un fuerte impacto en la jurisprudencia y la enseñanza del derecho de contratos a las nuevas generaciones de juristas.

Traigo a colación estas elaboraciones por cuanto los valores que están tratando de desarrollar son los mismos que consagra nuestra constitución. Libertad, buena fe, prohibición de abuso del derecho o prohibición de abuso de la posición dominante. En un barrido que tiene

que ver con viejos debates que hemos sostenido con muchos amigos aquí presentes, me he dedicado a establecer una línea directriz que se pueda verificar para armonizar valores constitucionales con el viejo código civil. Resulta que la corte constitucional en sentencia C-491 de 2000, retomando la dogmática alemana, le impone al juez el deber de reinterpretar los principios o las normas legales a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta idea no es una elucubración esotérica de la Corte Constitucional colombiana, sino que corresponde a la reformulación de una técnica que ya señalara la jurisprudencia constitucional alemana, particularmente en el fallo Lüth (Sentencia BVerfGE 7, 198), el cual versa sobre un litigio relativo a responsabilidad civil extracontractual, proferido en 1958. En dicha providencia se señala el deber de armonizar la ley civil a las normas constitucionales por vía de interpretación jurídica. Tal directiva constituye un legado de la teoría de la interpretación jurídica de Savigny o la escuela pandectista, cuya evolución podemos apreciar en autores tales como Arthur Kaufmann o Robert Alexy.

Por ello, resulta fundamental tener presente que el espíritu de nuestra constitución entronca no solamente con el constitucionalismo chileno sino con su homólogo germánico de posguerra, en donde voces posteriores a la de Ronald Dworkin nos enseñan que el Derecho no se reduce a reglas precisas, sino que también tiene principios jerárquicamente superiores. En virtud de este debate se ha proferido una literatura que sería prolijo citar, pero que el tiempo y su nobleza me impiden hacerlo de manera exhaustiva, y nos recuerda que, si bien los principios son menos precisos, no por ello dejan de ser jerárquicamente superiores a las reglas jurídicas.

Por ejemplo el profesor Arthur Kaufmann, amigo de Alma Mater del profesor Gual, y por ello traducido al castellano por la Universidad Externado de Colombia, nos enseña que hoy en día hay bienes -hablando

de las nuevas tecnologías- como lavadoras o secadoras , que manejan el concepto de lógica difusa: hoy disponemos de máquinas -el profesor Mario podrá explicarlo mejor que yo- como las lentes de cámaras que enfocan automáticamente, sin manejar valores precisos; igualmente termostatos que reaccionan cuando la temperatura está “muy fría” (las lavadoras y secadoras están programadas para activarse cuando reciben “muchas cargas” de ropa). Nótese que estamos hablando de lenguaje de máquina, no de cerebros humanos: “cuando esté borroso enfoque mejor, etc.” Si las máquinas ya pueden manejar esta lógica difusa, lo que cuestionan muchos teóricos como el profesor Kaufmann, es la legitimidad de que los abogados sigamos renuentes a manejar conceptos imprecisos como los principios constitucionales, o las nociones indeterminadas a contenido variable (causa, buenas costumbres, etc.).

A los abogados no nos gusta manejar la lógica de principios: nos encantan las reglas porque son precisas y porque nos llevan a la anhelada seguridad jurídica. Sin embargo, la historia reciente nos enseña que cuando hay un claro abuso legitimado en una ley, resulta ilógico considerar que se está garantizando la seguridad jurídica. En este sentido, podemos remitirnos a los ejemplos que puso el profesor Gual. La seguridad más que precisión implica tranquilidad, y ello también exige renunciar a determinadas certezas normativas, o al cumplimiento de reglas precisas, al menos cuando ello implica vulneración de valores superiores. En consecuencia se ha verificado que instituciones como la lesión enorme son insuficientes para materializar unidad de justicia al interior del derecho comercial y del derecho de contratos. De ahí que se esté masificando el empleo de normas indeterminadas y de contenido variable, así como se están resucitando nociones olvidadas como las buenas costumbres, el orden público y la buena fe o la causa para materializar desde lo legislativo, la interpretación jurídica contemporánea, conforme a valores supralegales. Fíjense que se trata de un tema menos complejo que el planteado por la profesora Carolina: el problema de la supraconstitucionalidad; y

es menos complejo porque esta problemática versa únicamente sobre constitucionalidad e infraconstitucionalidad. Si es posible enfrentar el problema de la supranconstitucionalidad, es innegable que podemos enfrentar el problema de la infraconstitucionalidad (el que puede lo más, puede lo menos).

Si la doctrina contemporánea puede armonizar normas supraconstitucionales con normas legales, el ejercicio de armonizar constitución y ley al menos en el ámbito del derecho de contratos y del derecho comercial -que no toca fibras sensibles de la sociedad, sino que se dedica a un tema un poco más “banal”: cómo hacer circular la riqueza en un contexto de legítima justicia- nos permite materializar esos valores. Lo que en la dogmática alemana se llama las *cláusulas generales* (noción como la buena fe, las buenas costumbres), pueden desarrollar e interpretar finalmente esas funciones.

Y ya para terminar y agradeciendo de antemano su paciencia, quisiera citar una serie de hitos jurisprudenciales colombianos que se entroncan en toda esta herencia de posguerra y que han permitido repensar las viejas categorías del derecho de tradición romanista: ese individualismo que serviría de soporte a la lógica del “sálvese quien pueda” que defienden actualmente las corrientes neoliberales, a su turno criticadas (no olvidemos que nuestra Constitución tiene un capítulo económico, que no solamente promueve la buena fe y la responsabilidad social de la empresa sino que prohíbe el abuso de posición dominante). En el Alma Mater del profesor Gual autores como Ernesto Rengifo nos han hablado de la relación existente entre abuso del derecho y abuso de posición dominante. Yo recomendaría la lectura de estas normas y el debate que el profesor Gual plantea a los profesores Rengifo o Juan Pablo Cárdenas, de la Universidad del Rosario.

Básicamente para ilustrar la manera en que esos valores han venido enriqueciendo el derecho de los negocios, podríamos evocar la sentencia T375 de 1997, que nos habla del abuso de posición dominante en la fase precontractual. Una gran empresa a modo de retaliación, utilizando una lógica de retaliación (si me denuncias te quiebro, no desde el punto de vista biológico sino desde el punto de vista económico, llevándote a la ruina), negándose a contratar, es sancionada por la Corte Constitucional en sede de tutela, indicando al tiempo que por los cauces procesales pertinentes daría lugar a resarcir daños y perjuicios por esta negativa abusiva.

Ya el tema de las cláusulas abusivas mi predecesor que es la autoridad en el tema tiene en sus obras un barrido jurisprudencial exhaustivo. Personalmente me parece muy indicativa la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero de 2001, con ponencia del profesor Carlos Ignacio Jaramillo, ex decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana (radicado 5670), que haciéndose eco de las denuncias que hacía el profesor Gual de la falta de precisión en la sanción a este tipo de acuerdos en el contexto nacional, cita el derecho europeo, especialmente las directivas comunitarias europeas sobre todo del año 93, donde se caracteriza a la cláusula abusiva como un desequilibrio significativo, con todas las implicaciones que el profesor Gual sintéticamente expuso con mayor rigor del que yo podría.

Igualmente quiero evocar la sentencia C332 del año 2001, que de manera consonante con los principios europeos del derecho de contratos, los principios Unidroit y todos los instrumentos que evocados (las guías legislativas o las leyes modelo de la CNUDMI, el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos, las reformas al BGB o al Code Francés...), establece que la buena fe es la protección a la legítima confianza que todo contratante necesita depositar en su contraparte. Va

más allá de la enseñanza tradicional que se da aquí en Colombia acerca de la buena fe como instrumento del cumplimiento estricto del contrato. Ello es una falsedad histórica como suelo explicar a mis estudiantes de pregrado y de posgrado: tal mito tiene que ver con toda una serie de concepciones positivistas que son ajenas al auténtico espíritu de un código sensible al iusnaturalismo racionalista, así como a una constitución de posguerra que es también postpositivista.

También vale la pena evocar la sentencia T1021 del año 2003, en donde se enseña que la buena fe exige brindar un mínimo de información suficiente y veraz. De esta manera se desplaza esa lógica según la cual “desde que no mientas obras de buena fe”. Aquí la racionalidad subyacente nos indica: “no solamente no dirás mentiras, sino que te abstendrás de ocultar información determinante e importante para los legítimos intereses de la parte vulnerable”. De la jurisprudencia constitucional podemos pasar a la Sala Civil de la Corte Suprema, que como ya lo decía la profesora Mónica, ha venido influenciando la jurisdicción ordinaria. Así tenemos una sentencia del 2 de Agosto de 2001, expediente 3561, en donde una vez más el magistrado ponente es el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, que va en la misma línea, por las razones de valores constitucionales, especialmente la buena fe. Es de resaltar que el deber de brindar un mínimo de información es independiente al hecho de que la relación sea de consumo. Puede ser un contrato entre profesionales, pero el que más sepa del objeto contratado tiene que brindar información a su contraparte, so pena de incurrir en mala fe.

Pensemos en el Politécnico, que es como sujeto de derechos experto en brindar educación superior; y celebra un contrato con una entidad financiera a propósito del depósito de sumas dinerarias. Se podría alegar que es una relación de consumo, pero no hay unanimidad en el tema. Entonces para salir de esta situación y aun entendiendo que no

pudiéramos caracterizar una relación de consumo por tratarse de una persona jurídica, podríamos decir que con independencia de ello en todo caso sí hay un deber constitucional de obrar de buena fe. En consecuencia, la persona que más sabe -en este caso es la institución financiera- tiene que brindarle toda una serie de informaciones y garantías a la persona vulnerable (en este caso el Politécnico). Igualmente, quisiera referirles otra sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema del 16 de diciembre de 2010 con ponencia del profesor Arturo Solarte, el célebre magistrado que presentó su renuncia como protesta a una serie de crisis de legitimidad de la administración de justicia. Pues el profesor Solarte no solamente ha aportado esa renuncia para protestar por las crisis de legitimidad en la rama judicial, sino que nos legó una idea del derecho anglosajón, invocando la Constitución: la buena fe contractual también implica mitigar daños, corresponde a la víctima paliar el perjuicio derivado de un incumplimiento contractual, así el viejo Código Civil no lo diga. Desde luego, nuestra Constitución para nada impone semejante regla exegéticamente; sin embargo, su espíritu de justicia, articulado con los nuevos avances dogmáticos del derecho de los negocios permite entender que la buena fe exige mitigar el daño. Y esta regla, en virtud del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, tiene también valor supralegal.

También la corte constitucional nos ha indicado en sentencias como la C-660 de 1996 que la autonomía de la voluntad privada -tan íntimamente ligada a la libertad contractual, al punto que se ha debatido si es la misma figura- en virtud de las exigencias sociales del orden público así como de las buenas costumbres se ha reducido. Autonomía hoy no es hacer lo que se nos antoje, y mucho menos en materia contractual: la autonomía tiene como fundamento constitucional el artículo 16 de la Constitución, que consagra el libre desarrollo de la personalidad. Y como se debe enseñar en las facultades de Derecho de hoy, la libertad, incluida la contractual y la comercial -como cualquier derecho- termina donde comienzan los

derechos de los demás. Por lo tanto, por razones constitucionales y desarrollando la técnica interpretativa, la libertad de los contratantes termina donde comienza el derecho del más vulnerable o de los terceros de buena fe.

Igualmente tenemos la sentencia C332 de 2001, en donde la Corte Constitucional en un tono muy diciente, mostrando hastío por la reiteración de doctrinas milenarias, señala que no es constitucionalmente de recibo invocar la libre empresa, la iniciativa privada o la libertad contractual como si se tratase de barreras infranqueables que impidan la efectiva protección del interés general. En efecto, la tradición librecambista decimonónica ya no es conforme con los valores de nuestras constituciones actuales: la promulgación del Estado Social de Derecho implica la protección especial al más vulnerable; no necesariamente es siempre el consumidor, no necesariamente es el más pobre: en consecuencia se puede caracterizar vulnerabilidad en los más ricos de la relación jurídica. Piensen ustedes en un contrato de servicios informáticos celebrado entre el profesor Mario y la banca más poderosa del país; el profesor Mario es un profesional exitoso, pero no creo que tenga los valores patrimoniales de la institución financiera más adinerada de nuestro contexto patrio. No obstante, quien tiene superioridad de conocimientos en materia informática es el profesor Mario; de esta manera el correcto entendimiento del Estado Social de Derecho indica que a quien corresponde proteger no es al menos adinerado, sino al más inexperto en materia de conocimientos, en este caso la adinerada -pero dentro del contexto del caso- vulnerable banca.

Se indica el anterior ejemplo en aras de prevenir lecturas descontextualizadas del constitucionalismo contemporáneo: no debe confundir Estado Social de Derecho con Estado Socialista. Ello también se aclara en la sentencia C332 de 2000. Básicamente hay toda una línea

de jurisprudencia que el tiempo me impide exponer en esta ocasión. Para no abusar de su bondad, el material evocado nos permite entender que hoy para todos los efectos pragmáticos como ya lo decía la profesora Mónica, la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, sobre todo en su ratio *decidendi* es vinculante; en virtud de la cosa juzgada constitucional, goza de valor supralegal, y por lo tanto cualquier choque que haya entre la lógica legal y la lógica jurisprudencial constitucional obliga al operador jurídico -árbitro o juez- a darle prevalencia jerárquica al bloque de constitucionalidad sobre las viejas visiones consagradas en el Código Civil, que no responde -como ya lo han demostrado magistralmente mis predecesores- a las nuevas necesidades.

Y, ¿Qué dicen los amigos del pasado, los amigos del meteorito que acabó con los dinosaurios? esas voces que alegan que todo tiempo pasado fue mejor, claman que todo este esquema es un atentado a la seguridad jurídica. Por ello resulta pertinente preguntar qué es seguridad jurídica. Los amigos del pasado nos dirán que es el estricto cumplimiento de la ley; con esa lógica, cuando había leyes de discriminación al hijo extramatrimonial, la seguridad jurídica consistía en garantizarle eficacia al testamento que excluyera al hijo habido por fuera del vínculo matrimonial. Hoy, bajo un concepto nuevo de Derecho, asistimos a un concepto nuevo de seguridad jurídica: este principio fundamental del Derecho implica entender que la ley también puede ser una amenaza a la misma seguridad jurídica: la seguridad jurídica es así la relativa tranquilidad que legítimamente se debe desprender a las personas que obran de acuerdo con valores fundamentales, ya que deben ser protegidas por el sistema jurídico.

Si antaño se enseñaba *dura lex, sed lex*; hoy debe inculcarse, retomando realidades y constataciones milenarias, *lex corrupta non Iuris est*, ley que vaya en contra de la Constitución no es Derecho. En consecuencia, la

mejor forma de materializar los valores de nuestra Constitución no es a través de las sentencias de la Corte Constitucional, sino a través de la interpretación que espero las nuevas tecnologías sensibilicen a los simpatizantes del profesor Ross y demás positivistas contemporáneos. Si la ley es dura, más dura es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Para garantizar el nuevo esquema se necesita una labor creativa, que no dudo que las más sofisticadas máquinas en breve tendrán, para hacer esa famosa interpretación sistemática: armonizar la norma suprema con normas inferiores. Estas son las ideas básicas.

