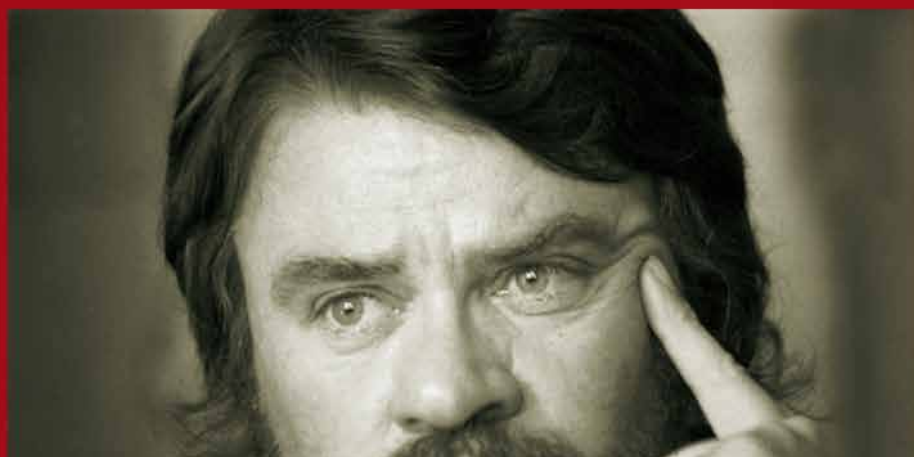


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO II



Capítulo 38

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-889-0

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EL POSTULADO DE AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO CONTEMPORÁNEO*

*Sergio Muñoz Laverde***

En agosto de 1986 asistí, en la ciudad de Buenos Aires, a unas jornadas de derecho comparado organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Representaba en esas jornadas, junto con el doctor Juan Carlos Esguerra, a la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia.

De los muy importantes juristas de varios países que conocí en ese evento académico, uno de ellos tuvo especial significado para mí por la huella que, indeleble, dejó en mi formación jurídica. Me refiero, por supuesto, al profesor Fernando de Trazegnies Granda quien, por aquel entonces, era decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En inolvidable almuerzo, Fernando de Trazegnies nos contó al doctor Esguerra y a mí sobre un libro que aquel había escrito unos años atrás sobre la base de las reflexiones que le suscitó el estudio del expediente de un viejo proceso adelantado en la época colonial.

Estoy hablando de *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, uno de cuyos ejemplares, que nos hizo llegar Fernando de Trazegnies, conservo con enorme afecto y gran provecho.

El libro comienza con la presentación de un litigio que se originó con la demanda que en 1782 presentó Ciriaco de Urtecho, persona humilde, contra don Juan de Dios Cáceres, rico comerciante de la época.

Ciriaco pretendía que se obligara a Cáceres a otorgar carta de libertad de la mulata esclava Dionisia Masferrer, a cambio de un determinado precio.

* Versión escrita de la conferencia pronunciada por el autor en el II Congreso de Derecho Constitucional llevado a cabo en la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, los días 13 a 15 de septiembre de 2006.

** Abogado graduado en la Pontificia Universidad Javeriana. Fue Director de la oficina jurídica de la Universidad Javeriana. Vicepresidente jurídico de la Fundación Social. Socio del Estudio Muñoz Quintero & Asociados Abogados.

El argumento básico de Ciriaco de Urtecho radicó en que Dionisia, la esclava, era su esposa, razón por la cual la esclavitud de ella era su propia esclavitud. Por eso dijo en la demanda que había trabajado con muchas dificultades para ganar el valor de la esclava «a fin de conseguir la libertad de mi mujer y, por consiguiente, la mía».

El litigio enfrentó, más que a los litigantes, a principios e instituciones jurídicas. Eso es lo que, de fondo, trata la obra de Fernando de Trazegnies.

Ciriaco esgrimía al matrimonio y a la familia como razones básicas para obligar a Juan de Dios Cáceres a recibir el precio de la esclava y otorgar su carta de libertad. Cáceres, para negarse, aducía su legítimo derecho de propiedad sobre la esclava.

En esencia, se enfrentaron instituciones del derecho de familia con el derecho de propiedad.

El autor, luego de la transcripción de las piezas procesales más relevantes, de exponer el «paisaje social de la esclavitud», y de analizar el material normativo de la época, así como los hechos y el desenvolvimiento del litigio, desemboca en lo que denomina una «teoría dinámica del derecho», todo ello sobre lo que el autor denomina «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», figura bajo la cual plantea cómo «los mismos elementos legales» soportan argumentos y finalidades contrapuestos.

La idea de «polivalencia táctica del razonamiento jurídico» me impresionó positivamente. Desde entonces la he constatado en múltiples eventos. Muchos de mis alumnos en universidades colombianas han oído la historia de Ciriaco y conocido las reflexiones de Fernando de Trazegnies sobre el particular.

Pues bien, en setiembre de 2006 tuve oportunidad propicia para citar a Fernando de Trazegnies y a su idea de polivalencia táctica del razonamiento jurídico, en una conferencia que dicté en el II Congreso de Derecho Constitucional organizado por la Pontificia Universidad Javeriana.

En tal conferencia, acerca del postulado de autonomía privada frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo —cuya versión escrita presento a continuación—, concluí con la reseña de un caso, recientemente decidido por la Corte Constitucional, en el que, al igual que en el de Ciriaco, se enfrentaron instituciones jurídicamente tuteladas y legítimas, pero que sirvieron a discursos y propósitos antagónicos. Se trata de la despenalización del aborto en determinadas circunstancias.

Aunque personalmente no compartí la decisión de la corte, lo cierto es que, a mi juicio, se manifestó íntegra la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico».

Es por eso que quiero, con el presente escrito, unirle de todo corazón al homenaje que se le rinde a Fernando de Trazegnies Granda.

1. INTRODUCCIÓN

Los decanos y los directores de los departamentos de derecho privado y de derecho público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, me han honrado, con generosidad que agradezco de veras, al asignarme la responsabilidad de dirigirme a este II Congreso de Derecho Constitucional, para tratar el postulado de autonomía privada desde la perspectiva constitucional.

Muy apropiado resulta el asunto para ser examinado en un congreso en el que se propone reflexionar acerca de las tensiones entre el constitucionalismo contemporáneo y el derecho privado.

No son pocas dichas tensiones, especialmente porque se presentan entre concepciones enraizadas en principios jurídicos más que centenarios, frente a novedosas tendencias que el neoconstitucionalismo ha venido edificando en los últimos años, con apoyo en la constitución política adoptada en Colombia en 1991.

El postulado de autonomía privada no es la excepción. Y no lo es porque, como todos sabemos, tiene reconocimiento en nuestro Código Civil que data, en su última adopción, de 1887.

Para algunos, nuestro estatuto civil es un cuerpo normativo arcaico. Con el calificativo, utilizado muchas veces con ánimo peyorativo, de «codificación decimonónica» se suele señalar al Código Civil como texto anacrónico y prácticamente incompatible con las tendencias y derroteros que el neoconstitucionalismo está trazando.

Hoy me propongo defender lo que para algunos es indefendible. Y defenderé no solamente el postulado de autonomía privada que hoy, como principio, coincide íntegramente con su noción clásica, sino que, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, pondré en evidencia como nuestra joven constitución política lo reconoció sin vacilación.

Con esto quiero contribuir al mejor entendimiento del derecho como unidad; quiero probar que las instituciones clásicas, que vienen construyéndose, decantándose y evolucionando desde hace siglos, no son incompatibles con el constitucionalismo moderno y que nuestro Código Civil —cuya interpretación y aplicación actual reclaman la necesaria adaptación a la realidad económica, social, jurídica y política de nuestros tiempos— sigue siendo un compendio de principios e instituciones fundamentales.

A mi juicio, es tan desafortunado como nocivo el talante que en ciertos ámbitos del derecho se viene dando de manera creciente, en el sentido de considerar reprochable todo aquello que tenga relación con el Código Civil o con instituciones clásicas. En determinados círculos profesionales y académicos la sola

mención a textos legales de la codificación civil merece reparo. No pocas veces se ven posturas de rechazo y desaprobación cuando, para defender una línea de argumentación, se aduce un artículo del Código Civil, por considerársele, por principio, contrario al «nuevo derecho» que algunos ven imperante desde la adopción de la carta política. La sola idea de «código» o codificación es, en sí misma, objeto de censura.

Nadie ha negado que el Código Civil ha requerido, aún requiere y requerirá adaptaciones, modernizaciones y ajustes. Nadie podría pretender que las normas permanezcan inamovibles en el tiempo. Ello no sería posible. Como el derecho es vida y la vida cambia, el derecho cambia. Y tales cambios deben reflejarse, naturalmente, en los textos legales. Eso es indiscutible.

De hecho, nuestras instituciones civiles han tenido muchas transformaciones a lo largo de la historia. Más adelante referiré algunas de las más significativas.

Lo que por ahora deseo resaltar es que, sin perjuicio de los naturales cambios y ajustes que determinadas y puntuales normas demandan, nuestro Código Civil constituye un sistema de principios e instituciones producto de siglos de evolución jurídica, que, con la debida interpretación, acompasada con la realidad actual, resultan vitales para la coherencia de las relaciones jurídicas entre particulares. Mucho más que normas individualmente consideradas, lo que debe preservarse de las instituciones clásicas, recogidas en el Código Civil, son tales principios, algunos eternos, que orientan con claridad y precisión y que, a su turno, son base para el entendimiento y construcción de novedosas figuras que el tráfico moderno impone.

Como quedó dicho, muchos son los ajustes que las normas del derecho común han tenido. La evolución de nuestra sociedad ha venido imponiendo necesarios cambios normativos. Así por ejemplo, la ley 28 de 1932 había modificado el régimen de administración de bienes en el matrimonio; el decreto 2820 de 1974 otorgó igualdad de derechos y obligaciones a mujeres y varones; la ley 1 de 1976 estableció el divorcio en el matrimonio civil y acabó con el trato discriminatorio entre hombres y mujeres respecto de la causal primera de divorcio; la ley 29 de 1982 dispuso la plena igualdad de derechos para los hijos; la ley 54 de 1990 reguló la unión marital de hecho, etcétera.

Ahora bien, con apoyo en la constitución de 1991, la Corte Constitucional ha introducido ajustes a algunas disposiciones del Código Civil como son, entre otras, la que regulaba de manera diferencial la edad y el domicilio para contraer matrimonio; la que establecía la incapacidad absoluta del sordomudo que no puede darse a entender por escrito; la que disponía la inhabilidad especial para la celebración del contrato de compraventa respecto de cónyuges no separados de cuerpos; la que señalaba el orden de preferencia dentro de los créditos de

primera clase; la que fijaba como domicilio de los trabajadores el de sus empleadores; etcétera.

Pero, mientras ciertas y puntuales normas legales han sido, por fuerza de las circunstancias, objeto de ajustes, otras, como lo es la que consagra el postulado de autonomía privada, permanecen incólumes.

En esta presentación me ocuparé de examinar, desde la perspectiva constitucional, el postulado de autonomía privada, figura que, aunque encuentra sus orígenes en remotas épocas, mantiene hoy en día, reconocimiento legal, doctrinal y jurisprudencial.

2. REFERENCIA BÁSICA AL POSTULADO DE AUTONOMÍA PRIVADA, SU NATURALEZA Y SUS LÍMITES

1. Precisión temática

Sea lo primero enfatizar que no es este foro el llamado para hacer un estudio pormenorizado sobre el postulado de autonomía privada. El tema de fondo que hoy nos convoca no es dicho postulado, en sí mismo considerado, sino su perspectiva constitucional. Todos los aquí presentes conocemos el concepto y alcance de la autonomía privada. Por eso dispénsese de entrar en detalles que para nuestro cometido de hoy resultan innecesarios.

Con todo, es indispensable recordar, así sea someramente, algunos elementos indispensables puesto que de ellos se desprenden concepciones de fondo que deben ser examinadas desde la perspectiva constitucional.

2. Noción de autonomía privada

Comienzo con la noción misma de autonomía privada, llamada indistintamente en la doctrina «autonomía de la voluntad», «autonomía de la voluntad privada», «autonomía negocial» o «libertad contractual».

Muchas son las definiciones que ofrece la doctrina. Y, en general, son ellas coincidentes en que la autonomía privada es una prerrogativa, potestad o derecho que permite a las personas, en sus declaraciones de voluntad, crear sus propias reglas o normas de comportamiento, con el objeto de autorregular sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no vulneren con ello intereses superiores que constituyen lo que se conoce como orden público.

Como dije, las nociones de autonomía privada son en general coincidentes. Con todo, percibo algún matiz conceptual, aparentemente sutil, pero que juzgo de fondo. Se trata de si la autonomía privada es un poder, prerrogativa o derecho otorgado (atribuido), o si lo es simplemente reconocido por el ordenamiento.

Personalmente veo allí una diferencia importante. Antes de expresar mi opinión sobre el punto, vale la pena ilustrar el asunto con citas de muy autorizada doctrina.

En su célebre y difundida obra sobre autonomía privada, Luigi Ferri explica la autonomía privada así:

Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas¹ (subrayado mío).

El profesor Fernando Hinestrosa, citando a Scognamiglio, emplea el verbo «reconocer», así:

En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares ‘para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos’, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos² (subrayado mío).

3. Naturaleza

Concibo la autonomía privada como una potestad que el ordenamiento simplemente se limita a reconocer a las personas, no a otorgarlo o atribuirlo. Yo no podría entender la autonomía como concesión graciosa del Estado y no podría porque, en rigor, la autonomía privada, se desprende del principio filosófico, político y constitucionalmente tutelado de libertad, que informa todo nuestro ordenamiento jurídico. Es, pues la autonomía privada, una institución de derecho natural, y, por lo mismo, íntimamente ligada al concepto de dignidad de la persona.

Como se verá, esta idea de autonomía de la voluntad como un derecho inherente a la dignidad de la persona, está claramente prohijada por nuestra jurisprudencia constitucional.

4. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público

Así entendida la autonomía privada, es necesario complementar diciendo que es un derecho que jamás se lo ha considerado absoluto. Ningún derecho lo es. Desde

¹ FERRI (1969: 42).

² HINESTROSA (1986: 11-12). La cita entre comillas empleada por Hinestrosa corresponde a SCOGNAMIGLIO (1950: 33 y ss.).

siempre, se ha reconocido que la prerrogativa que se comenta está supeditada a los dictados del «orden público», noción fundamental para la recta comprensión de la autonomía privada.

Aunque es frecuente ver en la doctrina la idea según la cual son tres los límites de la autonomía privada: ley imperativa, orden público y buenas costumbres, y aunque los propios textos legales refieran separadamente estas categorías jurídicas, pienso que es posible, conceptualmente hablando, reducir a uno solo el límite de la autonomía privada: el orden público.

Y puede hacerse esta reducción en la medida en que las denominadas normas imperativas lo son, precisamente, por regular asuntos en los que está comprometido el orden público, al paso que las buenas costumbres responden a la misma concepción del orden, pero asociadas, dado su origen, a la moral. Así pues, es el orden público, cuyo concepto se ampliará más adelante, el límite a la autonomía privada, sea que se manifieste o no en norma positiva imperativa o en el terreno moral.

Hablar de autonomía privada es hablar de orden público. Son, desde su origen, conceptos inescindibles. Como se verá, la autonomía privada siempre se la ha supeditado al orden público.

Para mayor claridad, considero importante acotar bien las fronteras de la concepción de orden público que interesa a esta exposición. Como el tema que estamos desarrollando es el de autonomía privada o negocial, debo recalcar que me estoy refiriendo a lo que podríamos denominar «orden público privado» u «orden público en las relaciones privadas», para diferenciarlo de otras nociones distintas pero que, de alguna manera, comparten denominación.

En efecto, la constitución política de Colombia emplea la expresión «orden público» en varias disposiciones y con diferentes alcances. Así por ejemplo, los artículos 100 inciso 1³, 140⁴, 189 numeral 4⁵ y 213 inciso 1⁶ versan sobre una

³ «Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de *orden público*, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros [...].

⁴ El congreso tiene su sede en la capital de la república. «Las cámaras podrán por acuerdo entre ellas trasladar su sede a otro lugar y, en caso de perturbación del *orden público*, podrán reunirse en el sitio que designa el presidente del senado».

⁵ «Corresponde al presidente de la república como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa [...] 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado [...].»

⁶ «En caso de grave perturbación del *orden público* que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía, el presidente de la república, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el estado de conmoción interior, en toda la república o en parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta

concepción político-policiva de orden público. En similar sentido los artículos 303 inciso 1⁷ y 315 ordinal 2⁸ dan cuenta de una idea policiva de orden público.

Con otro alcance, el artículo 215⁹ contiene una noción de orden (público) social, económico y ecológico.

A ninguna de las concepciones señaladas en los dos párrafos anteriores me estoy refiriendo en esta presentación. Insisto, debe identificarse con precisión una noción de orden público asociada a la autonomía negocial de los particulares. Ese es el concepto que aquí nos interesa.

Definir orden público en las relaciones privadas es tarea difícil. Para nuestros propósitos digamos simplemente que es el conjunto de principios, valores y creencias predominantemente aceptados en una sociedad determinada como indispensables para la convivencia armónica de sus integrantes.

En palabras de Torr , el orden público «es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de determinada colectividad»¹⁰.

Así entendido el orden público, resulta fundamental precisar que no es este un concepto necesariamente legal. Es decir, no siempre toda materia de orden público está contenida en norma positiva. Cuando así ocurre, la disposición es de naturaleza imperativa. Pero bien puede suceder que un específico asunto deba considerarse de orden público, dado su contenido material, a pesar de no tener norma legal que lo regule. En cada caso, estará al buen juicio del juez la identificación del contenido de orden público que tenga una determinada cuestión. Por supuesto, hay que reconocer la enorme dificultad que, en ciertas oportunidades, existe para concluir con acierto sobre el particular. Si en muchas oportunidades se presentan enconadas discusiones acerca de si una norma legal

por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del senado de la república [...]».

⁷ «En cada uno de los departamentos habrá un gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento. El gobernador será agente del presidente de la república para el mantenimiento del *orden público* y para la ejecución de la política económica general [...]».

⁸ Son atribuciones del alcalde: [...] 2. Conservar el *orden público* en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones que reciba del presidente de la república y del respectivo gobernador. [...].

⁹ «[...] Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el *orden económico, social o ecológico* del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario».

¹⁰ TORR  (1965: 457), citado por CANCINO RESTREPO (1979: 43).

debe considerarse o no de orden público, con mayor razón en eventos desprovistos de norma escrita.

Y además de no ser una noción necesariamente legal, no es tampoco invariable. En efecto, el transcurso del tiempo, de un lado, y las distintas culturas, costumbres y etnias, de otro, hacen que no pueda aseverarse que el orden público sea inmutable. Lo que ayer no ofendía el orden público, hoy puede ser absolutamente rechazado en una sociedad. En sentido contrario, lo que antes podía verse como contrario al orden fundamental de una sociedad hoy puede ser considerado normal y aun deseable. Y lo que para un específico núcleo social es corriente y usual puede ser desaprobado drásticamente por otro que tenga un arraigo cultural diferente, así sea dentro de un mismo país.

[T]ambién se ha tenido que abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público [...]¹¹.

Muchos ejemplos pueden darse de mutaciones en el orden público en las relaciones privadas. Entre más lejano sea un horizonte cronológico de análisis más fácil es encontrar eventos ilustrativos. Pero en la medida en que se acorta dicho horizonte la cosa no es tan clara.

Hace siglos no ofendía al orden público la institución de la esclavitud. Y en ese sentido el «comercio» sobre seres humanos (esclavos) era social y jurídicamente admitido. Hoy la sola idea de esclavitud nos horroriza.

Vamos a ejemplos más cercanos. Hace digamos cuarenta años, se veía con plena normalidad que las mujeres casadas se consideraran incapaces. La potestad marital era lo normal y socialmente aceptado. Hoy pensar que la capacidad o incapacidad contractual de una persona se determine por su sexo es sencillamente inadmisibile.

Acerquémonos algo más. Hace veinticinco o treinta años se veía como normal el que la ley distinguiera entre hijos habidos en matrimonio y los extramatrimoniales para efectos sucesorales. Hoy no es concebible una diferenciación discriminatoria de ese corte.

Hace quince años, las uniones maritales de hecho no eran reconocidas como generadoras de efectos patrimoniales. Era normal y corriente. Hoy es asunto de orden público lo contrario.

¹¹ OSPINA FERNÁNDEZ (1994: 12).

Ahora bien, si con el tiempo varía el conjunto de valores y principios predominantemente aceptados en una sociedad, lo mismo ocurre, incluso en una misma época, frente a culturas diversas, así sean ellas de un mismo país. Por ejemplo, el castigo corporal es, para algunas etnias nacionales, lo procedente para reparar determinado tipo de ofensas. En otros ámbitos culturales ese proceder repugna.

En fin, la noción de orden público es variante tanto en el tiempo como en el espacio.

Quién sabe qué cosas que hoy vemos de manera natural y corriente serán objeto de rechazo y repulsa social por nuestros nietos.

Es preciso, en consecuencia, aceptar que el orden público tiene notas distintivas extralegales y que es cambiante. Tal vez eso lo haga tan difícil como fascinante.

Lo que debe resaltarse, indudablemente, es la sabiduría de la norma que consagró en nuestro Código Civil el postulado de autonomía privada puesto que se concibió de manera muy precisa, pero con la suficiente flexibilidad para que, sin necesidad de modificación formal, tenga alcances distintos en el tiempo y en el espacio, según lo que en los diversos momentos y circunstancias se tenga como de orden público.

Para terminar esta breve reseña de los más significativos aspectos del orden público, quisiera destacar, aunque más adelante se reiterará, que tal concepto ha dejado de jugar un papel simplemente pasivo como guardián de las declaraciones de voluntad, que sanciona con nulidad absoluta cualquiera que lo vulnere, sino que, desde hace ya algunos años, se lo ha visto como un orientador de las conductas negociales que se esperan de los particulares.

Para la mejor comprensión de esta idea estimo muy ilustrativas, una vez más, las palabras de Hinestroza:

[...] las coordenadas de orden público y buenas costumbres [...] [son] los instrumentos de que se vale el Estado para *encauzar* y *controlar* el ejercicio [de la autonomía privada], asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato [...] ¹² (énfasis mío).

La distinción entre «encauzar» y «controlar» es clara. El orden público encauza con el señalamiento de conductas que deben observarse en la contratación privada. Y controla, al sancionar con nulidad absoluta las manifestaciones que lo transgreden.

¹² HINESTROZA (2007: 272-273).

Ya ese mismo autor, aunque con terminología que no comparto porque la considero equívoca, había puesto de presente cómo la doctrina venía haciendo la distinción a la que me refiero:

La doctrina es clara y unánime al destacar que, al paso que el orden público político tiene fundamentalmente un *sentido negativo*, en cuanto ha de verterse en prohibiciones de celebrar determinados negocios jurídicos o de estipular determinadas cláusulas o pactos, el orden público económico tiene un *sentido positivo*: direccionista. Aquel ‘dice lo que no se debe hacer’, este ‘dice lo que se debe hacer’[...]¹³ (énfasis mío).

3. EL POSTULADO DE AUTONOMÍA PRIVADA EN EL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO

1. Reconocimiento de la autonomía privada en los textos del Código Civil

A diferencia de otros ordenamientos como el italiano o el español, entre otros, que reconocen de manera positiva el postulado de autonomía privada y su consecuencia de libertad de contratación, nuestro Código Civil es de aquellos que lo reconocen por vía negativa al disponer que no son posibles las manifestaciones de voluntad contrarias al orden público.

Acerca de las diversas formas de reconocimiento legal del postulado de autonomía privada, Santos Briz dice:

Esta ascendencia política y filosófica de la autonomía contractual explica su vigencia en todas las legislaciones. En unas, las más, se declara en sus códigos de derecho privado; [...]. Dentro del primer grupo, unos códigos hacen declaración solemne de la libertad de contratación. Así el italiano de 1942, el suizo de obligaciones, el portugués y el español [...]. Dentro del mismo grupo, encabezados por el código Napoleón, figuran otros códigos que no hacen declaración expresa del principio, pero que resulta de vigencia indudable, por ejemplo, al declarar en su título preliminar que las convenciones particulares nada pueden disponer contra el orden público y las buenas costumbres (artículo 6 del Código Napoleón). [...]. Entre estos figuran los códigos argentino, chileno, colombiano, boliviano y algún otro. [...]¹⁴.

En ese sentido, y como texto legal básico de reconocimiento de la autonomía negocial privada en derecho colombiano, el artículo 16 del Código Civil establece:

¹³ HINESTROSA (2007: 29). Las expresiones «orden público *político*» y «orden público *económico*» prefiero emplearlas en ámbitos diferentes al de la autonomía negocial privada. Con todo, la distinción la comparto. En materia de orden público en las relaciones privadas el orden público tiene las connotaciones negativa y positiva explicadas por el autor.

¹⁴ SANTOS BRIZ (1966: 53 y 54).

«No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres».

La disposición que acaba de transcribirse, prácticamente idéntica a su modelo francés, es la que consagra el postulado de autonomía privada. En efecto, solamente el orden (público) y las buenas costumbres constituyen talanquera, tanto en su concepción positiva como en la negativa, a la autonomía privada.

La autonomía privada en el derecho civil colombiano se deduce entonces, a partir del concepto de orden público.

Complementan esta idea otros textos legales que insisten sobre la protección al orden público y a las buenas costumbres. En ese sentido, y refiriéndose al objeto en los contratos, el tercer inciso del artículo 1518 del Código Civil dispone: «Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

Y al tratar la causa, el segundo inciso del artículo 1524 del Código Civil señala: «Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público».

Por su parte el artículo 1519 del Código Civil establece que: «Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación [...]».

Sobre esta última disposición conviene destacar lo que ella entiende por «derecho público». No se refiere a lo que en las clasificaciones académicas se presenta en contraposición a derecho privado. En el contexto original de la norma, por «derecho público» debe entenderse orden público. Muy esclarecedoras sobre el particular resultan, como siempre, las palabras de don Luis Claro Solar:

La expresión orden público, tiene, sin embargo, una acepción más amplia. [...]. *En esta acepción orden público es sinónimo de interés público.* Este es el sentido del principio del derecho romano *Privatorum conventio jure publico non derogat* en que las palabras *jure publico*, derecho público, no están tomadas en el sentido que se les da ahora de disposiciones que reglan la constitución y fijan las atribuciones de los poderes públicos, sino de lo que se refiere al bien público o de la comunidad, en oposición al interés privado (énfasis mío)¹⁵.

2. Antecedentes de la noción de orden público

A esta altura del estudio conviene enfatizar que el concepto de orden público viene de mucho más atrás que el código Napoleón en el que en su artículo 6 puede leerse: «No se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres».

¹⁵ CLARO SOLAR (1978, tomo primero: 57).

Según explica don Luis Claro Solar, Portalis, integrante de la comisión designada por Napoleón, «[...] observó [en la exposición de motivos] que los jurisconsultos romanos entendían aquí por *jus publicum* lo que interesa más directamente a la sociedad que a los ciudadanos»¹⁶.

En su última exposición de motivos del código dijo Portalis: «Solo para mantener el orden público hay gobierno y leyes»¹⁷.

Y abundando sobre la noción, Claro Solar trae a líneas a Laurent así: «El Código Civil entiende, pues, por *orden público* lo que los jurisconsultos romanos calificaban de *derecho público*, y ellos significaban con esta expresión interés público en su más amplia acepción»¹⁸ (énfasis mío).

Pero hay todavía más, de la idea que se está explicando, hay referencias mucho más antiguas. En el libro 2 del Digesto, tomado de Papiniano, se lee el siguiente texto: «*Jus publicum privatorum pactis mutare non potest*». No cabe pues, duda alguna de que el orden público ha sido considerado siempre como limitante de las estipulaciones contractuales de los particulares. En ese sentido cabe afirmar que en la actualidad el postulado permanece tal y como se le concibió en sus orígenes.

Como se verá a continuación, el postulado de autonomía privada tiene respaldo en la carta política y ha sido explícitamente reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

4. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

1. Ubicación del tema

En este punto abordaré el tema central de la presentación a mi cargo. Y para ello me valdré de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Más allá de mis propias reflexiones sobre la perspectiva constitucional de la autonomía privada, lo que busco es, con estribo en las decisiones de la Corte Constitucional, demostrar la plena vigencia actual del postulado.

No pretendo ser exhaustivo en las citas jurisprudenciales. Me limitaré a la transcripción de las que, a mi juicio, son las sentencias de mayor importancia sobre el particular.

¹⁶ CLARO SOLAR (1978, tomo undécimo: 286).

¹⁷ Citado por CLARO SOLAR (1978).

¹⁸ CLARO SOLAR (1978, tomo undécimo: 286).

2. Reconocimiento de la autonomía privada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Como punto conceptual de partida juzgo de gran importancia la sentencia T-338 de 1993, en la que sostuvo la Corte Constitucional lo siguiente:

El concepto de autonomía de la personalidad comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Su finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida.

La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador.

El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, que establece: «Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

Posteriormente la Corte Constitucional en sentencia C-385 de 1995, dijo:

Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce —aunque no con carácter absoluto— la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.

Hay, pues, en materia contractual dos ámbitos bien diferenciados, respecto de cada uno de los cuales la función del legislador varía sustancialmente: el que corresponde regular al Estado mediante preceptos de obligatorio e ineludible cumplimiento, en el cual no cabe la libre decisión ni el convenio entre las partes,

aunque estén de acuerdo, por cuanto no es el suyo el único interés comprometido o en juego sino que está de por medio el interés público, o en razón de la necesidad de proteger a uno de los contratantes que el ordenamiento jurídico presume más débil que el otro; y el que, por repercutir tan solo en el interés de los contratantes sin afectar el de la colectividad y siendo claro el equilibrio entre ellos, corresponde a su libertad y dominio, como dueños de las decisiones que estimen más adecuadas y oportunas en busca de sus respectivas conveniencias.

En el último terreno enunciado, es tarea del legislador la de proveer la norma aplicable cuando se da el silencio de los contratantes, disponiendo así, en subsidio de la voluntad de estos, las consecuencias de ciertas situaciones jurídicas.

Esta idea fue reiterada en sentencia C-252 de mayo 26 de 1998.

3. Fundamento constitucional de la autonomía privada

El reconocimiento de la autonomía privada ha sido constante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero, ¿sobre la base de qué disposiciones superiores? También al respecto la jurisprudencia ha sido clara.

En sentencia C-71 de 2004, se reiteró la posición de la corte plasmada en la sentencia C-660 de 1996. En efecto, en la nota marginal 13 se lee:

[13] En ese sentido se expresa en la Sentencia C-660 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz que aunque no existe una norma en la Constitución que en forma específica, contemple la autonomía de la voluntad privada «ella se deduce de los artículos 13 y 16, que consagran la *libertad* y el *libre desarrollo de la personalidad*, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del *derecho a la personalidad jurídica* (artículo 14), el *derecho a asociarse* (artículo 38), a *celebrar el contrato de matrimonio* (artículo 42) y los *lineamientos de tipo económico* que traza el artículo 333» (énfasis mío).

Y en la sentencia T-423/03, se expresó así la corte:

En primer lugar, se puede afirmar que la calidad de parte contractual presupone el derecho de la autonomía de la voluntad llamada también autonomía privada o autonomía contractual. Este derecho se encuentra reconocido en normas de derecho positivo tanto de rango constitucional como de rango legal (artículos 14, 16, 333 superiores, 1502, 1503 Código Civil y 12, 864 del Código Comercial) en las que se establece su titularidad de manera universal a todas las personas que gozan de la capacidad de obrar.

El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido *ex singuli*, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y

no es atribuido *ex negotium* sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica* (artículo 14 superior) como del *derecho al libre desarrollo de la personalidad* y el principio general de *libertad* (artículo 16 superior) (énfasis mío).

Y en la sentencia T-468/03 la corte señaló como preceptos que sustentan la autonomía privada los siguientes:

Como previamente lo ha sostenido esta corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el *derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica* (Constitución política artículo 14), el *derecho a la propiedad privada* (Constitución política artículo 58), la *libertad de asociación* (Constitución política artículos 38 y 39), la *libertad económica*, la *libre iniciativa privada* y la *libertad de empresa* (Constitución política artículos 333 y 334). Estos derechos constitucionales le confieren a los asociados, la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, «todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes [...]» (énfasis mío).

Son pues, varios los textos constitucionales con base en los cuales tiene por reconocido la jurisprudencia el postulado de autonomía privada, en especial aquellos que consagran la libertad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, la libre actividad económica y la iniciativa privada.

Ahora bien, conviene precisar que la idea según la cual el libre desarrollo de la personalidad es noción fundante de la autonomía privada, ha sido expuesta por la doctrina desde hace ya mucho tiempo.

Valga anotar, en ese sentido la opinión del profesor Jaime Santos Briz, quien en su obra sobre contratación privada dijo: «El principio de libertad de contratación es una consecuencia de autonomía privada, y este, a su vez, un aspecto del derecho de la persona al libre desarrollo de su personalidad. [...]»¹⁹.

4. Autonomía privada como derecho fundamental inherente a la dignidad de las personas, y limitante de potestades estatales

Identificados, desde la perspectiva jurisprudencial, tanto la noción de autonomía privada, como su fundamento y textos superiores que la soportan, conviene ahondar la visión que sobre la figura tiene la Corte Constitucional.

Me parece importante recalcar, de una parte, la concepción que de derecho fundamental asigna la corte a la autonomía privada, y de otro, íntimamente ligado a lo anterior, el carácter de prerrogativa inherente a la dignidad de la persona.

¹⁹ SANTOS BRIZ (1996: 53).

En la ya referida sentencia T-423 de 2003 explícitamente identificó la corte la fundamentalidad del derecho a la autonomía privada, en los siguientes términos:

Para la Corte el reconocimiento de la *fundamentalidad del derecho a la autonomía privada* y la necesidad de diferenciarlo de los derechos patrimoniales, que por regla general son adquiridos en virtud de su ejercicio, implica entonces una atención más denodada del juez del Estado social de derecho al momento de enfrentar conflictos contractuales que involucren problemas constitucionales semejantes. (énfasis mío).

Pero, aunque ve la corte en la autonomía privada un derecho fundamental, no significa, por ello, que cualquier controversia que surja sobre el punto deba ser resuelta por el juez constitucional. Sobre el particular se dijo en la aludida sentencia T-423/03:

Por otro lado, la Corte considera que lo anterior no implica ni puede llegar a implicar que todos los asuntos contractuales, que como es obvio tienen como presupuesto el ejercicio de la autonomía de las partes, se conviertan en problemas a ser resueltos por el juez constitucional. Esto equivaldría tanto como negar los esfuerzos por distinguir los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales y sobre todo conduciría a desnaturalizar el objeto y la función de la acción de tutela en el Estado social de derecho. Estas razones justifican que el estudio del presente caso implique de manera necesaria la contextualización del problema y la rigurosidad en el manejo de las categorías de la dogmática constitucional.

En cuanto se refiere a la concepción que tiene la corte del derecho a la autonomía privada, como inherente a la dignidad de la persona, dijo la corte en la sentencia T-468/03, atrás aludida:

Como previamente lo ha sostenido esta corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional [...]. Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex ante todas las necesidades de las personas.

A tal punto reconoce la jurisprudencia constitucional la fuerza de la autonomía privada, que en la sentencia T423 de 2003, sostuvo la corte que aquella limita las potestades estatales y de la administración pública. Al respecto dijo la corte:

Por otro lado, la Corte considera que en ejercicio de su función de intervención, el Estado y la administración no podrían llegar a aniquilar el equilibrio patrimonial de los contratos o a modificar de tal manera su contenido hasta transformarlos

en otros contratos, pues en estos casos la propia autonomía de la voluntad y los principios contractuales de rango constitucional actúan como límite al ejercicio de dichas potestades.

5. El orden público, como límite de la autonomía privada, en la jurisprudencia constitucional

En este recuento jurisprudencial, no podría faltar la noción que de orden público —límite activo y pasivo de la autonomía privada— tiene la Corte Constitucional.

En primer lugar debe destacarse que ha sido muy frecuente en la jurisprudencia la equiparación entre los conceptos de orden público y de ley imperativa. Dicho con otras palabras, en varias sentencias de la Corte Constitucional parece manejarse una concepción legal del orden público en las relaciones privadas. Por lo menos formalmente hablando, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que el límite a la autonomía privada está en las leyes imperativas, es decir en las disposiciones legales de orden público.

Eso, como quedó dicho, es un error. No pueden reducirse las cuestiones en las que está interesado el orden público a las que legalmente tienen tal carácter. Insisto: toda norma imperativa es de orden público pero no toda cuestión de orden público tiene necesariamente que estar recogida en norma positiva.

Veamos algunos ejemplos de la censurable identificación entre orden público y norma legal imperativa.

En la sentencia C-385 de 1995, atrás citada, dijo la Corte Constitucional:

Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce —aunque no con carácter absoluto— la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas *de la ley*, comúnmente conocidas como normas de orden público (énfasis mío).

Esta misma idea, con idénticas o muy similares palabras, se encuentra, que yo conozca, en las sentencias C-252 de 1998, C-364 de 2000, C-332 de 2001 y C-153 de 2004.

El límite a la autonomía privada, identificado con las «disposiciones imperativas de la ley», parece, pues, evidente en la jurisprudencia constitucional.

Con todo, es necesario agregar que en otra sentencia, la ya citada T-468 de junio 5 de 2003, se refiere al tema del orden público con una óptica más amplia, en la que no solamente no se equipara el orden público con la ley imperativa, sino que se hace explícita la función positiva del orden público.

Transcribo los apartes de la sentencia que, sobre el punto, juzgo de mayor importancia:

Las grandes transformaciones sociales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, condujeron a un redimensionamiento de la concepción racionalista de la autonomía de la voluntad, cuya idea general apuntó al reconocimiento de un poder derivado de autorregulación, pero limitado por el ordenamiento estatal, la conveniencia social y el interés público.

Adicionalmente, la noción de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, *deja de cumplir un papel exclusivamente negativo* de protección a las libertades individuales, para *transmutar su alcance a la realización imperativa de los deberes de bien común e interés público*, propios de un estado social de derecho. En este orden de ideas, la nueva noción de orden público permite, por una parte, imponer la realización de los principios superiores de un estado social, destinados a velar por la conservación y vigencia no solo de las libertades individuales de los ciudadanos, sino también de los derechos sociales o prestacionales de todas las personas y, por otra parte, conlleva al reconocimiento de un Estado interventor, quien fundado en principios de equidad, regula imperativamente las relaciones entre los particulares, con el propósito de alcanzar un pleno desarrollo económico ligado al logro efectivo de una justicia social. La imposibilidad de admitir un acto o contrato, con violación al orden público, le otorga a dicha garantía el reconocimiento de norma de derecho imperativo, o, en otras palabras, de *ius cogens* (énfasis mío).

6. El principio de solidaridad social, ¿un nuevo límite a la autonomía privada?

Sobre este tema, de suyo suficiente para largas horas de análisis, me limitaré a dejar expuestas dos visiones jurisprudenciales, al parecer antagónicas.

Se trata de averiguar si la autonomía privada, además de estar sometida al imperio de los dictados del orden público, debe adecuarse al principio, constitucionalmente regulado, de solidaridad social.

Bien vistas las cosas, creo yo que la cuestión puede plantearse bajo otra perspectiva en la que la pregunta clave sería: ¿la actuación de los particulares conforme al principio de solidaridad es una cuestión de orden público?

El solo enunciado del interrogante pone en evidencia su dificultad. La respuesta exigirá, necesariamente, la total claridad sobre el alcance y ámbito del principio de solidaridad social. Ya habrá oportunidad para ahondar sobre el tema.

Como advertí, baste por ahora con dejar planteado el debate, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En la sentencia C-332 de 2001, dijo la Corte:

Es necesario subrayar que la Constitución no establece de manera expresa la observancia o exigibilidad del deber de solidaridad en las relaciones contractuales:

Tan solo determina en su artículo 95-2 que son deberes de la persona y del ciudadano «obrar conforme al principio de solidaridad social respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas». En este sentido, la norma suprema es clara al establecer que el ciudadano tiene el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social mediante acciones humanitarias únicamente en situaciones que pongan en peligro la vida o la salud. En un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad (Constitución Política, artículo 1) y en los derechos inalienables de la persona humana, los deberes constitucionales no pueden ser interpretados con criterio expansivo. El artículo 95-2 no impone la ejecución de conductas solidarias en los casos en que los particulares, guiados por la autonomía de la voluntad decidan contraer obligaciones derivadas de los negocios jurídicos por ellos celebrados. En materia comercial, los contratantes buscan promover un interés privado de tipo económico, lo cual no tiene un límite expreso en el principio de solidaridad establecido en la Constitución.

5.3. Sin duda, todo ejercicio de un derecho comporta una responsabilidad. En este caso, sin embargo, no se está estudiando el alcance del deber genérico de responsabilidad, sino del deber específico de solidaridad.

Del deber de obrar con acciones humanitarias (artículo 95 número 2 de la Constitución) y del principio de solidaridad (artículo 1 de la Constitución) no se pueden derivar cargas generales de orden contractual ni límites específicos al ejercicio legítimo y razonable de la autonomía contractual. Por el contrario, como lo ha sostenido esta Corte, para que de los deberes de las personas se puedan establecer límites a los derechos fundamentales es indispensable que el Congreso, como representante de los ciudadanos, expida previamente una ley que precise obligaciones específicas derivadas de un deber general (énfasis mío).

Esta visión jurisprudencial lleva a la conclusión de que el principio de solidaridad social tiene un específico ámbito en materia constitucional, sin que pueda considerársele límite a la autonomía privada.

En sentido contrario, y aunque referida a las instituciones financieras, en la varias veces citada sentencia T-468 de 2003 sostuvo la Corte Constitucional:

15. Con todo, en un principio se consideraba que la autonomía privada constituía una emanación de la voluntad general —como fuente absoluta e inagotable de todo derecho—, erigiéndose, entonces, en un poder ilimitado y omnímodo de autodeterminación normativa (concepción racionalista). Sin embargo, con el surgimiento de los postulados sociales del estado de derecho, se relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el *principio de solidaridad* y los derechos de los terceros (concepción moderna), (énfasis mío).

Por consiguiente, la *autonomía de la voluntad privada* en tratándose de las instituciones financieras, *se encuentra restringida o limitada*: (i) Por la naturaleza especial de la actividad que prestan; (ii) Por la circunstancia de ser el crédito y el ahorro instrumentos necesarios para garantizar los derechos de las personas; (iii) Por la prohibición constitucional de no abusar de los derechos propios;

(iv) Por el principio de prevalencia del interés público; (v) Por la vigencia del *principio de solidaridad* y, adicionalmente; (vi) Por las exigencias éticas de la buena fe (énfasis mío).

El antagonismo de las posturas parece evidente. El hecho de que en la sentencia T-468 se diga que «la vigencia del principio de solidaridad» limita la autonomía de la voluntad privada de las instituciones financieras, no significa, a mi juicio, que la corte circunscriba a este tipo de entidades la aplicación del principio de solidaridad.

Como en la acción de tutela que dio origen a la sentencia mencionada las entidades involucradas eran instituciones financieras, a ellas se refirió la corte. Además, la consagración constitucional del principio de solidaridad es de carácter general y no exclusivo de cierto tipo de personas jurídicas.

Doctrina y jurisprudencia tendrán que decantar este importante asunto. Por ahora nos limitamos a registrar la dificultad y a abrir el debate.

7. Puntualización sobre el pensamiento de la corte constitucional respecto de la autonomía privada

Para concluir el tema relacionado con la visión que de la autonomía privada tiene la jurisprudencia constitucional, transcribiré otros fragmentos de la citada sentencia T-468 de 2003, que, a mi juicio resumen lo que sobre el particular es el pensamiento de la corte.

A partir de las citadas consideraciones y de conformidad con lo previsto en la Constitución Política de 1991, la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.

Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no solo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe.

Precisamente, la Corte en sentencia SU-157 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en relación con la materia objeto de estudio, determinó que: «La

autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas [...]».

Luego, la autonomía de la voluntad privada se concibe no solo como un simple poder subjetivo de autorregulación de los intereses privados, sino como el medio efectivo para realizar los fines correctores del estado social, a través del mejoramiento de la dinámica propia del mercado.

5. UN CASO ACTUAL SOBRE ORDEN PÚBLICO Y AUTONOMÍA PRIVADA

1. El caso

Quedó dicho que el orden público, como límite de la autonomía privada, es un concepto no necesariamente legal y ciertamente no inmutable. Varios ejemplos se citaron para demostrar esta afirmación.

Quiero, para terminar, ilustrar la complejidad que tiene la noción de orden público y su incidencia con la autonomía privada, con la exposición de un asunto de gran actualidad que ha generado y seguirá generando no pocas discusiones, y que, a todas luces, incide en el asunto del orden público como límite de la autonomía privada.

Se trata de la reciente despenalización del aborto en determinadas circunstancias.

Sabemos todos que la Corte Constitucional, en sentencia C-355 de mayo 6 de 2006 consideró que:

[...] no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

La Corte Constitucional, para adoptar la referida decisión, tuvo que enfrentar dos consideraciones, ambas de orden público: «la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional» según expresión empleada por la propia corte, de un lado, y, de otro, ciertos derechos de la mujer, como el del libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la salud y a la dignidad.

Para mejor comprensión vale la pena transcribir ciertos apartes de la sentencia:

En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápite anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales [...].

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. [...].

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

2. El caso planteado frente al postulado de autonomía privada

Independientemente de mi personal desacuerdo con la aludida decisión de despenalizar el aborto en ciertos eventos, cosa que por supuesto escapa al objeto de esta exposición, corresponde, ahora, poner en evidencia la relación existente entre tal decisión y el postulado de autonomía privada.

Ocurre que en la parte motiva de la aludida sentencia se advierte que los hospitales, clínicas, centros de salud, y en general las instituciones prestadoras de servicios de salud, están obligadas a la práctica del aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en la sentencia, puesto que, en opinión de la corte, la

objeción de conciencia no es un derecho del que puedan ser titulares las personas jurídicas.

Dijo así la corte:

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

De lo anterior se desprende que si una mujer solicita a un centro de salud la práctica del aborto, en los casos en los que fue despenalizado, la entidad correspondiente no podría negarse aduciendo objeción de conciencia.

Y esto tiene directa relación con la autonomía negocial. Como quiera que el orden público tiene una connotación positiva, que compele a actuar a los particulares para que no resulte transgredido, el aborto no constitutivo de delito sería, con base en la jurisprudencia que se comenta, un procedimiento al que las instituciones prestadoras de servicios de salud estarían obligadas. Dicho con otras palabras, o bien tendrían que manifestar forzosamente su acuerdo con el procedimiento solicitado (contratar), o bien dar cumplimiento, mediante la práctica del aborto, con un contrato previamente celebrado, en términos distintos a los estipulados.

En ambos casos la manifestación que en principio tiene la autonomía privada consistente en el derecho de no contratar, o de no manifestar la voluntad en determinado sentido, tendría que descartarse por una consideración de orden público.

Si bien comparto, como quedó ya apuntado, que es tarea del juez calificar las cuestiones de orden público, personalmente creo que en este caso se excedió el máximo tribunal constitucional. Una cosa es, aunque altísimamente discutible²⁰,

²⁰ La decisión que se comenta no se adoptó de manera unánime sino mayoritaria. Los magistrados Rodrigo Escobar, Álvaro Tafur y Marco Gerardo Monroy, salvaron su voto.

que el aborto en determinadas circunstancias no sea delito, y otra muy distinta, que la práctica del aborto resulte obligatoria para las instituciones de salud si una mujer lo solicita.

Lo último me parece francamente equivocado. A nadie escapa que existen no pocas instituciones clínicas y hospitalarias regentadas por órdenes religiosas o por personas para quienes el derecho a la vida es siempre inviolable y que, de acuerdo con el pensamiento de la corte, podrían ser obligadas a practicar un aborto en contra de sus principios y en contravía de sus estatutos, normas y reglamentos.

A mi juicio, no se puede, sin transgredir la Constitución, negar a las personas jurídicas una línea confesional de pensamiento institucional que soporte una negativa, también institucional, respecto de la práctica de un procedimiento que, a pesar de no ser considerado delito en ciertos eventos, choque esencialmente con principios y creencias religiosas, éticas, morales y de conciencia.

Contra lo decidido por la corte, afirmo que las personas jurídicas tienen una especial forma de conciencia, producto, entre otros, de su origen, de la orientación política, filosófica o religiosa de sus fundadores o de sus miembros, de su objeto y finalidades, de su sistema de gobierno etcétera, que les permite formal y materialmente hablando adoptar posiciones y seguir reflexiva y deliberadamente determinadas orientaciones axiológicas y, consecuentemente, repeler otras. Por eso, juzgo erróneo sostener que los entes morales carecen del derecho a formular objeción de conciencia.

La puerta que, a mi juicio equivocadamente, abrió la Corte Constitucional, no demorará en ser utilizada, por vía de acción de tutela, para obligar injustamente a cualquier entidad, independientemente de su confesionalidad, a la práctica de abortos en contra de sus creencias y valores.

Hay un abismo entre no considerar delito al aborto, en ciertas circunstancias, y el extremo, a mi juicio reprochable, de tornarlo obligatorio.

Insisto, considerar que las instituciones de salud no pueden negarse a la práctica del aborto en los casos en los que resultó despenalizado por vía jurisprudencial, equivale, ni más ni menos, a obligarlas a manifestar un consentimiento no querido, o lo que es lo mismo, a forzar un comportamiento contractual. En eso se materializará el pensamiento de la Corte Constitucional, y podrá decirse que negarse a la práctica del aborto, atenta contra el orden público, jurisprudencialmente definido.

El tema que se comenta pone en evidencia la gran dificultad que hay respecto de la calificación que un asunto pueda tener como constitutivo de orden público y mucho más cuando tal asunto se contrapone a otro que a su turno, también ostenta tal carácter.

Eso fue lo que aconteció en el caso que se menciona. Quizás de manera no deliberada, se señaló jurisprudencialmente un evento de orden público que incide en la autonomía privada.

Y dado que entender con rectitud la autonomía privada pende inexcusablemente de manejar con acierto la noción de orden público, asuntos como el comentado adquieren grande relevancia.

3. El orden público involucrado en el caso mencionado.

Instituciones de orden público enfrentadas

Con apoyo en el caso planteado pueden verse claramente dos conflictos, relacionados ambos con instituciones de orden público y, consecuentemente, con el postulado de autonomía privada.

El primero es el que enfrenta, en palabras de la propia corte, la «vida en gestación, como bien de relevancia constitucional», con los derechos de que es titular la mujer gestante, en particular «la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida [...]».

En el segundo, y con base en la despenalización del aborto en ciertos casos, antagonizan el derecho que asiste a una mujer para solicitar la práctica del aborto, en ciertos eventos, y el que tienen algunos médicos e instituciones de salud, de negarse, por razones de conciencia, religiosas, o de filosofía de vida, a llevar a cabo tal procedimiento incluso en los eventos despenalizados.

Hay que reconocer que los extremos en contienda tenían elementos legítimos, pero no todos podían resultar vencedores. He ahí la ardua cuestión de la que tuvo que ocuparse la Corte Constitucional.

Con la referida sentencia C-355 de 2006, en el primero de los conflictos mencionados la balanza de la justicia humana se inclinó a favor de ciertos derechos de la mujer y en contra de la vida humana en gestación:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En el segundo conflicto, surgido con base en el primero, resultó victorioso el derecho de la mujer a solicitar la práctica de un aborto, en los casos en los que, según la corte, tal procedimiento no es constitutivo de delito, contra la libertad de conciencia, —negada a las personas jurídicas— y el libre desarrollo de la

personalidad de quienes ven en el aborto, en cualquier caso, un atentado contra la vida humana.

Yo personalmente no puedo estar de acuerdo con lo decidido por la corte. La visión que tengo de orden público, al igual que la de los centenares de personas que se dirigieron a la corte pidiendo mantener la punibilidad del aborto en todos los casos, difiere de la que resultó mayoritaria en la citada decisión. No solamente creo que el derecho a la vida del que está por nacer ha debido ser defendido en todos los casos por nuestro máximo tribunal constitucional, sino que encuentro ofensivo obligar a ciertas instituciones de salud a obrar contra sus legítimas creencias por la única razón a que un comportamiento ya no se considera delito.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, compártase o no, por vía jurisprudencial se ha asumido una importante variación en lo que se estima son los valores y principios esenciales de nuestra sociedad, y definidos como de orden público comportamientos que inciden directamente en el postulado de autonomía privada.

4. La «polivalencia táctica del razonamiento jurídico». Realidad indiscutible en los conflictos jurídicos

¿Cómo decidir asuntos tan complejos? ¿Cómo ponderar los elementos legítimos que tienen las posturas en discordia, para resolver con rectitud? No existen respuestas únicas y excluyentes. La interpretación y aplicación del derecho no obedece, no puede obedecer, a reglas mecánicas y meramente objetivas.

Cada caso es un mundo. Los «moldes» fijados por el legislador, no siempre se replican en la vida. Por el contrario, las controversias se originan muchas veces porque los hechos que las originan se «salen del molde» idealmente fijado por la ley. En cada controversia, es necesario, a partir de los principios jurídicos involucrados y con apoyo en la orientación de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, rectamente interpretadas, identificar sus variables particulares y únicas que permitan lograr lo que don Angel Ossorio llamaba «la sensación de la justicia», para decidir con rectitud.

Las reflexiones que me ha suscitado este problema me llevaron a recordar, una vez más, las enseñanzas del profesor peruano Fernando de Trazegnies, a quien conocí hace veinte años en unas jornadas de derecho comparado en la ciudad de Buenos Aires.

Con la alusión a Fernando de Trazegnies y a lo que él denomina la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», terminé mi presentación.

Como dije, conocí a Fernando de Trazegnies en Buenos Aires. La Pontificia Universidad Javeriana me había designado, junto con el profesor Juan Carlos Esguerra, para representarla en las referidas jornadas de derecho comparado.

En un grato almuerzo, Fernando de Trazegnies nos contó al doctor Esguerra y a mí sobre un libro que había escrito, pocos años atrás, con base en el estudio de un expediente de un proceso judicial llevado a cabo en la época de la colonia.

El libro se llama «Ciriaco de Urtecho, litigante por amor» —título de suyo muy sugestivo— y tiene como punto de partida un litigio que comenzó con la demanda presentada en diciembre de 1782 por Ciriaco de Urtecho, persona humilde, contra don Juan de Dios Cáceres, rico comerciante de la época, en la que pretendía se obligara a este a otorgar carta de libertad a la mulata Dionisia Masferrer, esclava de propiedad de doña Jerónima de Gracia y Loris, esposa de Cáceres, a cambio de un determinado precio.

El argumento central de Ciriaco de Urtecho radicó en que Dionisia, la esclava, era su esposa, razón por la cual la esclavitud de ella era su propia esclavitud. Por ello, dijo en la demanda que había trabajado con muchas dificultades para ganar el valor de la esclava «a fin de conseguir la libertad de mi mujer y, por consiguiente, la mía».

Y así comenzó un debate judicial que, más que a los litigantes, enfrentó principios e instituciones jurídicas. Eso es lo que, de fondo, plantea Fernando de Trazegnies. Ciriaco esgrimía al matrimonio y a la familia como razones básicas para obligar a Juan de Dios Cáceres a recibir el precio de la esclava y otorgar su carta de libertad. Cáceres aducía su legítimo derecho de propiedad sobre la esclava.

«Ciriaco desarrolla su argumentación sobre tres líneas fundamentales: de un lado, proclama el derecho natural a la libertad y a la vida conyugal; por otra parte, sostiene que la esclava ya no tiene utilidad para el amo y que, por consiguiente, la libertad de ella no causa perjuicio a este; por último, vincula el derecho a la libertad con el esfuerzo personal»²¹.

A los pedimentos de Ciriaco, Juan de Dios Cáceres, contestó negándose por dos razones: «a) nadie lo puede obligar a vender lo que es de su propiedad, porque toda venta es siempre el resultado de un acuerdo de voluntades; y b) no es cierto que el valor de la esclava sea solo aquel que costó treinta años antes. Pero agrega que está dispuesto a vender a Dionisia por el precio que señalen los peritos y dice que esto «es el estilo común y práctica recibida»²².

En esencia, se enfrentaron instituciones del derecho de familia con el derecho de propiedad.

Fernando de Trazegnies, luego de la transcripción de las piezas procesales más relevantes, de exponer el «paisaje social de la esclavitud», y de analizar el material normativo de la época, así como los hechos y el desenvolvimiento del

²¹ DE TRAZEGNIES (1981: 159).

²² DE TRAZEGNIES (1981: 143).

litigio, desemboca en lo que denomina una «teoría dinámica del derecho» todo ello sobre lo que el autor denomina la «polivalencia táctica del razonamiento jurídico», figura bajo la cual plantea cómo «los mismos elementos legales» soportan argumentos y finalidades contrapuestos.

No es del caso en este momento entrar en detalles acerca del proceso ni sobre las formas entonces reconocidas para la manumisión de esclavos. Ello, si bien sería muy interesante, desborda los propósitos de esta exposición. Lo cierto es que, quizás aprovechando un descuido del demandado, consistente en decir que estaría dispuesto a vender a la esclava, no por el valor señalado por Ciriaco, sino por el que fijaran los peritos, vio el fallador el resquicio necesario para fallar a favor de este.

Lo que interesa en este momento del análisis es ver cómo el enfrentamiento de posturas individuales a veces esconde el de instituciones legítimas y que, individualmente consideradas, merece cada una de la protección del ordenamiento.

Lo que ocurrió con Ciriaco es, guardadas las debidas proporciones, lo acontecido en el citado caso del aborto en Colombia: el choque de instituciones jurídicamente relevantes y tuteladas por el ordenamiento, cada una de las cuales fue objeto de presentación con razonamientos encontrados. Por eso, me pareció útil traer a colación el libro de Fernando de Trazegnies, porque en el evento comentado, como en el de Ciriaco, «podemos hablar de una polivalencia táctica del razonamiento jurídico: los mismos elementos legales pueden servir de base a discursos diferentes con propósitos opuestos»²³.

Esa circunstancia es la acontecida en el caso del aborto: los mismos elementos legales —defensa de instituciones de orden público y constitucionalmente protegidas— sirvieron de base a discursos diferentes con propósitos antagónicos.

El razonamiento jurídico, en su polivalencia táctica, fue empleado por extremos enfrentados, con el resultado que ya conocemos.

No todos estamos de acuerdo con dicho resultado. Ya he expresado los motivos de mi personal desacuerdo con lo decidido por la corte. A muchos, nos cambió formalmente el orden público sobre bases que no compartimos. Pero lo cierto es que así aconteció en una contienda adelantada dentro de las reglas de juego establecidas.

El tiempo y los hechos dirán si el razonamiento jurídico vencedor fue o no el mejor y el que realmente convenía a los intereses de la sociedad.

²³ DE TRAZEGNIES (1981: 82).

BIBLIOGRAFÍA

- CANCINO RESTREPO, Fernando
1979 «El Postulado de la Autonomía de la Voluntad». Estudio publicado en *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá: Editorial Temis.
- CLARO SOLAR, Luis
1978 *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, edición facsimilar.
- DE TRAZEGNIES, Fernando
1981 *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERRI, Luigi
1969 *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- HINESTROSA, Fernando
1986 «Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada». Estudio publicado en *Estudios de Derecho Privado*. Homenaje al Externado en su Centenario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2007 *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo
1994 *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis.
- SANTOS BRIZ, Jaime
1966 *La contratación privada*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- SCOGNAMIGLIO, Renato
1950 *Contributo alla teoria del negocio giuridico*. Napoli.
- TORRÉ, Abelardo
1965 *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.