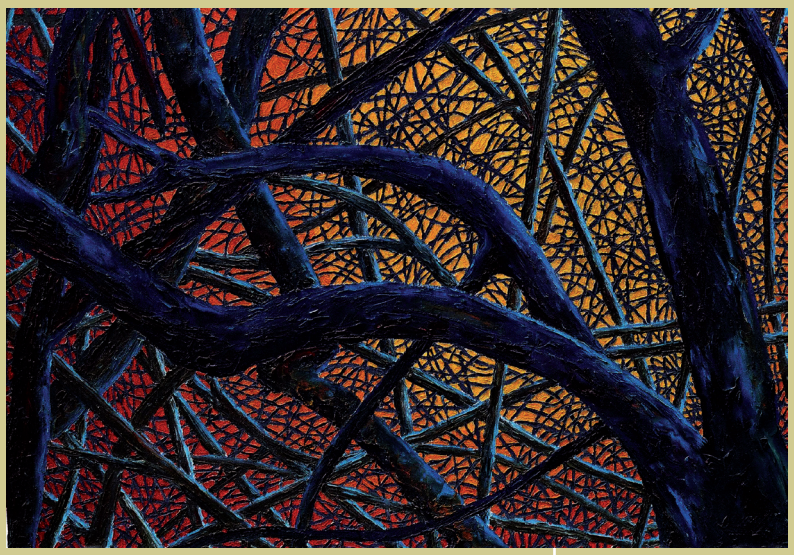


Autor: Joaquín Mario Murillo
Título: De la serie Darién de agua
Técnica: Óleo sobre espátula
Dimensión: 120 x 120 cm
Año: 2008

*REFLEXIONES SOBRE LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO**

* El presente ensayo académico-investigativo hace parte de los escritos presentados, por la autora, al Concurso Público de Méritos Docentes 001 de 2011 de la Universidad de Antioquia, en el mes de octubre de 2011.

Fecha de recepción: marzo 27 de 2012
Fecha de aprobación 5 de junio de 2012

REFLEXIONES SOBRE LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO.

Sandra Eliana Cataño Berrío[**]

RESUMEN

El estudio y aplicación del Derecho, en general, y del Derecho Privado, en particular, demandan del jurista un cuestionamiento y reflexión permanente sobre las concepciones y los métodos del mismo, considerando los contextos sociales, políticos, económicos, históricos y culturales donde se desenvuelve esta disciplina; sin olvidar la importancia que también tiene, en la actualidad, el análisis del campo jurídico en los ámbitos local, nacional y global, que exigen aceptar la participación de nuevos agentes, procedimientos y prácticas que están teniendo lugar en esa lucha permanente por definir qué es Derecho y quiénes dan ese Derecho.

La configuración de las concepciones y los métodos para el estudio de la dogmática del Derecho Privado, en el escenario nacional y global actual, debe pasar, en forma ineludible, por la consideración de un Estado Social y Democrático de Derecho, que requiere la protección de los derechos fundamentales, de valores colectivos y, en últimas, del interés general. Como también, por las reflexiones sobre la incidencia de una economía de mercado, que conlleva la participación de nuevos agentes, las transformaciones en la configuración de las relaciones jurídicas particulares y la pluralidad de fuentes que están presentes en el surgimiento y desarrollo de dichas relaciones.

Palabras clave: Derecho Privado, concepciones y métodos de la dogmática del Derecho Privado, Estado Social de Derecho, autonomía privada, contratación privada, globalización económica, interés general, interés particular, campo jurídico nacional, campo jurídico global o transnacional.

REFLECTIONS AND CONCEPTIONS ABOUT THE STUDY OF THE PRIVATE LAW

ABSTRACT

The study and application of law, in general, and of Private Law, in particular, require the lawyer questioning and ongoing reflection on the concepts and methods of the same, considering the social, political, economic, historical and cultural in which it operates this discipline, not forgetting the importance that also has, at present, analysis of the legal field at local, national and global acceptance requiring the participation of new agents, processes and practices that are taking place in the ongoing struggle define what is right and who give that law.

The configuration of the concepts and methods for the study of dogmatic of Private Law, in the current national and global context, you must go, as inescapable, for the consideration of a Social and Democratic State of Law, which requires the protection of fundamental rights of collective values and, ultimately, the public interest. As well, the reflections on the impact of a market economy, involving the participation of new agents, changes in the configuration of private legal relations and the plurality of sources that are present in the emergence and development of these relations.

Keywords: Private Law, concepts and methods of dogmatic of private law, State of Law, private autonomy, private contract, economic globalization, general interest, private interest, national legal field, global or transnational legal field.

** Abogada y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora vinculada al área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: sandraelianaca@gmail.com.

REFLEXIONES SOBRE LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO.

INTRODUCCIÓN

El estudio, reflexión, interpretación y aplicación del Derecho en general y del Derecho Privado, en particular, requieren, por parte de su intérprete, una revisión constante sobre su(s) objeto(s), o razón de ser, y sobre la(s) forma(s) de acercarse al mismo, teniendo en cuenta el contexto histórico, social, político, económico y cultural en el cual se desenvuelve, así como las tensiones, rupturas y limitaciones que surgen.[1] Como bien lo señala José Luis de los Mozos (1988: 19), al cuestionarse por la metodología y epistemología jurídica, "lo que necesitan los juristas es realizar una constante reflexión sobre el objeto de su actividad como juristas"; al tiempo que Arrubla Paucar (1996: 82) sostiene que el "deber del jurista es estudiar el derecho pero no como fin en sí mismo sino como medio de adaptación a las exigencias de la vida".

Con el presente escrito se pretende plantear algunas reflexiones sobre las concepciones del Derecho Privado contemporáneo en el contexto nacional y global, como también sobre los métodos empleados para su regulación, conocimiento y aplicación[2]. Para cumplir con este propósito, se estima oportuno y necesario presentar una concepción general del Derecho y del método para su estudio, para luego exponer algunas consideraciones sobre las concepciones de la dogmática del Derecho Privado, a partir de su estado actual, y de la(s) forma(s) de estudiar y aplicar la misma.

---

1 Entendiendo por 'tensiones' las fricciones o choques que surgen entre dos situaciones, en este caso entre el interés general y el interés particular, entre el campo jurídico que se desarrolla en el ámbito nacional y el que se desenvuelve en el contexto transnacional. Por 'rupturas', el rompimiento de las condiciones que se vienen presentando y que producen transformaciones en la configuración de las relaciones jurídicas privadas. Y por 'límites', los frenos o controles que la configuración de las relaciones jurídicas particulares están generando en el actual contexto del derecho colombiano y global.

2 Conviene señalar que el conocimiento y la aplicación del Derecho presuponen la interpretación del mismo

1. Sobre el concepto y el método del Derecho

En primer término, y a partir de las reflexiones académicas realizadas desde hace algunos años,[3] se parte de la concepción del Derecho como una construcción humana de carácter político, social y cultural, integrada por una sucesión de discursos que requieren el uso de un lenguaje especializado.[4] Una construcción que, además, está integrada por un complejo sistema de relaciones, prácticas sociales, principios, conceptos, normas e instituciones, que resultan fundamentales para una convivencia. Considerando, asimismo, que ese sistema encuentra la necesidad de una relación constante con otras disciplinas del conocimiento social y humano, como la sociología, la filosofía, la antropología, la economía y la lingüística.

De manera que el Derecho implica una manifestación y necesidad social, donde se desarrolla una interrelación permanente entre acontecimientos, relaciones sociales, principios y normas**;** como lo expone Pérez Luño (1997: 41), se trata de "captar el Derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos".

Esa experiencia humana y social está conformada, en primer lugar, por los hechos o eventos, aquellos de orden natural que resultan trascendentes para el sistema jurídico y los ocurridos como consecuencia de los comportamientos humanos y las relaciones sociales. En segundo lugar, por los principios que sustentan esa construcción social, como instrumentos de organización e integración, que se explican como postulados éticos y políticos que la fundamentan y sostienen, *verbigracia* la justicia y el bien común. En tercer lugar, por las normas o preceptos normativos que regulan esos comportamientos y relaciones humanas, considerando dentro de ellas tanto aquellas que tienen un ámbito de aplicación general, como también las decisiones judiciales que tienen efectos entre las partes involucradas en el litigio y, de igual forma, las decisiones que los particulares toman en su ámbito privado, a través del ejercicio de la autonomía privada, generando normas de carácter particular.

Puede colegirse, por tanto, que el Derecho no puede ser reducido a un aspecto fáctico y normativo, existe en él un elemento axiológico, por tratarse de una elaboración social, de una construcción artificial, diseñada por los seres humanos para satisfacer unos fines e intereses específicos de convivencia. De esta manera, "las tres dimensiones o planos del derecho [social, normativa y axiológica] se

---

3 CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana. Autonomía privada en la transnacionalización de capitales. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, pp.21-24.

4 Cfr. HART, H.L.A. El concepto de derecho. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1962.

interfieren e implican entre sí de forma necesaria" (Pérez, 1997: 38). En igual sentido, Llamas Pombo (2009: 20), propone que el Derecho tiene una estructura tridimensional, donde "la realidad jurídica integra un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento y respectiva ciencia), un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica), y un aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia)".

Se considera oportuno plantear en este punto que esa idea del Derecho se desarrolla en varios espacios, que no es exclusiva de un ámbito local, regional y nacional, sino que implica una concepción global o transnacional del Derecho, aceptando, incluso en la actualidad, la intervención de nuevos agentes y nuevas relaciones que se incorporan a ese complejo sistema.[5]

Igualmente, para el conocimiento y aplicación del Derecho es necesario acudir a otras disciplinas, por fuera de la jurídica, como son la sociología, la filosofía, la política, la psicología, la economía, la lingüística. Es importante para el ejercicio del Derecho, y más aún para llevar a cabo una labor académica e investigativa, que el jurista esté desprevenido, abierto y dispuesto a dejarse permear por otras áreas del conocimiento. Para conocer el Derecho, acorde con la construcción compleja que éste implica, es fundamental acudir a espacios por fuera del ámbito estrictamente jurídico, para retornar de nuevo a él.

Así mismo, la labor de interpretación requiere el empleo de la argumentación, como una forma de usar ese lenguaje especializado, el jurídico, para justificar acciones y decisiones que se tomen y además como medio de persuasión en la búsqueda de acuerdos y consensos.[6] El mismo hecho de que el juez no puede abstenerse de tomar decisiones, de cumplir con el deber de resolver, aun frente a casos difíciles, implica que existe una ineludible labor interpretativa, que va mucho más allá de la descripción de hechos y la aplicación de un silogismo lógico, porque dicha toma de decisiones demanda también una tarea de argumentación axiológica.

De esta manera, en el estudio del Derecho, en su método o el cómo hacerlo, existe una gran aproximación entre el sujeto que conoce y el objeto conocido, debido a que dicho sujeto, sus relaciones y comportamientos, constituyen el objeto mismo de estudio de esta disciplina, frente a lo cual es difícil hablar de una total neutralidad, puesto que es parte fundamental del conocimiento jurídico la valoración a

---

5 Considerando el término global o transnacional como la presencia de unos agentes, decisiones y procedimientos que trascienden el ámbito de los Estados nacionales, que se encuentran más allá y por encima de los mismos.

6 Cfr. NINO, Carlos. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

través de la interpretación y la argumentación: "El saber jurídico constituye una actividad valorativa y, aún más, política, porque se trata de una constante toma de decisiones" (Vernengo, 1986: 295).

2. Concepciones y métodos de la dogmática actual del Derecho Privado

I.

Para plantear las concepciones y los métodos de estudio de la dogmática del Derecho Privado, como forma de estudio característica de los iusprivatistas, es necesario tener presente que el mismo está sufriendo significativas transformaciones en el contexto colombiano actual, a partir de la consagración de un Estado Social y Democrático de Derecho, que establece la primacía de los derechos fundamentales y la protección de intereses colectivos; como también en un ámbito de economía de mercado, con la incidencia de nuevos agentes en la configuración y regulación de las relaciones jurídicas particulares, y la pluralidad de fuentes que están presentes en el surgimiento y desarrollo de estas relaciones.

Al respecto, es necesario señalar que las concepciones del Derecho Privado y sus métodos de estudio, deben incluir aspectos como los problemas sociales y económicos contemporáneos, en la consideración de valores e intereses colectivos, como también el principio general de solidaridad social, que debe irradiar la configuración y el ejercicio de las relaciones jurídicas particulares. Así mismo el abordaje del Derecho Privado, hoy día, debe hacerse de conformidad con el contexto de las realidades socioeconómicas, generadas a partir del fenómeno de la globalización económica,[7] con el surgimiento de nuevas fuentes y agentes de regulación, con una fuerte incidencia de aquellas que tienen un origen contractual, transnacional y empresarial, como también con las propuestas que han empezado a surgir sobre la necesidad de descodificación y unificación del Derecho Privado.

---

7 En el presente escrito se concibe la globalización como un proceso complejo, integrado por varias dimensiones, que implica un cambio en las relaciones de poder internacional y la intensificación de las dependencias recíprocas más allá de las fronteras nacionales (Beck, 1998: 77). En este sentido, la globalización envuelve diversos fenómenos, que van desde el desarrollo de nuevas tecnologías y la difusión de la Internet (globalización de las comunicaciones); pasando por el proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, insumos, capitales, producción y consumo (globalización económica); hasta llegar a la adopción de unos patrones culturales originados en unos pocos países y promovidos por todo el planeta (globalización cultural) (Beck, 1998; Giddens, 2000; Estévez, 2006; Gélinas, 2006).

El Derecho Privado debe ser considerado como el derecho de las relaciones jurídicas particulares, que atañen a la persona y al comercio, con la satisfacción de necesidades socioeconómicas y la autorregulación de intereses vinculados con el individuo y con el comercio, fundadas en los principios de libertad, igualdad y dignidad humana, que se expresan a través del postulado de la autonomía privada.[8] Teniendo presente, además, que se trata de relaciones que están ocurriendo en el ámbito de unas nuevas realidades socioeconómicas, con presencia de agentes dominantes, relaciones contractuales asimétricas, con múltiples factores, que transcienden lo estrictamente jurídico, que inciden en su regulación, interpretación y aplicación, con prevalencia de aspectos transnacionales; pero también con una necesidad de tutelar intereses y valores colectivos, de protección del más débil, cuestionando en forma permanente el papel o rol que debe jugar el Estado dentro de una economía de mercado. En este sentido debe tenerse presente lo señalado por Llamas (2009: 102) cuando manifiesta que "éste [refiriéndose al Derecho Privado] debe continuar siendo el derecho o la regulación que preserve los principios inspiradores de la vida en comunidad".

En la Carta Política colombiana de 1991, el principio fundante del Derecho Privado, la autonomía privada,[9] se consagra de manera expresa, a través del reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16); la garantía de ejercer el derecho de asociación (artículo 38); el derecho al ejercicio de la propiedad privada "y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles" (artículo 58) y el reconocimiento a la iniciativa privada y la libertad de empresa (artículo 333).

Al tiempo, la dogmática constitucional establece unos principios que irradian todo el ordenamiento jurídico como son la supremacía de las normas constitucionales, prevista en el artículo 4º; la primacía, protección y respeto de los derechos fundamentales e inalienables de la persona, regulada en el artículo 5º; así como el poder vinculante de la Carta Política frente a todos los poderes públicos y los particulares, previsto en el artículo 6º.

---

8 La dogmática del Derecho Privado debe incluir la regulación (normas y principios) de las relaciones más generales y cotidianas de las personas, consideradas en cuanto tal, como sujetos de derecho (Derecho Civil); como también, lo atinente a las normas y principios que regulan la actividad de los comerciantes, del empresario, en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio y las relaciones jurídicas derivadas de éstos (Derecho Comercial).

9 Se entiende por autonomía privada el reconocimiento a la libertad individual como potestad normativa (de dar origen a normas jurídicas de carácter particular, a través de los negocios jurídicos), poder de autorregulación de las relaciones privadas y principio general del Derecho Privado, que tiene como principales manifestaciones la libertad de contratar (de decidir sí se contrata o no y con quién se contrata) y la libertad contractual (de definir el contenido o la configuración del contrato).

De este modo, el Derecho Privado no puede resultar ajeno a esta regulación constitucional y a los principios que sustentan el Estado Social de Derecho. Así como existe un reconocimiento, desde la Carta Política, al ejercicio de la potestad de autorregulación privada, también ésta encuentra allí sus limitaciones o cortapisas, que trascienden la esfera de los límites tradicionales de no disponer de las leyes imperativas y de actuar dentro del orden público, las buenas costumbres y la moral social laica, para atender en el ejercicio de esos derechos y libertades individuales al respeto de los derechos ajenos y al ordenamiento jurídico (artículo 16), al bien común (artículo 333) y al deber general de toda persona y del ciudadano de respetar los derechos ajenos y de no abusar de los propios (artículo 95), como también la prevalencia del interés general, de las funciones social y ecológica que debe tener la propiedad privada (artículo 58). De manera que**,** "el giro y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre los particulares**,** no puede escapar al respeto y acatamiento de principios constitucionales y derechos fundamentales que nutren todo el ordenamiento jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta" (Largo, 2010).

El desarrollo de las relaciones jurídicas particulares debe estar enmarcado dentro de un orden público, que no se reduce al ámbito político, sino que involucra también el económico y el respeto por los derechos humanos,[10] destacando en este aspecto la influencia del principio de la solidaridad social y la protección del más débil. La consagración de un Estado Social y Democrático de Derecho en nuestra Constitución, exige de la dogmática del Derecho Privado una especial sensibilidad frente a los intereses generales y colectivos, cuya protección ha de ser fundamental para la configuración de toda relación jurídica; esta área del Derecho no puede ser vista simplemente como un ordenamiento de los particulares cuyo centro sea los intereses individuales y opuesto al Derecho Público, a los fines e intereses de toda la comunidad (Llamas, 2009: 114). En el mismo sentido, Calderón Villegas (2010: 18), en lo que ha denominado la constitucionalización del Derecho Privado,[11] se refiere a "la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en las relaciones precontractuales o contractuales que se establecen, por ejemplo, con las aseguradoras o con las entidades bancarias".

En relación con este primer aspecto, es posible concluir con Llamas Pombo, que "la Constitución ya no es sólo la fuente suprema del Derecho Público, sino

10 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

11 El autor se refiere a la constitucionalización del Derecho Privado como un fenómeno de influencia de las cláusulas constitucionales sobre instituciones clásicas del Derecho Privado y sobre las normas que lo definen y desarrollan, incidiendo en su alcance. (Calderón, 2011).

que sirve también como ley fundamental del Derecho Privado, reguladora de relaciones entre particulares, o bien con normas inmediatamente preceptivas o, más frecuentemente, con normas de dirección para la legislación ordinaria" (2009: 121). Es claro, entonces, que existe una necesidad, cada vez más urgente, de discutir y definir el papel que debe desempeñar el Estado, y más aún un Estado Social de Derecho como el nuestro, dentro de un contexto socioeconómico que origina unas tensiones constantes entre el reclamo de protección de los intereses particulares y la iniciativa privada, y la tutela efectiva de intereses sociales y colectivos, con la protección de los derechos de los usuarios o consumidores de bienes y servicios, que posibilite una adecuada intervención del Derecho Privado en la prevención y en la solución de conflictos no sólo de carácter individual o particular, sino también en la realización del interés general.[12]

En este punto resulta pertinente presentar algunas reflexiones sobre otro contexto que no puede ser desatendido, de modo alguno, cuando se estudia la dogmática del Derecho, en general, y del Derecho Privado, en particular; un escenario en el que además se evidencian tensiones con la necesidad, cada vez más urgente, de discutir y definir el papel que debe desempeñar el Estado Nación, a la que se acaba de referir, como también se hacen relevantes las transformaciones, nuevos límites y rupturas en el ejercicio de la autonomía privada, como postulado que fundamenta la configuración y regulación de las relaciones entre los particulares. Se trata del ámbito global o transnacional, que ocasiona un fuerte impacto en el orden mundial, latinoamericano y, por supuesto, colombiano.

Este escenario tiene relación con los efectos producidos por una economía de mercado mundial, con la presencia de agentes que actúan más allá y por encima de los Estados nacionales, como son los organismos multilaterales y supranacionales; las entidades calificadoras de riesgo e inversión; las empresas transnacionales y las agencias privadas, estas últimas financiadas, en la mayoría de los casos, por el sector empresarial, y las cuales generan parámetros y estándares de productividad, competitividad y excelencia global.

En este ámbito se están imponiendo, de forma creciente, las relaciones contractuales asimétricas, la necesidad de alianzas estratégicas para incorporarse y sobrevivir en la economía mundo; la contratación en masa sujeta a condiciones predispuestas en relación con los consumidores; la celebración de contratos "a la medida", que atienden las necesidades e intereses de los grupos económicos, representados por las

12 De suerte que, los intereses de los consumidores no pueden ser observados como intereses de carácter personal o individual: "El interés del consumidor no encaja en el plano exclusivamente individual, este interés tiene una dimensión social y así debe encuadrarse en los ordenamientos jurídicos" (Arrubla, 1996: 84).

empresas transnacionales y el sector financiero, dando lugar al auge y predominio de una negociación atípica, caracterizada por una particular complejidad en el objeto o contenido negocial. Y, finalmente, la pérdida de la concepción primigenia de la buena fe o rectitud en el establecimiento de las relaciones entre los particulares.

La configuración de las relaciones jurídicas privadas, en la actualidad, se caracteriza, entonces, por la uniformidad u homogenización de los negocios, la estandarización de los contenidos contractuales, el aprovechamiento por parte del contratante más fuerte y la presencia de una compleja organización empresarial, de origen transnacional, que tiene una incidencia importante en la celebración y regulación de los negocios, tanto los que se celebran en el orden internacional como en el ámbito nacional, como también en la resolución de sus propios conflictos. Estos fenómenos, como señala Arrubla (1996: 72) no han sido aún considerados por nuestro sistema jurídico tradicional.[13]

Es oportuno para los efectos de la presente reflexión, desarrollar**,** con alguna amplitud, algunas de las características especiales propias de las relaciones jurídicas privadas en su contexto actual, esto es en el ámbito global o transnacional:

- Se está presentando la configuración de acuerdos sujetos a condiciones generales predispuestas por el contratante fuerte, que muchas veces coincide con un agente económico que tiene presencia en el ámbito nacional o, incluso, transnacional, donde la posibilidad de discusión y regulación del contenido de los mismos es mínima o, por lo general, no existe, por lo que la otra parte se limita a la adhesión en bloque a estos contenidos.
- Se trata de una negociación que se ubica en un escenario de asimetría o desigualdad entre las partes. El comercio global viene generando relaciones jurídicas en las cuales uno de los agentes goza de un poder contractual superior, poder que está determinado por diversas causas, no exclusivamente económicas, aunque se reconoce que ésta es una de las más determinantes; también se refleja un desequilibrio por aspectos como el manejo privilegiado y reservado de la información y de los conocimientos especializados.

---

13 Con esta afirmación no se pretende, de modo alguno, desconocer los importantes y valiosos trabajos que los doctrinantes colombianos han realizado en relación con instituciones, principios y categorías del Derecho Privado, que conservan total vigencia, tanto los autores clásicos colombianos, Cfr. PÉREZ VIVES, Alvaro; VÉLEZ, Fernando; VALENCIA ZEA, Arturo. Como también los contemporáneos Cfr. OSPINA ACOSTA, Eduardo; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; VALENCIA RESTREPO, Hernán; HINESTROSA, Fernando; BAENA UPEGUI, Mario; VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, sólo por mencionar a algunos de ellos. Si no más bien, se hace referencia al gran reto que tienen los estudiosos de esta área en la producción académica relacionada con el estudio y la reflexión de los conceptos y categorías jurídicas iusprivatistas a la luz de las nuevas tendencias y del contexto en que se desenvuelve el Derecho colombiano, latinoamericano y global.

- La configuración de negocios jurídicos no sólo entre iguales, en sentido jurídico y material, sino también entre personas individualmente consideradas, se viene perdiendo o reduciendo a su mínima expresión, porque por lo general se trata de relaciones entre personas jurídicas organizacionales, en muchas ocasiones con gran poder económico, o entre el consumidor y la gran empresa, lo que conduce, a corto plazo, a la desaparición del mediano y pequeño mercado. En este sentido, la incidencia que tienen las casas matrices de las grandes empresas transnacionales, con sus equipos de abogados y de agencias privadas, en la fijación de las condiciones generales de negociación y de las prácticas que deben incorporarse a las relaciones contractuales, evidencian que el ejercicio de la autonomía privada se está convirtiendo en un asunto más de colectividades y de grupos de interés organizados, que de individuos aisladamente considerados,

> En términos más generales se puede decir que hoy, por lo general, los contratos no se estipulan entre individuos, sino entre *équipes* de expertos que obran por cuenta de vastas organizaciones colectivas (trusts) y dictan las condiciones a las que deberán uniformarse las empresas adherentes al *trust* en la estipulación de los contratos con los usuarios singulares (Geri y otros, 1995: 615).

- Como una exigencia del mercado global, en orden a ser competitiva, y tener posibilidad de insertarse en el comercio global, para la gran empresa nacional es cada vez más palpable la necesidad de aceptar, frecuentemente, sin considerarlo como algo abusivo, situaciones que generan un desequilibrio, que en ocasiones rayan con la ilegalidad, y que se traducen con regularidad en una fuerte injerencia que se extiende más allá del objeto contractual; como también la obligación de celebrar alianzas o acuerdos estratégicos con los grandes conglomerados transnacionales.
- La predominancia en la contratación contemporánea de los negocios atípicos, y con la misma finalidad el auge del ejercicio de la autonomía negocial para ciertos contratantes, a través de la celebración de contratos a la "carta" o elaborados "a la medida" de las necesidades e intereses de los agentes económicos involucrados, por lo general la gran empresa, donde se presenta, por un lado, una regulación minuciosa y rigurosa de todos los detalles, todos los aspectos del negocio, lo que termina generando textos extensos y complejos, a través de los cuales se pretende garantizar, de manera exhaustiva, la satisfacción de los intereses económicos de las partes o de una de las partes de la relación contractual. En ese sentido el autor Jorge Mosset Iturraspe (1996: 91–92) al referirse a las características de la contratación comercial internacional en el contexto del sistema de economía mundial, valorando la influencia de la "contratación americana", señala que en ésta,

> […] como no hay ley, como fuente de derechos y deberes, no existe una regulación de la parte general, las (sic) contratantes "lo prevén todo" […] Es esa, pensamos, la tendencia fuerte en una "economía de mercado", ajustada al capitalismo americano. Se trata de otorgar a los agentes del mercado la posibilidad de crear un sistema de Derecho objetivo […] los contratos se convierten en "pequeños códigos privados", que quieren preverlo todo, self regulatory agreements.

- Otra característica de la negociación atípica, dentro del contexto de economía mundial sobre el que se viene discurriendo, tiene que ver con la complejidad del objeto o contenido contractual, en orden a realizar en forma fiel los intereses de los empresarios, las necesidades de las áreas técnicas y comerciales de sus organizaciones, que no permiten equiparar el contrato o algunas de sus cláusulas con otro(s) ya regulado(s) por el ordenamiento legal, para aplicar la analogía.
- El ordenamiento jurídico termina cediendo, en ocasiones, a los aspectos de orden fáctico y a las lógicas del mercado, donde además la buena fe contractual, entendida como norma de conducta, de actuación recta, leal y honesta en el desarrollo de las relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la celebración de negocios jurídicos, termina reducida a la sola consideración de que ésta se observa siempre y cuando se asuma un comportamiento que no implique incurrir en una actuación a todas luces ilícita. Por lo tanto, con ese sólo y extremo límite, en una negociación se ajusta al principio de la buena fe cualquier actuación por desbordada y excesiva que parezca, incluso si sobrepasa el objeto contractual o la configuración negocial, a menos que sea abiertamente ilícita o contraria a las leyes imperativas.
- Otro aspecto que es necesario destacar, dentro del contexto que se viene analizando, es el relacionado con la excesiva regulación por parte de agentes privados transnacionales, no sólo de los contenidos contractuales, de los usos y prácticas que en la celebración y ejecución de los negocios deben ser observadas, sino también a través de códigos deónticos de conducta, buenas prácticas empresariales, relación con los clientes, parámetros de calidad, que deben ser cumplidos por las personas que con ellos contratan, y que, además, son extendidos al ámbito de la contratación nacional, con el fin de cumplir con unos estándares de calidad, productividad y eficiencia, que les permita contratar y estar inmersos en la economía mundo.
- Incluso estos agentes con presencia global han empezado a jugar un papel determinante en la regulación de los procedimientos para la resolución de las controversias que se originan, excluyendo la posibilidad para el mediano y pequeño empresario nacional, y más aún para la persona individualmente con-

siderada, usuaria de un bien o de un servicio prestado por la gran empresa, de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, debido a que, por lo general, deben acudir a tribunales de arbitramento, que generan una mayor onerosidad y una carga más gravosa para la parte más débil.

- En tal sentido, Estévez (2006: 127), señala que en respuesta al complejo fenómeno de la globalización se han producido un conjunto de mecanismos normativos y de resolución de conflictos, de origen privado, que buscan la regulación de las transacciones del mercado global. Así también, para Galgano (2005: 67-70), en términos generales, los usos del comercio internacional están siendo "asumidos como verdaderos y adecuados usos normativos, verdaderas y adecuadas fuentes de derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, sino supranacional", considerando como fuentes de esa regulación, propia de los operadores económicos, los modelos contractuales creados por ciertas agencias privadas y por las empresas transnacionales, en los cuales se fijan las condiciones generales de contratación**,** las costumbres del comercio internacional y las decisiones de los árbitros internacionales.
- En concordancia con lo anterior, se comienza a hablar del surgimiento de un Derecho de tipo corporativo originado al interior de las compañías transnacionales, que atienda a las necesidades de éstas, a través de normas sustantivas y procedimentales (Cadena, 2004: 147). Toda una regulación que se refleja en los contratos modelo o tipo sujetos a condiciones generales de contratación, implementados por dichas empresas, como también en la disposición de algunos usos y prácticas que se incorporan a la celebración de los contratos y a su ejecución, y a la intervención de árbitros internacionales a los cuales se acude, como regla, para dirimir las diferencias que en ambientes de una economía de mercado global se presentan.

En relación con todo este panorama de la economía y el derecho transnacional, se reitera los grandes retos a los que se enfrenta el Estado contemporáneo, en la medida que debe buscar equilibrar la posición jurídica de los particulares en su actividad negocial (el interés particular que prima desde los postulados neoliberales que rigen la economía de mercado), y la tutela efectiva, no sólo de los derechos fundamentales, sino también de los bienes e intereses colectivos, atendiendo a la supremacía del interés general sobre el particular consagrada en la Carta Política.

Surge de nuevo la eterna discusión sobre cuál es el papel que debe cumplir el Estado; cómo hacer para conciliar ambos intereses sin caer en la extrema regulación y restricción de las libertades individuales, pero tampoco en una intervención de emergencia, una vez se generan las crisis ocasionadas por las actuaciones ilimitadas de los agentes privados, teniendo presente, además, que el ejercicio de la autono-

mía privada en el contexto de la economía transnacional no puede desconocer el principio de primacía del interés general sobre el particular, ni afectar la vigencia del Estado Social y Constitucional de Derecho.

II.

En cuanto a los métodos para la regulación, comprensión y aplicación de la dogmática del Derecho Privado, es importante señalar que éstos no pueden estar basados, en forma exclusiva, en un derecho codificado, ni en fuentes de derecho interno, como también la necesidad de tomar en cuenta valores, principios y conceptos en su construcción.

De conformidad con lo desarrollado hasta el momento, es posible afirmar que el Derecho Privado no puede verse reducido a un Derecho codificado. A partir de la necesidad de apreciar intereses colectivos y de velar por el principio de la solidaridad social, deben estar presentes otras fuentes normativas como la Constitución Política, los principios y valores colectivos. Asimismo, es necesario que esta área del Derecho asuma el estudio y la comprensión de algunos contenidos como son los derechos de la personalidad, las formas especiales de la propiedad, la protección a los consumidores y usuarios, la tutela privada del medio ambiente (Llamas, 2009: 99), el papel de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el rol de agentes transnacionales en la regulación de esta rama, las tendencias de unificación y descodificación del Derecho Privado, de acuerdo con el contexto y las circunstancias socioculturales que se presentan. Resultando necesario establecer "el modo en que las nuevas circunstancias socioeconómicas e ideológicas afectan la vieja rama" (100).

Ahora bien, en el estudio del Derecho Privado contemporáneo debe aceptarse la presencia de nuevos agentes en la producción de fuentes de regulación, como también la pluralidad de aspectos que están interviniendo al momento de configurar las relaciones jurídicas privadas.

A este respecto, se ha venido incrementando la posibilidad de incidir y determinar el contenido de las normas jurídicas por parte de los representantes de grupos de interés afectados, limitando ostensiblemente la producción democrática de las normas, que atraviesan filtros de discusión y decisión colectivas de las personas en cuanto ciudadanos. El primer caso es lo que Estévez (2006: 104) denomina "procedimentalización" privatizadora del derecho, con el poder que están adquiriendo ciertos agentes, de forma especial las grandes empresas, a la hora de determinar el contenido de las normas jurídicas, sin pasar por los filtros democráticos tradicionales. El segundo evento, corresponde a la "procedimentalización" democratizadora

que resulta seriamente afectada con la intervención creciente de estos agentes particulares con presencia transnacional.[14]

Este fenómeno está abriendo paso a una privatización de la producción jurídica, que conduce a todo un replanteamiento no sólo del papel del Estado, de su soberanía, sino también del ejercicio de la libertad negocial, con el poder que están asumiendo ciertos agentes en la determinación del contenido de los negocios jurídicos, en la alteración de la estructura misma de esas relaciones contractuales y en los diversos aspectos que influyen en la celebración de éstas, que conlleva a todo un cuestionamiento sobre el ejercicio de la autonomía privada, al reconocer un mayor poder normativo a los particulares, específicamente para los agentes que dominan el sistema, de modo que, los procesos de privatización y desregulación generados por la globalización de la economía

> Se traducen en una mayor fuerza reguladora reconocida a la "autonomía privada" (negrilla fuera de texto), desembarazada de muchos de los límites que una economía prescindente o un Derecho invasor habían venido creando. Es mucho menor "lo creado" por el legislador y mayor lo reconocido como ámbito exclusivo de los particulares (Mosset, 1996: 18).

En igual sentido, Galgano (2005: 111) considera que a la autonomía privada, a través de la celebración de negocios jurídicos, se le abren unas puertas antes insospechadas, al señalar que, "el contrato era, en su concepción clásica, el instrumento para componer intereses privados. Hoy el contrato entre particulares toma el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social".

Es necesario advertir que en la actualidad están interviniendo una diversidad de factores que determinan la configuración negocial, haciendo complejo el ejercicio de la potestad de autorregulación privada. Tomando como referente a Boaventura de Sousa Santos (2002) con la teoría de la pluralidad de campos sociojurídicos, en el contexto de la globalización económica se presenta el desarrollo de acciones sociojurídicas en tres espacios, el local, el nacional y el transnacional. De esta forma, al momento de configurar relaciones contractuales, y mucho más con la presencia de actores transnacionales que dominan la economía de mercado global, se deben reconocer aspectos que trascienden el ámbito jurídico; las decisiones de agentes exógenos como los gremios, las organizaciones supraestatales, entidades multilaterales, empresas transnacionales e instituciones financieras internaciona-

14 Sostiene este autor que la procedimentalización que se ha dado con mayor intensidad, en el escenario de la globalización económica, ha sido la privatizadora, a partir de la actuación de organismos como la Cámara de Comercio Internacional, de agencias privadas financiadas por el sector empresarial y, por supuesto, de las empresas transnacionales (Estévez, 2006).

les; como también, las dinámicas del sistema económico, donde las relaciones contractuales pueden obedecer cada vez más a las lógicas de los mercados que a la intencionalidad de los sujetos.

En consecuencia, y retomando a Sousa (91), en este contexto se cuenta con la presencia de "una nueva forma de pluralidad de órdenes jurídicos: campos jurídicos constituidos por lógicas de regulación relativamente desconectados y altamente discrepantes, que coexisten en el mismo sistema jurídico estatal". Están confluyendo, en una misma unidad de acción político jurídica, una diversidad de factores que implican una transformación en la configuración y ejecución de las relaciones jurídicas entre particulares, presentándose una pluralidad de campos sociojurídicos, puesto que no se puede atender exclusivamente a asuntos jurídicos, sino también a aspectos de orden fáctico que trascienden las normas tradicionales y la misma intención de las partes.

Con lo dicho, la realidad del comercio global está desbordando la normativa existente, el Derecho está quedando corto ante las necesidades y las lógicas del mercado transnacional, donde se empieza a observar el predominio de unos criterios uniformes, que no están consagrados en norma alguna pero que son incorporados a las negociaciones; como también, la creación de una normativa y unas reglas, que tienen origen en las empresas transnacionales y en las agencias privadas, a través de las condiciones generales de contratación, los estándares contractuales, los usos y las prácticas que se van incorporando a todas las relaciones contractuales, incluso a aquellas que tienen origen y regulación en el derecho interno. Donde, además, se vienen impulsando ideas de descodificación y unificación del Derecho Privado, para atender las necesidades del mercado global.[15]

Se puede afirmar, entonces, en relación con las formas de acercarse al conocimiento, comprensión, interpretación y aplicación de la dogmática del Derecho Privado, que no basta con acudir a las normas jurídicas tradicionales, de un derecho codificado, sino también a unos principios, unos valores y la misma normativa constitucional. Al tiempo que se requiere realizar una lectura crítica de las realidades y las circunstancias que están teniendo lugar en unos contextos nacionales y globales, que ponen en juego a otros actores y nuevas dinámicas en la regulación de las relaciones jurídicas privadas, que no necesariamente son el producto de una creación democrática.

Lo anterior, implica el empleo de unas metodologías complejas, integradoras y de carácter plural, en el estudio y en los procesos de enseñanza-aprendizaje de la

15 La descodificación corresponde a una idea de obsolescencia de la regulación realizada mediante los códigos, dando paso al surgimiento de un derecho supranacional. A su vez, la unificación corresponde a un proceso mediante el cual se reemplazan las leyes nacionales por otras comunes a varios países. (Alterini, 2011: 148).

dogmática del Derecho Privado, que involucren la comprensión de los contextos en que se está ejerciendo el derecho con una multiplicidad y complejidad de realidades sociales, políticas, económicas, históricas y culturales que tienen lugar en Colombia y en el mundo.

Por una parte, un escenario con la presencia de los grandes conglomerados empresariales, que incorporan en la negociación interna una serie de prácticas, usos y parámetros que se emplean en la contratación comercial internacional con las corporaciones transnacionales, promoviendo, al tiempo, una estandarización y homogeneización en la negociación, celebración y ejecución de los negocios jurídicos internos. Como también la necesidad, cada vez más creciente, que tienen las empresas nacionales de celebrar acuerdos o alianzas estratégicas con estas compañías globales, con el fin de insertarse a la economía mundial, con el ánimo de ser competitivos, productivos y, finalmente, alcanzar los estándares de excelencia global.

Por otra parte, la urgencia de continuar estudiando las categorías, conceptos y principios de la dogmática del Derecho Privado, en el contexto de un país integrado por un alto porcentaje de personas desposeídas y desarraigadas, en situación de alta vulnerabilidad, lo que demanda la protección de los derechos de los más débiles, como consecuencia de un sistema social, político y económico que ha posibilitado la concentración de la riqueza, la violencia generalizada durante muchas décadas y la incesante lucha por el poder.

Se requiere de la presencia de un Derecho vivo y social, que atienda, entre otras, las problemáticas relacionadas con la restitución de tierras en los procesos de reparación a las víctimas del conflicto armado interno; la protección de los pequeños y medianos productores, también sometidos a la estandarización y cumplimiento de parámetros globales, en los procesos de contratación y ejecución de los negocios; la defensa del consumidor y de la persona aisladamente considerada, en sus relaciones contractuales con los grandes conglomerados empresariales, sin posibilidad de discutir y negociar, con una contratación en masa y de adhesión a unas condiciones generales de contratación; como también la reflexión permanente sobre otras prácticas sociales, que se ubican por fuera del derecho, que procuran así mismo la satisfacción de las necesidades socioeconómicas y la autorregulación de intereses.

De esta forma, se hace indispensable que en la enseñanza-aprendizaje del Derecho Privado, se empleen unas metodologías que partan de las lecturas de los diversos contextos y la importancia de acudir a otras disciplinas sociales para comprender los diferentes fenómenos que están aconteciendo, con la pluralidad de campos sociojurídicos (Sousa, 2002) determinados por múltiples factores, no reducidos a lo jurídico, sino también influenciados por el sistema político, social, económico, histórico y cultural del país, que empiezan a estar altamente permeados, de igual for-

ma, por un factor transnacional o global. Lo que conduce a una lucha constante por decidir qué es el derecho y quiénes dan ese derecho, en esos diferentes escenarios.

Para concluir, es posible advertir que más que hablar de una crisis del Derecho Privado lo que se está viviendo es una serie de transformaciones del mismo en el contexto político, económico y social contemporáneo, que conducen a un cuestionamiento constante sobre su verdadero papel, sus dinámicas, las formas de regular, conocer y aplicar el mismo, en un escenario de tensiones permanentes entre el interés general y el particular, entre el campo jurídico nacional y el transnacional. Donde el jurista y el estudioso de esta disciplina tienen un gran reto, en el sentido de conciliar dichas tensiones y procurar encontrar, de ser posible, el equilibrio entre la protección a la iniciativa privada y el amparo del interés general.

Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal. Treinta estudios de Derecho Privado. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Temis, 2011, pp. 75-96, 148-202.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Las transformaciones en la contratación y la Constitución de 1991. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.P.B), Medellín. N° 097, (Dic. 1996): pp. 55-112.

BECK, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998, pp. 25 – 33, 45 – 98.

CADENA AFANADOR, Walter René. La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2004, pp. 67 – 148.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2011, pp. 5-36.

CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana. Autonomía privada en la transnacionalización de capitales. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, 192 p.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, 159 p.

GALGANO, Francesco. La globalización en el espejo del derecho. ROITMAN, Horacio y DE LA COLINA, María (Trad.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal– Culzoni, 2005, pp. 13 – 85, 105 – 126, 169 – 209.

GÉLINAS, Jacques B. El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas. PARRA, Jorge (Trad.). Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2006, pp. 23 – 107, 127 - 151.

GERI, Lina; BRECCIA; Umberto; et. al. Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos. HINESTROSA, Fernando (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 608 – 671.

GIDDENS, Anthony.Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Cifuentes, Pedro (Trad.), Madrid: Taurus, 2001, 117 p.

HART, H.L.A. El concepto de derecho. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1962, 332 p.

LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre los principios de la autonomía privada y la buena fe en la contratación privada contemporánea. Medellín: Informe final del trabajo de Maestría en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, Universidad de Antioquia (en proceso de publicación).

LOS MOZOS, José Luis de. Derecho Civil, método, sistemas y categorías jurídicas. España: Civitas S.A., 1988, pp. 15-39, 129-145.

LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Segunda Edición. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, 215 p.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Como contratar en una economía de mercado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 18 – 27, 75 – 123.

NINO, Carlos. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, 1994, 199 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio – Enrique. Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia judicial. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 19 – 45.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Rodríguez, César (Trad.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 37 - 115.

VERNENGO, Roberto. *Ciencia Jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?* En: Revista Doxa, No. 3, 1986, pp. 289–295. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_18.pdf [consultada por última vez el 21 de septiembre de 2011].