

Sentencia No. C-486/93

TRANSITO CONSTITUCIONAL

La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal, hacía imperativa la derogatoria de la Carta vigente hasta entonces, como lo ordena el artículo 380 de la CP, amén de que ello se sujetaba al arbitrio del Constituyente. Otra cosa acontece con la legislación preconstitucional, la que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional.

TRANSITO CONSTITUCIONAL/CODIGO-Expedición

La Corte Constitucional ha señalado, en relación con el examen de inconstitucionalidad de Decretos-leyes expedidos con base en leyes de facultades extraordinarias conferidas bajo la anterior normatividad constitucional, que éste se adelanta en dos fases. Una se ocupa de la competencia y, la otra, recae sobre el contenido material de la norma acusada. No puede exigirse al legislador se someta a reglas que, como la prohibición de la concesión de facultades para expedir códigos, eran inexistentes para la época del otorgamiento y del ejercicio de las facultades extraordinarias.

COSTUMBRE/JUEZ-Interpretación

La costumbre puede fungir como fuente material o cognitiva de la actividad que despliega el legislador al hacer las leyes como del juez al dictar sus providencias. Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.

LEY-Alcance

El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada – la “ley” captada en su acepción puramente formal – sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” y “orden jurídico.

COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO

La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. La costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico.

ESTADO DE DERECHO/PRINCIPIO DE AUTONOMIA FUNCIONAL DEL JUEZ

El estado de derecho no se concibe si la función judicial no se ejerce de manera independiente y si las normas que componen el ordenamiento dejan de vincular a los órganos que las ponen en vigencia. La aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba asimismo el estado de derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento – desligado de toda injerencia de los demás poderes – para definir la causa si lo que se quiere es que el estado de derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente.

DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA

El derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica a que se refiere el artículo 14 de la Carta Fundamental es un derecho exclusivo de la persona natural; y el Estado, a través del ordenamiento jurídico, tan sólo se limita a su reconocimiento sin determinar exigencias para su ejercicio, y ésta es una de las constituciones políticas donde

la inmensa mayoría de los derechos se otorgan sin referencia a la nacionalidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”

REF: Demanda N° D-244

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio

Costumbre mercantil y sociedades unipersonales

Magistrado Ponente:

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y tres (1993)

Aprobado Por Acta N° 65

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso ordinario de constitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 98 a 514 del Código de Comercio.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

El tenor literal de la Ley 04 de 1989 es el siguiente:

LEY 04 DE 1989

(enero 4)

por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar los artículos 981 a 1035 y 1117 a 1126 del Código de Comercio

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º Revístese al Presidente de la República de Colombia de facultades extraordinarias, por el término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley para modificar el Título IV del libro IV sobre las normas “del Contrato de Transporte”, artículos 981 a 1035 y la Sección III del Capítulo II, Título V del Libro IV en lo relacionado con “El Seguro de Transporte”, artículos 1117 a 1126 del Código de Comercio, teniendo en cuenta las siguientes orientaciones:

1. Determinar un tratamiento igualitario al transporte automotor de carga en relación con los demás modos de transporte, el cual comprenderá los siguientes aspectos:

a) Una adecuada responsabilidad de las partes contratantes estableciendo un límite a la misma, imponiendo el señalamiento de tales límites en el tiempo, la cuantía y la precisión de circunstancias eximentes, tales como la fuerza mayor y el caso fortuito;

b) Establecer el monto de la obligación por la cual debe responder el transportador en el evento del siniestro de la cosa transportada, para evitar el concepto de responsabilidad incierta e ilimitada;

c) La responsabilidad de los terceros frente al desarrollo del contrato de transporte;

d) En lo que respecta al transporte de pasajeros, establecer un régimen que delimite con precisión la responsabilidad emanada de esta modalidad de transporte, cuya finalidad principal sea proteger al usuario de los riesgos a que está expuesto;

e) Establecer causas de exoneración de la responsabilidad.

2. Armonizar las normas del Código de Comercio con las del Código de Procedimiento Civil en el aspecto relacionado con el derecho de retención, dándole dinamismo y cumplimiento.

3. Reformar la reglamentación del seguro, delimitando las condiciones y requisitos de éste, para adecuarlo a los nuevos presupuestos que regirá al contrato de transporte.

Artículo 2º Para asesorar al gobierno en el estudio de que trata la presente Ley, intégrase una Comisión constituida por:

1. 3 Representantes y 2 Senadores, designados por las Mesas Directivas de la Comisión Primera Constitucional Permanente respectiva.

2. El Ministro de Obras Públicas.

3. El Director General del Intra.

4. Un delegado del gremio de transportes terrestres designado por el señor Presidente de la República.

Artículo 3º La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación”.

El tenor literal de los artículos 3 a 9 del Código de Comercio es el siguiente:

DECRETO-LEY 410 DE 1971

TITULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES GENERALES

...

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

Artículo 4º Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

Artículo 5º Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.

Artículo 6º La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3º; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.

Artículo 7º Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

Artículo 8º La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto, del de una nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la Cámara de Comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial.

Artículo 9º La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la respectiva costumbre.

(Los artículos 98 a 514 del Código de Comercio, dada su extensión, no se transcriben)

II. ANTECEDENTES

1. El Código de Comercio, Decreto ley 410 de 1971, fue expedido con base en las facultades extraordinarias concedidas en la Ley 16 de 1968.

En su título preliminar, sobre disposiciones varias, otorga a la costumbre mercantil fuerza de

ley, siempre que no contraríe a la ley comercial ni expresa ni tácitamente, y que los hechos constitutivos de la misma tengan la calidad de públicos, uniformes y reiterados en el lugar en que deban cumplirse las prestaciones o donde haya nacido la obligación. Las demás normas que se ocupan del tema, indican su función auxiliar de interpretación y la forma en que se debe probar la costumbre nacional, extranjera e internacional.

Por su parte, el libro segundo del mismo código, está dedicado a la reglamentación de las formas societarias. El artículo 98 define el contrato de sociedad como aquél por el cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, trabajo u otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. Los demás capítulos de este libro regulan la forma de su constitución, los aportes, las utilidades, su transformación y fusión, sus órganos directivos y ejecutivos, los controles y órganos de inspección y vigilancia, la disolución y liquidación y las diversas formas societarias, que en nuestro país coinciden con cuatro tipos: la sociedad colectiva, la comanditaria – y sus especies de sociedad en comandita simple o por acciones –, la de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. Por último reconoce determinados efectos a la sociedad de hecho.

2. La Ley 04 de 1989, expedida el 4 de enero, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código de Comercio en relación con el contrato de transporte y el contrato de seguro de transporte, en aspectos tales como el tratamiento igualitario a las diversas modalidades de transporte, la responsabilidad de las partes en el transporte de carga y sus límites en el tiempo, la cuantía y las circunstancias eximentes; el monto de la obligación del transportador en caso de siniestro de la cosa transportada y la responsabilidad de tercero (art. 1-1, ordinales a, b y c). En el contrato de transporte de pasajeros, se propone la determinación de la responsabilidad del transportador encaminada a proteger los riesgos de los usuarios y las causales de exoneración (art. 1-1, ordinales d y e). De igual forma se conceden facultades para armonizar las normas del Código de Comercio con las del Código de Procedimiento Civil en relación con el derecho de retención que se reconoce al transportador, para dotarlo de dinamismo y cumplimiento (art 1-2). Por último se autoriza a reformar la regulación del contrato de seguro de transporte para adecuarlo a los nuevos parámetros del contrato de transporte (art. 1-3). Para efectos del ejercicio de las facultades, el Congreso ordena la conformación de una Comisión, integrada por miembros del Congreso, el Ministro del ramo, el Director del Instituto Nacional de Transporte y un

delegado del gremio de transportadores terrestres, designado por el Presidente de la República (art. 2). El término concedido para el ejercicio de estas atribuciones se fija en un año, contado a partir de la publicación de la Ley.

CARGOS Y DEFENSAS:

3. Los ciudadanos Alfonso Rodríguez Pizarro y José Ruiz López formularon diversos cargos contra las normas del Código de Comercio reseñadas. Dentro del término de fijación en lista de las normas acusadas se recibieron, según informe de Secretaría General, dos escritos en los que se defiende la constitucionalidad de dichas disposiciones. Uno de ellos fue presentado por la Dra. Margarita Rosa Hernández Valderrama, en calidad de apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico. El segundo, fue remitido por el Dr. Raúl Alejandro Ciales Martínez, obrando como apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho. Por razones de metodología, los diferentes cargos y las correspondientes defensas, se presentan agrupados de acuerdo con el concepto respectivo de la violación alegada.

Derogatoria del Código de Comercio:

– Los demandantes solicitan a esta Corte la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 410 de 1971, en su integridad, pues, en su concepto ha dejado de regir “por abrogación del constituyente”. El fundamento de su cargo consiste en el hecho de que la expedición de una nueva Constitución, que expresamente declara derogada la anterior, “deja en el pasado lo pasado y sin vigencia lo transcurrido en ese período y se inicia una nueva era constitucional, ...”. La derogatoria de la Constitución de 1886, dispuesta en los artículos 380 y 59 transitorio de la CP de 1991, equivale a la derogatoria de “la legislación a que ésta se subordinaba”, como es el caso del Código de Comercio, en aplicación del principio según el cual, lo accesorio sigue la suerte de la principal. En este orden de ideas, concluyen, lo procedente es la expedición de un nuevo Código de Comercio.

– La apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico sostiene que la entrada en vigor de una nueva Constitución, aunque conlleva la derogatoria de las normas que le sean contrarias, no llega al extremo de derogar todas las disposiciones anteriores. Una interpretación en tal sentido, advierte, dejaría “sin piso jurídico al Estado colombiano”. Apoya su afirmación en una cita de la sentencia C-014/1993 de la Corte Constitucional, en la que se niega el pretendido efecto de derogatoria en bloque del ordenamiento jurídico preconstitucional.

- El Dr. Raúl Alejandro Ciales se expresa en idéntico sentido. Cita en apoyo de su aserto la sentencia N° 85 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Pedro Escobar Trujillo, en donde se reconoce el efecto retrospectivo del nuevo ordenamiento constitucional, aunque se inadmite la tesis extrema de la derogatoria en bloque del ordenamiento inferior, según interpretación del art. 9 de la Ley 153 de 1887.

Concesión de facultades extraordinarias:

- En opinión de los actores, la Ley 04 de 1989, que concedió facultades al Presidente de la República para reformar el Código de Comercio, se torna igualmente inconstitucional, toda vez que contradice lo dispuesto en el art. 150-10 de la CP, que prohíbe expresamente la delegación de facultades extraordinarias para la expedición de códigos.

- El Dr. Ciales Martínez, para contradecir este cargo, se remite a lo expresado en varias sentencias, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, en las que se precisa que, el examen del ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República debe realizarse bajo las reglas constitucionales de competencia vigentes en el momento de su expedición. Indica que, en todo caso, la expedición del Código de Comercio se sujetó a las normas vigentes en dicho momento.

La costumbre mercantil:

- La costumbre mercantil, elevada por el Código a rango legal, también fue derogada con ocasión de la expedición de la CP de 1991, por virtud de su artículo 230, argumentan los demandantes. Esta norma señala a los jueces su sometimiento al imperio de la ley, y les permite acudir a los criterios auxiliares de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, en su función de administrar justicia. Consideran que la no inclusión de la costumbre mercantil como uno de aquellos criterios, equivale a su desconocimiento por parte de la Constitución, con lo que implica que los jueces están impedidos para utilizarla como fuente de derecho.

- La Dra. Hernández Valderrama indica que el derecho mercantil, por la naturaleza cambiante de las relaciones que regula, debe contar con mecanismos ágiles que le permitan responder eficazmente a la realidad económica. La costumbre, como una de las fuentes con que cuenta el derecho comercial, permite al derecho acomodarse a los hechos y a su

evolución.

Señala que el art. 228 de la CP establece la primacía del derecho sustancial en la administración de justicia. Conforme al art. 13 de la Ley 157 de 1887, la costumbre forma parte de ese derecho sustancial que la Carta protege, pues constituye derecho a falta de legislación positiva. Además, agrega, el art. 230 de la CP al referir la fundamentación de los fallos de los jueces al imperio de la ley, alude a ésta en un sentido material y no formal, donde la ley “no es solamente la emanada del legislador sino todo aquéllo que constituye derecho positivo por tener fuerza vinculante”. Por consiguiente, señala que la costumbre hace parte de la ley en sentido material, con lo que “no es dable entender que dicho artículo pretenda derogar las normas del Código de Comercio sobre costumbre y proscribir su aplicación como fuente de derecho”. Cita además, en apoyo de su afirmación, la sentencia de la Corte Constitucional del 11 de marzo de 1993, en la que se interpreta el artículo 230 de la CP, y se señala que dicha disposición no ha operado un cambio en materia de fuentes formales del derecho, pues subsisten las fuentes principales – la ley en sentido material -, y las auxiliares.

Adicionalmente, indica, la costumbre no es ajena a la Constitución, que reconoce, por ejemplo en materia indígena, el valor de los usos y costumbres. Concluye su exposición señalando características de la costumbre que, en su opinión, resultan conformes al ordenamiento constitucional:

“- Al acudir a la costumbre el juez aplica la ley que se remite a aquélla.

“- La costumbre y los demás instrumentos de integración del derecho son mecanismos necesarios para hacer posible un orden justo y permitir el acceso a la justicia.

“- La aplicación de la costumbre corresponde a los principios que inspiran la democracia participativa.

“- Al reconocer el valor de la costumbre se asegura el respeto de la buena fe”.

- El apoderado del Ministerio de Justicia advierte, por su parte, que las costumbres, incluso las mercantiles, hacen parte de nuestras creencias y cultura y como tal están protegidas por la Constitución (art. 2º), lo que desvirtúa las pretensiones de los demandantes.

En su opinión, no es correcto afirmar que los jueces no pueden aplicar la costumbre para resolver conflictos comerciales. La ley, sostiene, autoriza su uso según determinadas reglas, lo cual de suyo es necesario por no poder el legislador prever o regular todas las situaciones empíricas posibles generadas en la evolución social, siendo la costumbre la llamada a llenar los vacíos que se puedan presentar. En consecuencia, el art. 230 no prohíbe su uso, pues la misma ley lo autoriza, con lo que el juez, al aplicarla, se somete al imperio de la ley. La costumbre, agrega, “se convierte en un instrumento de hecho utilizado por el legislador para integrar o complementar el contenido de la ley escrita, para que el juez no deje sin solución ningún asunto sometido a su estudio, pues su deber primordial en todo conflicto de intereses es restablecer el equilibrio jurídico, garantizando real y efectivamente el principio constitucional consagrado en el artículo 229 del acceso a la administración de justicia”.

Al igual que la apoderada del Ministerio de Desarrollo Económico explica que tanto la costumbre como las estipulaciones contractuales hacen parte de la democracia participativa que, de conformidad con el artículo 2º de la Carta, es un fin esencial del Estado, lo que asegura, además, el respeto al principio de la buena fe.

Las sociedades:

- Los demandantes acusan de inconstitucional en su integridad el Libro Segundo del Código de Comercio, relativo a las sociedades, por contravenir los arts. 14, 38, 84 y 333 de la CP. Señalan que el derecho fundamental que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14 CP), posibilita la existencia de sociedades unipersonales, desconocidas por el Código, el cual sólo autoriza la creación de sociedades en que intervengan dos o más personas. Con ello se violan igualmente los artículos 38 y 333 de la CP, pues la prohibición para la creación de sociedades unipersonales, “coarta la actividad económica del país, por cuanto limita al individuo en su forma de asociación”. Además se vulnera el art. 84 de la CP, porque se exigen permisos y requisitos previos para el ejercicio de la actividad económica no previstos en la Carta, y sin que haya disposición legal vigente que los regule.

- Por su parte, el Dr. Ciales estima que el verdadero alcance del artículo 14 de la CP puede encontrarse en el informe-ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual cita en la parte pertinente. El apoderado llega, en virtud de lo anterior,

a idéntica conclusión que la Dra. Hernández, en el sentido de advertir que el propósito de la consagración de este derecho es el de proteger a la persona humana, y proscribir así instituciones como la muerte civil.

En relación con los entes colectivos señala que éstos, para poder gozar de personalidad jurídica, “deben lograr determinados fines colectivos diferentes de los fines de los miembros que los forman o gobiernan”. La realización de determinados fines obliga al hombre a actuar colectivamente. Es por ello que la Carta Política menciona varios tipos de personas: naturales, jurídicas – de derecho privado y derecho público -, exigiendo para las segundas tan sólo el requisito del acta de constitución para la obtención del reconocimiento jurídico, hecha la excepción de los sindicatos y asociaciones de trabajadores o empleadores, como lo dispone el artículo 84 de la CP.

La libertad económica que consagra la Constitución, advierte la defensa, está sujeta a los límites del bien común y, en consecuencia, puede la ley exigir permisos previos al igual que otros requisitos para su ejercicio. Las normas acusadas guardan perfecta armonía con lo anterior, pues se limitan a reglamentar la actividad de los comerciantes en beneficio de toda la sociedad.

4. El Señor Procurador solicita a esta Corte declarar exequible el Decreto 410 de 1971, la Ley 4ª de 1989 y los artículos 3º a 9º, y 98 a 514 del Código de Comercio.

En relación con el cargo de derogatoria en bloque de la legislación preconstitucional – en este caso del Código de Comercio -, el Señor Procurador advierte que, con ocasión del tránsito constitucional, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han prohijado la tesis según la cual, en principio, la nueva Constitución no ha derogado la legislación preexistente. En materia de facultades extraordinarias tampoco el cambio de normatividad genera un vicio de inconstitucionalidad formal, cuando su ejercicio se ha realizado conforme al ordenamiento vigente en ese momento, pues, citando la sentencia N° 87 de la Corte Suprema de Justicia, “... mal podrían enervarse los efectos de lo que en su oportunidad estuvo correctamente ejercido desde el punto de vista de la competencia, por el sólo hecho de que en un momento ulterior se produjere un cambio normativo, pues ello equivaldría a asignarle efectos retroactivos al nuevo ordenamiento respecto de actos cuya emisión dentro del término y con los demás requisitos exigidos por el antiguo, ya se habría consumado o

agotado el ejercicio de la competencia correspondiente”. Por lo anterior, el concepto fiscal considera que los cargos contra el Decreto 410 de 1971 y la Ley 4ª de 1989, no deben prosperar.

En opinión del Ministerio Público, “la costumbre es ley con plena eficacia jurídica, siempre que reúna los requisitos establecidos para su validez, y en consecuencia no es una fuente de derecho incompatible con el artículo 230 constitucional”, en cuanto que es ley vinculante para los jueces dentro de sus providencias.

A renglón seguido procede a señalar los elementos que le dan eficacia jurídica dentro de la normatividad colombiana, en virtud de los artículos 13 de la Ley 153 de 1887 y 3º del Código de Comercio:

“a. Generalidad.

“b. Que sea conforme a un mínimo ético de convivencia.

“c. Que no sea contraria, expresa o tácitamente, a la ley mercantil.

“d. Que los hechos constitutivos de la costumbre, sean públicos, reiterados y uniformes.

“e. Que rijan en el lugar donde deben cumplirse las prestaciones pactadas o donde surjan las relaciones que deben regularse por ella, y

“f. Que esté debidamente probada”.

Indica a continuación, las tres funciones que desempeña la costumbre: interpretativa (art. 5º, C. de Co.), integradora – cuando la ley le otorga el carácter de norma obligatoria -, y una función supletoria en casos no contemplados por la ley escrita (art. 3º, C. de Co.), que le confiere prelación frente a las normas dispositivas y supletivas de la ley civil. Lo anterior le permite afirmar que la costumbre está prevista en el artículo 230 de la CP en su carácter de ley, vinculante para los jueces, razón por la cual solicita no se acojan los cargos de la demanda contra los artículos 3 a 9 del Código de Comercio.

En lo que hace al tema de la personalidad jurídica, el Procurador advierte que el artículo 14 de la CP y el Libro Segundo del Código de Comercio regulan temas diversos. Señala que el

derecho consagrado en el artículo 14 de la Carta busca reconocer a todas las personas naturales su personalidad jurídica, y en su opinión, resulta un desarrollo del principio de la igualdad, pretendiendo evitar el caso de la antigua Roma, “en donde las personas eran consideradas hombres libres, mientras que los esclavos, objetos”. Por el contrario, el reconocimiento de la personalidad jurídica a las colectividades de personas es un desarrollo del artículo 38 de la Constitución, como instrumento que permite a las personas desarrollar actividades que, por su naturaleza, se facilitan en forma asociada. Concluye su concepto solicitando la declaratoria de exequibilidad del Libro II del Código de Comercio, dado que no se configura ninguna “incompatibilidad entre las disposiciones que lo conforman y el Estatuto Supremo, en lo atinente a la personalidad jurídica”.

III. FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Corporación es competente para decidir en forma definitiva sobre el asunto planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-4 y 5 de la CP. En efecto, las normas demandadas son el Decreto ley 410 de 1971 en su integridad, expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas mediante Ley 16 de 1968; la Ley 04 de 1989, expedida por el Congreso de la República, y por medio de la cual se conceden facultades extraordinarias para modificar el Código de Comercio, y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Decreto ley 410 de 1971.

Derogatoria del Código de Comercio

2. Los demandantes sostienen que la cláusula derogatoria dispuesta en los artículos 380 y 59 transitorio de la Constitución Política de 1991, acarrea la pérdida de vigencia de toda la legislación dictada al amparo del anterior ordenamiento superior. Según este razonamiento, el tránsito constitucional operado por la expedición de una nueva Carta Política, que expresamente ordena la derogatoria de la “Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas”, implícitamente conlleva la abrogación de todas las leyes preconstitucionales, en aplicación del principio según el cual, lo accesorio – la legislación -, sigue la suerte de lo principal -la Constitución de 1886 y sus reformas-.

3. La expedición de una nueva Constitución Política que, como la de 1991, introdujo cambios

sustanciales en materia de concepción del Estado, de principios y derechos fundamentales y de organización estatal, hacía imperativa la derogatoria de la Carta vigente hasta entonces, como lo ordena el artículo 380 de la CP, amén de que ello se sujetaba al arbitrio del Constituyente. Otra cosa acontece con la legislación preconstitucional, la que conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expidieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional. Es así como el artículo 4º de la CP ordena que, en caso de incompatibilidad entre la Carta y la ley u otra norma jurídica, prevalecen las disposiciones constitucionales, dado su carácter de norma superior. En este orden de ideas, sólo en la medida en que una norma sea incompatible con el nuevo orden constitucional, deviene contraria a la Carta, y debe entenderse derogada. Repetidamente la Corte Constitucional ha coincidido en la doctrina que sobre esta materia dejó sentada la Corte Suprema de Justicia que, a continuación, se cita:

“La nueva preceptiva constitucional lo que hace es cubrir retrospectivamente y de manera automática, toda la legalidad antecedente, impregnándola con sus dictados superiores, de suerte que, en cuanto haya visos de desarmonía entre una y otra, la segunda queda modificada o debe desaparecer en todo o en parte según el caso; sin que sea tampoco admisible científicamente la extrema tesis, divulgada en algunos círculos de opinión de acuerdo a la cual ese ordenamiento inferior fue derogado en bloque por la Constitución de 1991 y es necesario construir por completo otra sistemática jurídica a partir de aquella. Tal es el caso que debe darse al conocido principio de que la Constitución es ley reformativa o derogatoria de la legislación preexistente, acogido explícitamente entre nosotros por el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, el cual, como para que no queden dudas, añade: “Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia Nº 85 de 1991).

En punto a los alcances del efecto retrospectivo de la Constitución, como bien lo recuerda el Procurador, esta Corte expresó:

“Puesto que por la razones aducidas, la regla general es la de subsistencia de la legislación preexistente, la diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los

contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. por tanto no basta una simple diferencia.

Es esto lo que en forma clara y contundente consagra el texto del artículo 9º de la Ley 153 de 1987, norma que ha resistido airoso el transcurso del tiempo y que resuelve problemas derogados de la vigencia de la Carta de 1991 sin contradecir su espíritu, sino muy por el contrario, de acuerdo con el mismo, tal como se desprende de su texto:

‘La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, de desechará como insubsistente’. (subraya la Corte).

Es claro que la norma transcrita consagra también como principio general la insubsistencia de la legislación preexistente. Esta sólo desaparece del ordenamiento cuando entre ella y la nueva Carta exista un grado de incompatibilidad tal que se traduzca en una abierta contradicción entre el contenido material o el espíritu de ambas normas.

Todo lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y alcance de la contradicción. No toda diferencia, se repite, implica contradicción de la voluntad del Constituyente” (Corte Constitucional, sentencia C-14 de 1993).

Por las razones expuestas, no procede el cargo contra la integridad del Decreto 410 de 1971.

Concesión de facultades extraordinarias

4. El cargo que se endereza contra la Ley 4ª de 1989, por la cual se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código de Comercio, se fundamenta en una supuesta contradicción con el artículo 150-10 de la CP, que prohíbe el otorgamiento de facultades extraordinarias para la expedición de códigos.

La Ley 04 de 1989, que otorgó al Presidente facultades extraordinarias para “reformular los artículos 981 a 1035 y 117 a 1126 del Código de Comercio”, se expidió con fundamento en el artículo 76-12 de la Constitución de 1886. La correcta formación de normas jurídicas tiene como referente de validez la normatividad constitucional vigente en el momento de su

expedición. A la luz de las reglas que regulan la vigencia de la ley en el tiempo, no sería lógico ni razonable condicionar la constitucionalidad de una norma a la observancia de un marco jurídico inexistente en el momento de su expedición. La máxima jurídica del derecho privado “*impossibilium nulla obligatio est*” bien puede ser invocada aquí tratándose del ejercicio de las facultades extraordinarias.

La Corte Constitucional ha señalado, en relación con el examen de inconstitucionalidad de Decretos-leyes expedidos con base en leyes de facultades extraordinarias conferidas bajo la anterior normatividad constitucional, que éste se adelanta en dos fases. Una se ocupa de la competencia y, la otra, recae sobre el contenido material de la norma acusada.

“En efecto, para ejercer la primera de aquellas tareas, se tiene que las reglas constitucionales sobre la competencia vigentes al momento de la expedición del acto acusado son las que sirven para juzgar su constitucionalidad. En otros términos, las nuevas reglas constitucionales sobre competencia de los órganos legislativos ordinarios o habilitados de modo extraordinario, no se aplican para juzgar la inconstitucionalidad por este aspecto de la legislación anterior, ya que lo que impera en dicho aspecto es la norma constitucional antecedente”¹

No puede exigirse al legislador se someta a reglas que, como la prohibición de la concesión de facultades para expedir códigos, eran inexistentes para la época del otorgamiento y del ejercicio de las facultades extraordinarias.

La costumbre como fuente de derecho

5. Según el demandante los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del Código de Comercio, dado que confieren a la costumbre mercantil “la misma autoridad que la ley comercial”, violan el artículo 230 de la C.P. que, de una parte, ordena a los jueces, en sus providencias, someterse sólo al imperio de la ley y, de otra, al enunciar los criterios auxiliares de actividad judicial, no incluye la costumbre.

Los actores asumen que la materia de las fuentes de derecho, tanto formales como materiales, ha sido regulada directamente por el Constituyente, excluyendo de las mismas la costumbre y circunscribiéndose aquéllas a las específicamente nombradas y que corresponden a la “ley” – fuente principal – y a la “equidad”, la “jurisprudencia” y la

“doctrina”, como criterios auxiliares.

6. Se discute si el derecho que debe aplicar el juez se limita al que emana exclusivamente del legislador y que se presenta bajo la forma de “ley” luego de haberse surtido un procedimiento consciente y formalizado y, consiguientemente, si no puede ser tal el que se elabora como fruto de la costumbre de manera natural, informal, inconsciente, espontánea, impersonal y que hunde sus raíces en la tradición y de ella deriva su legitimidad.

7. El órgano legislativo proyecta en las disposiciones que elabora un determinado saber social. La función prescriptiva está indisolublemente ligada a una interpretativa. Las normas legales pretenden gobernar el devenir social y es por ello imposible que no se tome en consideración, se pondere y sopesa en cada caso una serie de conocimientos relativos al presente y al pasado de la sociedad, máxime si se parte de la premisa de que existe un proceso consciente de creación del derecho.

Entre las fuentes de conocimiento de las que extrae su material el legislador, no puede excluirse la costumbre internacional, nacional o local. La costumbre, como objetivación de una determinada práctica social, muchas veces ha sido incorporada por la ley. De hecho, la legislación comercial, en buena parte responde a la codificación de la costumbre mercantil que, así, ha ganado más estabilidad y generalidad. La Constitución no coarta la libertad del legislador y no aparece en ella precepto alguno que prohíba que la costumbre, surgida en cualquiera de los ámbitos de la vida social, pueda servir de nutriente de su concreta labor legiferante. De otra parte, sería inconveniente e impensable imponer una veda semejante a esta actividad que, como manifestación de la cultura de un pueblo, debe consultar sus hábitos, creencias y valores, casi siempre encarnados en sus costumbres y tradiciones.

8. Si el antecedente inmediato de una determinada ley puede estar constituido por una práctica social desarrollada como costumbre, su interpretación y aplicación por el juez, de presentarse dificultades cognoscitivas sobre su correcta inteligencia, no puede realizarse sin adentrarse en el conocimiento de dicha práctica y de los comportamientos que la integran. Muchas veces, por ello, puede ser relevante apelar a la costumbre para aprehender la esencia misma de la ley. Aquí la costumbre, objeto de estudio, suministra elementos de juicio para tomar la decisión y sirve, por tanto, como criterio auxiliar de la actividad judicial. Si en esta situación se negare la invocación de la costumbre como medio cognitivo, se arriesgaría

la cabal y justa aplicación de la ley. También, en otros eventos, la costumbre puede estar inextricablemente unida al entendimiento adecuado de una ley o a la aplicación de la equidad y, prescindir de ella en esas condiciones, significaría ni más ni menos desatender el sentido de aquélla o abandonar ésta última.

De lo dicho hasta este punto se desprende que la costumbre puede fungir como fuente material o cognitiva de la actividad que despliega el legislador al hacer las leyes como del juez al dictar sus providencias. Si bien el segundo inciso del artículo 230 de la C.P. sólo menciona como criterios auxiliares de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, no excluye en modo alguno otros criterios que sea indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquéllas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como auxiliares y, por esta vía, despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales.

9. La Corte procede ahora a analizar si la costumbre, además de poder ser utilizada como criterio auxiliar de la actividad judicial, puede servir como fuente de producción jurídica, esto es, constituirse en hecho generador de normas jurídicas que el juez pueda y deba, en ciertos casos, aplicar y con base en ellas resolver las controversias sometidas a su decisión.

10. De acuerdo con la tesis de los actores, la costumbre nunca podría ser aplicada como fuente formal de derecho, pues “los jueces – así reza el artículo 230 de la C.P. – sólo están sometidos al imperio de la ley”. El precepto, a juicio de los demandantes, indica que los jueces sólo están autorizados a aplicar las leyes dictadas por el Congreso.

Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios

constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesítándolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada – la “ley” captada en su acepción puramente formal – sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico”(Cart. 16).

11. La doctrina es conteste en definir la costumbre, en términos generales y sin abarcar a la internacional y a la que puede germinar en el contexto de las instituciones públicas, como una práctica o comportamiento social que se repite durante un período de tiempo con características de generalidad – acción o conducta predicable de una pluralidad de sujetos -, uniformidad – semejanza del hecho en la situación contemplada -, constancia – sin solución de continuidad o interrupciones -, frecuencia – reiteración de los actos que la constituyen en breves intervalos – y publicidad – transparencia y reconocibilidad del proceder en el ámbito social.

La costumbre, elemento imprescindible de la cultura de un pueblo – inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación -, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de

normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

12. Pese a que en términos generales se acepte que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la costumbre general puede llegar a adquirir fuerza jurídica, se controvierte en la doctrina el fundamento de su juridicidad. Es esta una materia en la que difícilmente se puede alcanzar el consenso, pues cada postura sobre el concepto y la naturaleza del fenómeno jurídico, apareja una visión diferente y correlativa de la costumbre como fuente de reglas jurídicas.

Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal - ley escrita - como informal - costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): " (...) De ahí que, aún cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, sí tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu.

Sin duda la doctrina más extendida, de impronta psicologista, se coloca en el área visual del destinatario de la costumbre y desde allí percibe que su juridicidad proviene de la creencia arraigada sobre la obligatoriedad del comportamiento que ella indica (*opinio iuris et necessitatis*) y la consecuencia jurídica negativa que acompaña a su inobservancia.

En un plano objetivo se ha dicho que la costumbre se torna jurídica si recae sobre una esfera de la vida que tenga relevancia para el derecho y sea pasible de una disciplina jurídica, lo que puede advenir allí donde resulte necesario configurar prácticas uniformes para constituir o conservar el grupo o una determinada actividad social.

Desde otra vertiente del pensamiento se ha sostenido que la juridicidad de la costumbre se supedita a que el juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia.

13. No es función de la Corte dirimir un asunto que tiene cariz marcadamente doctrinario. La

escueta relación de tesis sobre la costumbre ha servido, sin embargo, para poner de presente su relevancia jurídica y la importancia que para la sociedad ha tenido y sigue teniendo mantenerla como fuente, lo que ha sido oportuno subrayar dado que el argumento central de la demanda se endereza a excluirla como fuente de reglas jurídicas válidas.

Lo que si resulta decisivo desde el punto de vista constitucional es que la costumbre pueda ser considerada parte integrante del ordenamiento jurídico que se estructura orgánica, material y formalmente a partir de la Constitución como norma de normas. Establecido este punto lo concerniente a su relación con otras fuentes, especialmente con la ley en sentido formal, es una materia que en su interior define ese mismo ordenamiento con base en las reglas de prelación y jerarquía que históricamente se hayan adoptado.

Si bien en la costumbre podrían identificarse las notas que caracterizan a una norma jurídica, lo determinante es que pueda plantearse su pertenencia al sistema jurídico. Para tal efecto es importante considerar si la Constitución, máxima norma de reconocimiento, la toma en consideración o si otra norma, integrante del sistema, autoriza a hacerlo. Definida su inclusión dentro del ordenamiento, se precisará su ubicación y relaciones con otras fuentes.

14. La Constitución de manera específica reconoce el valor jurídico de las costumbres cuando se refiere a las comunidades indígenas. En efecto, dispone el artículo 330 de la Carta: “De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (..)”. La fuerza prescriptiva de los usos y costumbres de las comunidades indígenas se relleva aún más en el artículo 246 de la C.P. que señala que “Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (...)”.

La función productora de derecho de la costumbre también tiene claro fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al orden jurídico interno en virtud del artículo 94 de la Carta. Sobre el particular dispone el artículo 5 numeral 2º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por Ley 74 de 1968: “No podrá admitirse restricción o menoscabo alguno de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones,

reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Adicionalmente, el Convenio 169 de la O.I.T., relativo a pueblos indígenas, ratificado por ley 21 de 1991, también le otorga a la costumbre pleno valor normativo, cuando establece:

"Artículo 8.- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

"2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

"3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes".

Los principios sobre los que se funda el Estado y la organización social, a partir de la premisa de respeto a la Constitución y a la ley – lo cual es congruente con la construcción democrática y unitaria del Estado colombiano – brindan suficiente fundamento jurídico a la costumbre.

La soberanía popular (CP art. 3) no puede, en efecto, reducirse a una mera proclamación retórica. Ella en últimas suministra la base de legitimidad a la entera actividad de producción de normas jurídicas, sea ésta formalizada – como acontece con las leyes que se adoptan a través de los representantes del pueblo – o informalizada como la costumbre que se remite a un proceso primario y directo de creación normativa.

El Estado social de derecho (CP art. 1), de otra parte, no responde a un diseño orgánico de neta diferenciación y contraposición del Estado y la sociedad sobre la cual se erige. En esta forma política el Estado no se superpone a la sociedad como estructura aislada y dominante de poder. Por el contrario, el Estado se edifica a partir de la sociedad – de la que "emana el poder público" – cuyos miembros participan en su construcción y su función y justificación no es otra que la de servir y proteger a la comunidad y darle efectividad a su ordenamiento. El

reconocimiento de las múltiples organizaciones y formaciones sociales es consustancial al estado social de derecho, lo que involucra – dentro del marco de la Constitución y de la Ley – la aceptación de ámbitos de autonomía y de interacción social que bien pueden proyectarse en prácticas colectivas – técnicas de comunicación social de naturaleza prescriptiva indispensables para dotar de cohesión o funcionalidad a un grupo o a una actividad social – de las que se deriven comportamientos sujetos a grados variables de control social.

El principio pluralista que define al Estado colombiano se manifiesta en el respeto y protección de la diversidad y riqueza étnica y cultural de la Nación (CP arts. 1, 7, 8, 70, 330). Las costumbres constituyen una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo que, inclusive, se toman en cuenta para indentificar una Nación y, dentro de ésta, para reconocer una expresión singular de diversidad digna de ser amparada y promovida. No hay razón válida para excluir a la costumbre jurídica de la tutela constitucional que la Constitución extiende a la cultura, máxime cuando ella representa una de sus manifestaciones más conspicuas.

La libertad (Preámbulo, arts. 1, 2, 28 y 95 de la C.P.) se encuentra en la base de los derechos que se reconocen a las personas y no se entiende ni garantiza si no se ejerce en armonía con los derechos de los demás y de manera responsable. La costumbre – como también puede deducirse del contrato – supone reglas de obligatorio cumplimiento, puestas y creadas espontánea y libremente por la sociedad, a través de las cuales sus miembros se autolimitan en aras de una sociabilidad deseable y de la protección de sus propios espacios de acción. De ahí que la juridicidad de la costumbre sea una forma de garantizar la autonomía y la libertad de la sociedad misma y de su sana y fecunda capacidad creadora.

La vigencia de un orden justo (CP art. 2) es una finalidad que no solamente compromete al Estado sino a toda la comunidad y a cada uno de sus miembros. Tradiciones, usos y costumbres sociales, pueden ser la expresión viva de un sentimiento y una creencia arraigada de justicia. De otra parte, renovadas visiones de la justicia social pueden apelar al vehículo de la costumbre con miras a su entronización. Excluir a la costumbre como fuente de derecho, en estos casos, significaría privar al juez de preciosos elementos para dictar un fallo que consulte la justicia material. No se compadece con la ubicuidad de la justicia la idea de que ella sólo se manifiesta a través de la ley formal.

15. La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153 de 1887, art. 13; C de Co art 3; C de P C art. 189), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho. La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa.

En materia penal, en cambio, lejos de un desplazamiento de la legalidad en favor de prácticas o fenómenos sociales reiterados, el fundamento de la acción estatal es la propia ley (CP art. 29). En consecuencia, los jueces en sus providencias no podrían invocar la costumbre para sancionar una acción que por sí misma no ha sido tipificada como delito en una ley formal (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Igualmente, no sería jurídicamente admisible que el infractor pretendiera justificar una conducta típica, antijurídica y culpable sancionada legalmente recurriendo al expediente de actuar según una práctica social generalizada.

Por lo expuesto, en el derecho privado la costumbre ha sido recepcionada en mayor medida. Corroborar la anterior apreciación las normas legales citadas que definen el ingreso de la costumbre al ordenamiento jurídico.

16. De los principios democrático y unitario conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la primacía de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que “la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea”. En estos términos, claros y perentorios, se proscriben en el ordenamiento jurídico la costumbre contra legem.

La legislación, en términos generales, acepta la costumbre *secundum legem* y la *praeter legem*, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13).

El primado de la ley escrita, – mejor sería hablar de “Derecho legislado” – en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe,

reduce o extiende el terreno de la costumbre. Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria.

No obstante el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico.

La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre, de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica.

La independencia judicial

17. Rechazada la tesis de los actores de limitar el vocablo “ley” que aparece en el primer inciso del artículo 230 de la CP al concepto de ley en sentido formal y establecido que su campo semántico no es otro que el de la totalidad del ordenamiento jurídico, resta precisar el propósito de la norma constitucional.

18. La enfática prescripción del artículo 230 de la CP -“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” -, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.

La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (CP art. 2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz

del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho se aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de sus superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.

La independencia de los jueces no tiene el significado de privilegio ni de abierta exoneración de responsabilidad. Esa independencia, lejos de ser una invitación a la arbitrariedad, es el medio que resguarda su autonomía e imparcialidad para poder proferir sentencias justas y conforme a derecho.

19. El estado de derecho no se concibe si la función judicial no se ejerce de manera independiente y si las normas que componen el ordenamiento dejan de vincular a los órganos que las ponen en vigencia. La aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba asimismo el estado de derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento – desligado de toda injerencia de los demás poderes – para definir la causa si lo que se quiere es que el estado de derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente.

20. La garantía funcional aquí tratada es complementada en la Constitución con otra de tipo orgánico que se instituye a través de la asunción de las tareas administrativas y disciplinarias de la rama judicial por un órgano perteneciente a ésta – Consejo Superior de la Judicatura –, la organización de la carrera judicial, la forma de designación de los jueces, las normas sobre impedimentos e inhabilidades, así como de otras previsiones de naturaleza semejante que en su conjunto aseguran la independencia y autonomía de los jueces frente a las restantes ramas del poder público.

No obstante esa garantía de igual manera entraña una seguridad para las personas que pueden contar con la independencia de los jueces y la previsibilidad cierta de que sus

providencias sólo se dictarán a la luz del ordenamiento jurídico. En caso contrario, las personas pueden, en los términos de la ley, recurrir esas providencias y a través de los jueces competentes ejercer un control sobre las mismas.

Lo expuesto es suficiente para desestimar la demanda de inexecutable de la normas analizadas. La Corte, adicionalmente, acoge la argumentación expuesta por el Ministerio Público y los defensores, sintetizada en otro lugar de esta sentencia.

El derecho a la personalidad jurídica

22. Los demandantes solicitan se declare la inexecutable de los artículos 98 a 514 del Código de Comercio. La pluralidad de sujetos exigida como requisito esencial de la sociedad comercial sin la cual no se entiende constituida legalmente y no forma una persona jurídica distinta de los socios (C de Co., art. 98), a juicio de los demandantes, vulnera el artículo 14 de la C.P. que reconoce personalidad jurídica al individuo, lo mismo que el artículo 84 de la Carta en cuanto se requieren permisos previos y condiciones que “no contempla la Constitución”.

El Ministerio Público y los defensores de la ley, por su parte, replican los confusos argumentos de los demandantes. El derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica – aducen – sólo se predica de las personas naturales, en tanto que la personalidad de otros entes está condicionada a su reconocimiento legal y, las restricciones y permisos que se instituyen, consultan el bien común.

23. Los demandantes pretenden que la sociedad comercial pueda ser unipersonal y como tal formar una persona jurídica, distinta del individuo que la constituye. La inconstitucionalidad del libro segundo del Código de Comercio radicaría en atribuir personalidad jurídica únicamente a las sociedades conformadas por una pluralidad de socios, prescindiendo de las unipersonales. Este raciocinio es sin duda el resultado de extrapolar el derecho fundamental a la personalidad jurídica al campo de las formas asociativas reguladas por el Código de Comercio.

24. Como quiera que el Código de Comercio atribuye personalidad jurídica a las sociedades comerciales que reúnan los requisitos legales para el efecto, no puede aseverarse que se viole el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 38. Por el contrario, el

beneficio de la personificación jurídica es una forma de promover el ejercicio de esta libertad. No se concibe la libertad de asociación cuando la misma se plantea consigo mismo. Si lo que se propone la ley es regular la actividad comercial asociada – la que se cristaliza en un contrato de colaboración –, no puede pretenderse que la misma viole la libertad de asociación porque sus disposiciones no se aplican a la actividad individual.

25. La ley podría hipotéticamente permitir la existencia y funcionamiento de patrimonios de afectación; autorizar la desmembración del patrimonio individual, de acuerdo con diferentes finalidades; prohijar la Constitución de entes comerciales formados por un sólo individuo. Se trata de materias propias de la legislación que, en principio, carecen de relevancia constitucional y entran en el campo de la política normativa y de la conveniencia. El sólo hecho de que el legislador, al regular la materia comercial, haya desechado en su arbitrio las anteriores opciones no entraña ningún vicio de constitucionalidad.

26. Las personas jurídicas y, en general, los entes y asociaciones que convencionalmente conforman los individuos, son esquemas y fórmulas abreviadas del lenguaje jurídico que, en los términos de la ley, pueden ser centros de imputación de relaciones jurídicas; pero fuera del orden jurídico y antes de los actos que de acuerdo con él son necesarios para configurarlos, pertenecen a la nada. Es un contrasentido y no pasa de ser una inapropiada proyección antropomórfica pensar que tales entes ideales posean derechos congénitos y sea consustancial a ellos el reconocimiento de la personalidad jurídica. En su caso, esa es una cuestión librada enteramente a la regulación legal.

Igualmente, resulta inaceptable el presupuesto del que parten los demandantes y que consiste en considerar que el atributo de la personalidad que la Constitución reconoce incondicionalmente a la persona humana pueda por ésta ser proyectado a su arbitrio a cualquier ente u organización que conciba. Sobra reiterar que el alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica formulado en el artículo 14 de la C.P. no se extiende más allá de la persona natural y se funda en el valor trascendente de su dignidad y en ser ella la razón última y la clave central de todo el ordenamiento que a partir de la Constitución se establece. La regulación del proceso de formación y reconocimiento de la personalidad jurídica de entes, organizaciones y patrimonios, es función propia del legislador. A este respecto la consagración de requisitos y permisos, no viola el artículo 84 de la C.P. pues ello se hace por el legislador y, de otra parte, se integra a la regulación general.

27. El único sujeto al cual se refiere el artículo 14 de la C.P. es a la persona natural. Ante ella se inclina la Constitución – como de otra parte también lo ha hecho la declaración universal de los derechos humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13) -, para reconocer su personalidad jurídica. El acto de reconocimiento atestigua que la personalidad es un atributo congénito a la persona que precede al mismo ordenamiento que se limita a declararlo.

La personalidad jurídica indica en el caso de la persona natural su idoneidad para ser titular de todas las posiciones jurídicas relacionadas con sus intereses y actividad. El reconocimiento que extiende la Constitución a la capacidad jurídica general de todas las personas naturales, es una concreción necesaria del principio de igualdad, que es compatible sin embargo con las formas de incapacidad jurídica que puede consagrar la ley en aras del interés de la persona misma o de un superior interés público.

El derecho a la personalidad jurídica reconocido a toda persona postula, como se ha dicho, una radical reivindicación del principio de la igualdad jurídica, y se endereza a hacer de todo miembro de la sociedad – independientemente de su raza, sexo, edad y condición – un sujeto dotado de capacidad jurídica e inmune a la degradación legal de su indisputada personalidad, lo que no fue así históricamente en la sociedad esclavista y en los oprobiosos regímenes totalitarios de este siglo. Del mismo modo el derecho fundamental a la personalidad jurídica no se concilia con las limitaciones generales a la capacidad general y la consagración de incapacidades especiales que en cierta época se predicaron de la mujer casada y de los hijos extramatrimoniales.

Sobre el contenido y alcance de este derecho ha sostenido esta Corte, lo siguiente:

“3. Del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica

El sujeto razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano, en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.

El artículo 14 de la Constitución establece:

“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

3.1. Titular del derecho.

El derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica a que se refiere el artículo 14 de la Carta Fundamental es un derecho exclusivo de la persona natural; y el Estado, a través del ordenamiento jurídico, tan sólo se limita a su reconocimiento sin determinar exigencias para su ejercicio, y ésta es una de las constituciones políticas donde la inmensa mayoría de los derechos se otorgan sin referencia a la nacionalidad.

Esta afirmación se comprueba al estudiar los instrumentos internacionales sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica interpretados a la luz del artículo 93 de la Constitución que determinan quién es el titular del derecho constitucional fundamental establecido en el artículo 14 de la Constitución.

El artículo 93 constitucional le confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos el carácter de norma prevalente en el ordenamiento interno, si se ajustan al orden constitucional, y les otorga la condición de criterio de interpretación constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

“todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

La razón jurídica del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica la encontramos en el Preámbulo del Pacto Internacional que reconoce: “que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

A la misma conclusión se llega por vía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 1º numeral 2º dice que para los efectos de esta Convención “persona es todo ser humano”, y el artículo 3º consagra, “que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Como fundamento ideológico orientador de las disposiciones sobre derechos humanos en el mundo, es imperativo hacer mención a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 6º establece:

“todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Así pues, para la interpretación del artículo 14 de la Constitución se hace necesario recurrir al análisis de los Instrumentos Internacionales y de ellos se deduce claramente que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es un derecho inherente a la persona humana y que la labor del Estado es de constanciación y no de creación.

El tema de discusión se ha centrado en si la personalidad jurídica la reconoce el Estado o éste en un acto de poder, la crea.

El positivismo extremo, teniendo como principales exponentes a Hans Kelsen y Giovanni Gentile, consideraron que el Estado como personificación del orden jurídico total (Kelsen) y como todo moral y absoluto (Gentile), es el creador, a través de las leyes, desde la fundamental hasta la codificada, de toda realidad jurídica, de tal manera, que si algo no es instituido dentro de la categoría personal, en el mundo jurídico no existe.

Rene Casin inspirado en Radbruch (Alemania), del Vecchio (Italia), Holmes, Frank, Cardozo (Realismo Norteamericano), Hart (Inglaterra) y otros en los proyectos de redacción y unificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, llegó a la siguiente conclusión doctrinaria: El Estado no crea la personalidad jurídica, porque sería absurdo que una entidad cultural como el Estado sea la creadora de una entidad natural como la personalidad jurídica; de tal manera, que el Estado debe reconocer la realidad preexistente al mismo Estado: la personalidad jurídica del ser humano.

El reconocimiento jurisprudencial del raciocinio anterior impide la arbitrariedad que se presentó en los regímenes totalitarios, en cuyas legislaciones la personalidad jurídica estaba restringida a determinados seres humanos.

3.2. La personalidad jurídica de la persona natural.

Es necesario que los seres humanos se les reconozca la cualidad de personalidad jurídica en su sentido jurídico-político es decir que el primer derecho de todo hombre es el derecho que le define el estatus de persona jurídica, como lo considera Karl Larenz “la condición de

persona es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes...”² .

El estudio del concepto de persona en la ciencia del derecho civil y en la ciencia del derecho natural nos permite advertir que el concepto jurídico de persona es el más abarcante de los conceptos jurídicos, por ser, precisamente, el fundamento de toda la realidad jurídica.

El problema está en definir a la persona si es “ser ante” o “ser por”. Si se admite que la persona es un alguien para el derecho, debe de igual modo, aceptarse que su personalidad jurídica simplemente le es reconocida por el ordenamiento jurídico positivo³ .

Es decir el derecho no le agrega nada a la estructura óntica de la persona humana, le reconoce y le protege su titularidad natural, así como la dignidad que le corresponde por el derecho de ser persona. En definitiva una persona es una realidad única e irrepetible filosófica y jurídicamente.

4. Argumento subjetivo.

En el informe-ponencia⁴ para primer debate de la Carta de Derechos, Deberes, Garantías y Libertades presentado por el Constituyente Diego Uribe Vargas se expresa que:

“El eje primordial de la democracia radica en reconocerle a los ciudadanos y personas que habitan en Colombia, un conjunto de garantías que no sólo dignifiquen el contenido de la vida, sino que favorezcan progresivamente la formulación de las nuevas libertades que la evaluación contemporánea han ido poniendo en evidencia .

Este artículo que aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que se reproduce igualmente en el Pacto de San José de Costa Rica y en los instrumentos referentes a la materia, expresa el reconocimiento del individuo como sujeto principal del derecho, cuyos atributos tienen valor remanente.

Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.”

(subrayas fuera del texto)

5. El atributo de la personalidad jurídica de la persona moral.

La condición de personalidad jurídica hace del hombre categoría de sujeto de derecho, no es un estatus exclusivo, la puede otorgar el Estado a otras realidades producto del ser humano en su tensión individuo-sociedad que genera el derecho a la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad y tal como lo establece el artículo 38 de la Constitución Política, lógicamente este derecho estará sometido a las condiciones que el ordenamiento jurídico exige para su otorgamiento⁵ “.

A la luz de lo anterior es evidente que los cargos no pueden prosperar.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E

Declarar exequibles la Ley 04 de 1989, el Decreto 410 de 1971 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del mismo, únicamente por los aspectos considerados en esta sentencia.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

Magistrado

HERNAN ALEJANDRO OLANO GARCIA

Secretario General (E)

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-486/93

COSTUMBRE (Salvamento de voto)

Dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse. Empero, cuando se consagra expresamente o se tolera, está subordinada a la legislación mas no deriva de ella. En eso consiste su status de fuente a la vez subsidiaria y autónoma (no reductible a la legislación). Desde esta particular perspectiva, entonces, la costumbre no sólo no queda comprendida dentro del concepto ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetudinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO/PLEBISCITO/REFERENDUM (Salvamento de voto)

Carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho. Precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad estatal, concretada en la iniciativa legislativa y en las demás instituciones propias de la democracia directa recogidas en nuestra Carta Política, tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el

Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero. Resulta claro que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras.

DERECHO-Factor de Progreso (Salvamento de voto)

El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también -y ante todo- de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana.

Ref.: Expediente No. D-244

Decreto 410 de 1971, Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9, 98 y 514 del Código de Comercio.

Con todo respeto, me he permitido disentir de la decisión mayoritaria, por las consideraciones que a continuación expreso sintéticamente:

1. Me parece claro que el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (subrayo) se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción ésta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye.

En el inciso segundo, el mismo artículo se refiere a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, para atribuirles la función de “criterios auxiliares de la actividad judicial”, no de fenómenos capaces de generar normas válidas. Desde luego, habría podido reconocerles esa capacidad generadora, pero justamente se abstuvo de hacerlo, proclamando el carácter eminentemente legislativo de nuestro

ordenamiento. Tal decisión de la voluntad constituyente puede enjuiciarse como plausible o censurable, según las preferencias, pero no es descabellada ni carente de consistencia lógica.

2. Argüir que cuando la ley consagra la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria, al aplicar ésta el juez se fundamenta en la autoridad de aquélla, es desconocer el tipo de relación jerárquica que existe entre ley y costumbre cuando ambas se consagran como fuentes, la primera como principal y la segunda como subsidiaria.

En una obra, aún joven y no obstante ya clásica, “El concepto de Derecho” H.L.A. Hart esclarece el punto en los siguientes términos: “Es importante distinguir entre esta subordinación relativa de un criterio a otro y la derivación, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es “esencialmente” o “realmente” (aunque más no sea que en forma tácita) el producto de la legislación. En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del common law pueden verse privadas de su status de derecho, por una ley” (tal como ha sucedido hasta ahora en Colombia con la costumbre). Y continúa: “Sin embargo ellas no deben su status de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio tácito de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado.”¹

Entre nosotros, esa regla de reconocimiento está explícitamente formulada. Es el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que -por vía de disposición general- estatuye: “La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. Es claro que en otros ordenamientos (en el inglés v.gr.) no está explícitamente formulada, pero no está excluida por el derecho legislado como juzgo que ha ocurrido en Colombia, precisamente, en virtud del artículo 230 de la Carta.

En síntesis: dentro de un sistema legislado, la costumbre puede consagrarse expresamente como fuente formal subsidiaria y autónoma (como en Colombia durante la vigencia de la Constitución de 1886), tolerarse en esa misma condición (como en Inglaterra) o excluirse (como a mi juicio ha sucedido bajo la vigencia de la actual Carta Política). Empero, cuando se consagra expresamente o se tolera, está subordinada a la legislación mas no

deriva de ella. En eso consiste su status de fuente a la vez subsidiaria y autónoma (no reductible a la legislación). Desde esta particular perspectiva, entonces, la costumbre no sólo no queda comprendida dentro del concepto ley sino que se le opone, del mismo modo que el proceso consuetudinario, inconsciente, se opone al proceso legislativo en tanto que ejercicio de la reflexión, encaminado a la creación de la norma.

3. Es que por más que se estime importante la operancia de la costumbre dentro de un ordenamiento, ella no deja de ser un factor meramente contingente del mismo. Su existencia está condicionada a que la forma de creación consuetudinaria del derecho esté reconocida expresa o tácitamente como un mecanismo apto para incorporar nuevas normas al sistema jurídico o para privar de ese status a las ya existentes, bajo determinadas condiciones. Afirmar que ella es inherente a cualquier ordenamiento, equivale a postular limitaciones de orden metafísico a la voluntad del constituyente, lo que se aviene mal con una concepción del derecho racional y desacralizada.

4. De ordinario, a las posturas que proclaman la inherencia de la costumbre a cualquier sistema de derecho positivo, subyace el misticismo sociológico de la escuela historicista, que tras un lenguaje pretendidamente científico y de vocación democrática, escamotea un trascendentalismo vergonzante de inequívoco signo retardatario. Basta recordar la célebre controversia entre Antonio Thibaut y F.C. Savigny² (a principios del siglo XIX), en la que el segundo entona el epinicio del derecho consuetudinario cifrando la búsqueda de la justicia no en un proceso intencional, consciente y deliberado, emprendido por los hombres, sino en un oscuro discurrir subterráneo e instintivo del “espíritu del pueblo” que de modo imperceptible iría señalando los cauces indiscutibles de la conducta humana.

Los argumentos de Savigny, en su replica a Thibaut, son reproducción fidedigna, en el reino de lo jurídico, de los que había utilizado Edmund Burke en su requisitoria contra el racionalismo triunfante en la revolución francesa, tan brillantemente defendido por Thomas Paine, en un plano estrictamente político.

Que Burke, visible adalid del moderno conservadurismo, defendiera las instituciones decantadas de un proceso milenario, puede controvertirse desde una perspectiva ideológica, pero no exige mayores esfuerzos explicativos en presencia de los hechos históricos. Más complejo, sin duda, es defender la acción benéfica de los procesos irracionales en

comunidades que aún no han logrado, por razones que ni siquiera es preciso aducir, su identidad cultural. En estas, parece razonable pensar que la reflexión aplicada a la búsqueda de formas adecuadas de relación y convivencia, constituya un factor de progreso más eficaz que el ciego instinto.

5. En ese orden de ideas, carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho.

Es que, precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo, en tanto que sujeto del poder soberano, para contribuir de manera efectiva a la formación de la voluntad estatal, concretada en la iniciativa legislativa y en las demás instituciones propias de la democracia directa recogidas en nuestra Carta Política, tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero.

6. Es altamente controvertible el argumento, invocado por el ponente, de que la costumbre flexibiliza el derecho positivo. Más bien los hechos parecen abonar la conclusión contraria. Basta con examinar la noción de costumbre jurídica en función de sus dos elementos constitutivos: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*, para advertir que la condición esencial para que ella surja es, justamente, el transcurso de un largo tiempo en virtud del cual se crea en la conciencia de los individuos que constituyen la comunidad, la convicción de que la práctica largamente repetida es jurídicamente vinculante.

En respaldo de la tesis contraria es pertinente citar a Hart, quien al analizar el paso gradual de un ordenamiento jurídico primitivo e imperfecto, constituído sólo por reglas primarias de obligación (casi siempre de carácter consuetudinario) a uno evolucionado y maduro, integrado no sólo por éstas sino también por las secundarias o de reconocimiento, luego de examinar un primer defecto del hipotético ordenamiento primitivo, consistente en la falta de certeza, derivada de no saberse a ciencia cierta cuáles son las reglas aplicables a

una situación concreta, observa: “Un segundo defecto es el carácter estático de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad”.³

Resulta claro, entonces, que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras.

7. Desde luego, no puede tampoco dejar de mencionarse la desventaja (también aludida por Hart) de las normas consuetudinarias con respecto a las legislativas, consistente en que las primeras son, con mayor frecuencia, generadoras de incertidumbre, mientras las segundas aportan seguridad jurídica y no es ésta, ciertamente, un valor desdeñable.

Si aún acerca del llamado corpus de la costumbre (la práctica antigua) pueden suscitarse dudas: ¿sí existe la práctica? ¿Desde cuándo? ¿Puede considerarse antigua su existencia? ¿A partir de cuándo puede decirse que una práctica es antigua?, muchas más dudas, desde luego, plantea el animus o elemento psicológico: ¿En qué consiste la convicción de obligatoriedad? ¿Si se trata de una convicción social, que tan extensa ha de ser? ¿Puede sentirse una persona jurídicamente obligada (dentro de un sistema predominantemente legislativo) por una regla cuya existencia misma es cuestionable y que no ha sido formulada por el legislador? ¿Debe el juez compartir esa convicción o, mejor aún, ha de ser ésta preferentemente suya?.

Las anteriores preguntas son apenas una pequeña muestra de las incertidumbres que el derecho consuetudinario puede originar y que refuerzan las razones que subyacen a una

norma como el artículo 230 superior, según la interpretación que de él se hace en el presente salvamento de voto, que puede no ser del todo descabellada.

8. Empero, vale la pena aclarar que las precedentes argumentaciones, no afectan en nada la verdadera función que la costumbre (a secas), cumple en el derecho, a saber, la de servir de fuente material de primer orden. Porque si el legislador pretende que su tarea tenga sentido y que las normas que formule incidan en la realidad (sean eficaces) ha de estar atento a la realidad social cuyo control le incumbe. Y esa realidad se manifiesta de modo preponderante en prácticas sociales que van arraigando y cuya conveniencia y rectitud compete evaluar al legislador, en función de los fines que, dentro del amplio esquema que la constitución le ofrece, juzgue conveniente perseguir. Porque no todas las prácticas han de ser propiciadas, así tengan la virtualidad de generar esa situación gaseosa e inasible nombrada con palabras que participan de esa misma connotación: *Opinio juris*. El derecho ha de ser no sólo factor de conservación sino también -y ante todo- de progreso. No ha de consistir su función en preservar supersticiones insensatas sino en propiciar pautas razonables de conducta que contribuyan a informar de mayor reflexión y de menos instinto la acción humana.

Me parece que así puede interpretarse la voluntad constituyente y que esa voluntad es plausible, progresista, propiciatoria de certeza y nada incompatible con la búsqueda de un orden justo dentro de un ambiente participativo y democrático.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

1 Corte Constitucional, sentencia C-435/92

2 LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General (Madrid 1.978), Ed. Revista de Derecho Privado. P. 44.

3 Cfr, HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El Concepto de persona y los derechos humanos.

Universidad de la Sabana. Santa Fe de Bogotá. 1.991. En la obra citada la autora hace un análisis del concepto jurídico de persona y su dimensión jurídica en las varias teorías.

4 Gaceta Constitucional No. 82, página 10 a 16

5 Corte Constitucional. Sentencia SC-476/1992.

1 El concepto de derecho, Abeledo - Perrot, 1968, págs. 126 y ss.

2 Tribaut - Savigny, La Codificación, Aguilar, 1970.

3 Hart, El concepto de derecho, pág. 115.