

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de Derecho
Law Review



Nro. 9

Enero - Junio 2013



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. V	Nro. 9	PP. 1-179	Enero – Junio	2013	ISSN 2145-6054
--	-------------------------	--------	--------	-----------	------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen V Ejemplar No. 9 Enero – Junio 2013

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

ÍNDICE

	Página
DERECHO SOCIETARIO	9
DEBERES DE LAS SOCIEDADES INSCRITAS: UN ESTUDIO EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES COLOMBIANO. <i>Duties of registered societies: A legal study of the colombian stock market.</i> Camilo E. Quiñónez Avendaño	10
DERECHO PÚBLICO	30
MODELO CONCESIONAL DE OBRAS PÚBLICAS APLICADO EN LOS PERÍMETROS URBANOS. UNA ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE. PERSPECTIVA DESDE EL AED. <i>Concessional model of public works applied in urban perimeters.</i> <i>An alternative of efficient public policy. Perspective from the Economic Analysis of Law.</i> Raúl Fernando Guerrero Durango	31
DERECHO PRIVADO	47
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO. <i>Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.</i> Carina Susana Jorge	48
EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES? <i>Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?</i> Cristian David Jurado Ferrer	62
DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA	88
SENTIDO Y ALCANCE DE LOS “ESTADOS SIMILARES”. <i>Meaning and significance of the “similar States”.</i> José Fernando Botero Bernal	89
CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Outlines of due process in the Colombian law (I).</i> <i>Three integrative lectures about the presumption of innocence.</i> Miguel Antonio Morón Campos - Heriberto Antonio Díaz Arrieta	105
LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL. <i>Insecurity and fear to crime in global society.</i> Carlos Alberto Elbert	128

FILOSOFÍA DEL DERECHO	146
ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.	147
<i>Conceptual, methodological and normative aspects of balancing.</i> Yezid Carrillo De La rosa Liseth Johanna Reyes Carrillo	
TRES MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA.	159
<i>Three explicative models of the tensions between constitutionalism and democracy in Latinamerica.</i> Daniel Eduardo Flórez Muñoz	
RESEÑAS	169
“CONTEXTO HISTÓRICO, BIOGRAFÍA Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL DEL JURISTA D. DIEGO ANTONIO NAVARRO MARTÍN DE VILLODRES EN ESPAÑA Y EN EL CONTINENTE AMERICANO”.	170
<i>“Historical context, biography and institutional projection of the jurist D. Diego Antonio Navarro Martín de Villodres in Spain and the American continent”.</i> Paulo Bernardo Arboleda Ramírez	
RESEÑA DE LA OBRA “THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW” DE WIM DECOCK.	177
<i>Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.</i> Andrés Botero Bernal	
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS.	182

RESEÑA DE LA OBRA “*THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW*” DE WIM DECOCK.*

Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.

Andrés Botero Bernal*

Fecha de Recepción: 29 de Mayo del 2013

Fecha de Aceptación: 7 de Junio del 2013

* DECOCK, Wim. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune* (ca. 1500-1650). Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. 723p.

** Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). Email: anbotero@udem.edu.co

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6th)

Botero Bernal, A. (2013). Reseña de la obra "Theologians and Contract Law" de Win Decock. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, V (9), 170-175.

La escolástica en general, y la segunda escolástica en especial, han sufrido a partir de la segunda mitad del siglo XVIII de toda suerte de juicios peyorativos que ya merecen ser revisados. Y eso, justamente, es una labor del iushistoriador: analizar los discursos comunes para hacer las salvedades del caso, para establecer matices que relativicen las afirmaciones absolutas, esperando así que no se generen—o por lo menos no sigan creciendo— las leyendas y las exageraciones sobre lo que creemos—me refiero a la escolástica hispana— fue más dúctil de lo que muchos desean admitir.

Ahora bien, como ya es bien conocido, desde finales del siglo XVIII —pero con mayor fuerza en el siglo siguiente— la segunda escolástica fue rápidamente desechada del mercado de las ideas en el mundo atlántico debido al estereotipo de que ella era el último rezago del oscurantismo, palabra Esta, por demás, que con un tajo pretendió convencer al auditorio de que el Medioevo y la temprana Edad Moderna fueron algo así como un largo y oscuro túnel innecesario que se interpuso, aunque no por siempre, en el seguro camino de las luces del progreso. Así, siguiendo el estereotipo, quien salía del túnel lograría darse cuenta que lo que creyó ver allí no eran más que sombras —parafraseando a Platón— de realidades históricas pasadas; esto es, de las ideas clásicas (entre ellas el derecho romano) que a pesar de la oscuridad seguían reflejando su sabiduría. Fue así que se dijo que se perdieron siglos enteros en la tarea de acumulación de conocimiento por culpa de las sotanas y los rosarios: ¡la oscuridad reinó durante mil años! No obstante, a pesar del éxito que tuvo tal prejuicio, la segunda escolástica fue un discurso teológico con hondas implicaciones para las instituciones jurídicas venideras. En consecuencia, no se pudo —ni se podía— borrar el pasado por más que se dijera hasta el cansancio que el derecho estatal fue concebido como *ex novo*, en oposición a los teólogos "inquisidores"¹. Pero mucho de eso nuevo, si es que hay algo nuevo, no pudo ser tal sin el aporte escolástico.

Aquí es donde alza la mano el iushistoriador matizador, el crítico, para evitar que sus colegas dogmáticos caigan en estos prejuicios, en estos reduccionismos², llamando la atención de la herencia escolástica en los asuntos de su interés. Claro está que este llamado de atención no es nuevo, pues ya se ha hecho, por mencionar un caso, para el derecho constitucional hispanoamericano, dejándole en claro que el soporte jurídico—político de los discursos alrededor de las guerras de independencia tienen un marcado sabor escolástico³. Por ejemplo, aquella consideración de que a falta de rey la soberanía retorna al pueblo (aunque no en el sentido rousseauiano, claro está), justificó la creación de juntas de gobierno y colegios constituyentes que fueron el germen de la primera república en la Nueva Granada⁴.

¹ Para esto sería provechoso la lectura de: *Ibíd.*, pp. 621-649.

² Herencia recibida de las lecciones con el profesor Carlos Petit y que desarrolló en homenaje al maestro, en: Botero, Andrés. "Presupuestos epistemológicos y metodológicos de la iushistórica". En: *Precedente*, Cali (Colombia): Universidad ICESI (2010); pp. 45-70.

³ Desde hace mucho se ha sabido sobre esa herencia, por lo menos en Colombia. V. gr. Uprimny, Leopoldo. "Capitalismo calvinista o romanticismo semiescolástico de los próceres de la independencia colombiana: réplica al profesor Alfonso López Michelsen". En: *Universitas, Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, Bogotá, Universidad Javeriana, No. 3, 4, 5 y 6 (nov. 1952 - jun. 1954).

⁴ Aspecto que ya analizamos en: Botero, Andrés. "Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano: origen del constitucionalismo antioqueño". Medellín: Universidad de Medellín, 2010.

concepto tan importante no solo para la consolidación del derecho privado moderno sino también de la cimentación del capitalismo como nuevo *habitus* del mundo occidental. En este sentido, gracias a las luces de Decock (especialmente pp. 105-214), sí podría decirse que la escolástica fue un túnel entre dos bocas de luz, pero uno necesario pues así se sortearon de mejor manera las dificultades de la montaña, simplificando el viaje. La segunda escolástica, inmiscuida en una cultura jurídica sincrética (pp. 40-43), comunicó el *ius commune* con el derecho moderno liberal. Encontrar este punto medio es uno de los méritos de la obra que reseño.

Además, es este punto medio, que exige mesura en las afirmaciones, el que permite comprender dos aspectos cruciales que bien los expone Decock. El primero tiene que ver con la importancia que la libertad contractual tiene para la moral cristiana de su momento y el segundo con la centralidad que va a tener el contrato para la posteridad. Veamos. La libertad contractual proclamada en la segunda escolástica estuvo acorde con los planteamientos teológicos generales (del cristianismo) y particulares (de las doctrinas, en especial de la moral probabilística pregonada fundamentalmente por los jesuitas, pp. 44-86). Esto porque la libertad contractual fue la consecuencia esperable, en el campo jurídico-moral, del libre discernimiento dentro de una religión que evolucionó a la consigna del “tú decides”, esto es, al libre albedrío no solo ante lo bueno/malo sino también ante lo válido/inválido. De esta manera, que la voluntad de los contratistas, mutuamente aceptada, fuera el soporte del contrato, era del todo correspondiente con la forma en que se interpretaba la religión cristiana, la cual, agregamos, le daría aún mayor peso coactivo a los actos jurídicos fundados en la voluntad al señalar desde el derecho natural que la “palabra” debía respetarse, que el acuerdo libre debía ser cumplido. De allí el valor del juramento religioso, que confirmaba en no pocas ocasiones la voluntad expresada en asuntos jurídicos⁸ y políticos⁹. También, y bien lo recuerda Decock a lo largo de su obra, el discurso teológico que re-forjó la libertad contractual estaba en el trasfondo de un discurso dirigido a la salvación del alma, esto es, a la confesión (pp. 69-73 del texto reseñado). No olvidemos que en aquella época, la gran preocupación de los teólogos al momento de relacionarse con el derecho era dar un consejo preventivo, sabio y oportuno a quien se acercaba al sacramento sobre aquello que podía hacer para alcanzar los objetivos deseados por la voluntad de los contratistas sin poner en riesgo el alma inmortal. El confesor era la clave para contratar sin pecar. De allí que el comerciante católico, en el mundo hispánico, siempre solicitase con urgencia un buen confesor que le diese su consejo a partir de esa masa de saber práctico que aún no diferenciaba la moral del derecho¹⁰. Tomás de Mercado, ocasionalmente citado en el trabajo de Decock¹¹, con su “Suma de Tratos y Contratos”, sería un excelente ejemplo de esa relación esencial entre moralista y asesor letrado que se le exigía en aquel tiempo a los confesores, especialmente a los de mercaderes. En consecuencia, los discursos sobre la libertad contractual, con sus obvios límites

⁸ LORENTE, Marta. “El juramento constitucional”. En: Garriga, C. & Lorente, M. Cádiz, 1812. “La constitución jurisdiccional”. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. pp. 73-118. También: Botero, Andrés. “De la religión del juramento al juramento legal: conclusiones de un estudio sobre la evolución del juramento procesal en Colombia durante el siglo XIX”. En: Precedente, Revista de la Universidad ICESI (Cali-Colombia), 2013, Vol. 2, pp. 9-46.

⁹ PRODI, Paolo. “Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente”. Bologna: Il Mulino, 1992.

¹⁰ Sobre la estrecha relación de comercio y religión en la España del barroco (siendo el tema del confesor de comerciantes uno de sus aspectos), véase: PETIT, Carlos. “Del vsvs mercatorvm al uso de comercio. Notas y textos sobre la costumbre mercantil”. En: VV.AA. Historia de la propiedad: costumbre y prescripción. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2006. pp. 283-320.

¹¹

Pero la historia de influencias y herencias no termina aquí, dado que la segunda escolástica, hecha con tesón no solo por sotanas, re-forjó muchas instituciones jurídicas del *ius commune* para darles formas que fueron retomadas, ampliadas, pulidas, pero no siempre rechazadas, por los juristas más modernos. Esto lo pone en evidencia, por dar un buen caso entre muchos posibles, Guzmán Brito cuando expone la historia del concepto de “derecho subjetivo”⁵, sin caer en las viejas reducciones de considerar que las actuales categorías de derecho privado son productos recientes o que, si mucho, retomaron las fuentes romanas clásicas evitando las contaminaciones del *ius commune*, del *mos italicus*, de la segunda escolástica. Guzmán, actuando como filólogo, rastrea el concepto moderno de derecho subjetivo para afirmar que no es una institución *ex novo* del derecho codificado del siglo XIX y que se construyó mirando más a las tradiciones romanistas medievales y escolásticas que al derecho romano “puro”.

Y en esta línea es que ubico al texto de Wim Decock denominado “*Theologians and Contract Law*”, quien hace un buen recuento de renombrados miembros de la segunda escolástica, especialmente Domingo de Soto O.P., Luis de Molina S.J., Pedro de Oñate S.J., Tomás Sánchez S.J. y Leonardus Lessius S.J., entre los más citados, quienes re-forjaron, de cara al *ius commune* heredado en el marco del derecho canónico y el derecho español (pp. 21-43 del texto reseñado) la categoría de libertad contractual, tanto en sus posibilidades dentro de una teoría general del contrato (capítulos 2 y 3) como en las limitaciones que debía tener en lo jurídico y en lo moral (capítulos 4, 5 y 6), dando así sólidas bases en su proceso transformativo para lo que se vendría después. Además, Decock, si bien no está interesado en su libro, por motivos de restricción del objeto de estudio (p. 6), en demostrar la influencia o el entronque entre la construcción escolástica de la libertad contractual con el liberalismo económico (léase capitalismo)⁶, sí deja muchas pistas al lector que le permiten matizar el supuesto origen calvinista del capitalismo⁷ y descartar de plano la opinión de que el derecho contractual moderno –con sus categorías dogmáticas como “derechos subjetivos”, “propiedad privada”, “libertad contractual”, etc.– es una institución por entero novedosa, fruto de una ruptura histórica gracias a la puesta en escena del Estado y los códigos en pleno siglo liberal.

Pero el párrafo anterior merece aclaraciones. Se trató, según mi lectura, de una re-forja de la institución jurídica de cara a la cultura que se vivía como propia, todo lo cual dejó una nueva herencia para ser re-forjada más adelante en otras culturas, como la racionalista y posteriormente por la codificada. De esta manera, sería desacertado, si le entendimos a Decock, considerar que la segunda escolástica, como doctrina general, no aportó nada al concepto de libertad contractual que ahora circula; e igualmente erróneo creer lo opuesto: que nuestro actual concepto es eminentemente el escolástico. Habrá, pues, que buscar el difícil y escurridizo punto medio, que permite comprender cómo la segunda escolástica fue una causa necesaria en el desarrollo de aquel

⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro. “La introducción del concepto de derecho-facultad (“derecho subjetivo”) en la ciencia jurídica y en la Política”. En: *Legal Roots, The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, 1, 2012, pp. 23-61.

⁶ Sin embargo, este tópico de la relación entre capitalismo y segunda escolástica ya lo trató en: DECOCK, Wim. “Leonardus Lessius (1554-1623) y el valor normativo de usos y consuetudo mercatorum para la resolución de algunos casos de conciencia en torno de la compra de papeles de comercio”. En: Madero, M. y Conte E. (Eds.). *Entre hecho y derecho: tener, poseer, usar en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Manantial, 2010. pp. 75-94. Igualmente: DECOCK, Wim. “In Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus”. En: *Max-Planck-Institute for Legal History Research Paper Series*, 2012, 1, 4, pp. 1-36.

⁷ Me refiero al ya clásico trabajo de Weber: “Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus”.

morales, tuvieron como una importante sede a la confesión y como un destinatario natural al confesor.

¹ El autor explica en el capítulo 1.3 (pp. 14-20) que se limita fundamentalmente a los teólogos y canonistas católicos que publicaron en latín entre 1500-1650. Sin embargo, él mismo señala que hará en su libro algunas referencias al dominico Tomás de Mercado a pesar de haber escrito en lengua vernácula. Queda la pregunta sobre si los autores que escribieron en latín fueron o no más significativos para las culturas jurídicas de su época que los que lo hicieron en lenguas vernáculas.

¹² Al final de los capítulos 3, 4, 6 y 7, Decock ubica un subcapítulo dedicado a explicar cómo los asuntos explicados en cada apartado llegaron a manos de Grocio. El lector agradece esta organización, pues le deja en claro cómo la institución de la libertad contractual, con sus límites formales y sustanciales, mutó en el tiempo, a la vez que le permite poner en entredicho a quienes consideran que entre la segunda escolástica y el racionalismo hubo una ruptura radical.

¹³ Lo que remite al análisis crítico de Carpintero sobre las consecuencias de fundar las obligaciones jurídicas en la voluntad en vez de hacerlo sobre los hechos. Cfr. Carpintero Benítez, Francisco. "Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho". En: *Dikaioyne*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, 15, 2005, pp. 29-57.