

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA

JAVIER TAMAYO JARAMILLO*

1. Planteamiento del problema. Sin darnos cuenta, el concepto de “constitucionalización del derecho” se convirtió en el ingrediente de mayor confusión e inseguridad jurídica en el país, pues como lo afirma la doctrina¹, la jurisprudencia de la Corte Constitucional invariablemente lleva a esa forma de concebir la interpretación de las normas. Pero dada la vacuidad de las definiciones, ¿alguien sabe con exactitud en qué consiste esa constitucionalización y sobre todo, cómo se aplica en la práctica? A veces se utiliza el concepto como un comodín para deshacerse de una norma legítima de rango inferior que tomada fuera de contexto contradice algún principio constitucional. Así por ejemplo, en una acción de grupo contra un banco, los demandantes pedían que el banco fuese condenado a devolver a sus usuarios todo lo que durante los últimos 5 años, el banco, en virtud de un contrato válido, les había cobrado a dichos usuarios por servicios bancarios. El fallo de primera instancia, desconociendo el estatuto financiero y el Código Civil, afirmó que el banco no podía cobrar por sus servicios, ya que según los artículos 2 y 78 de la Constitución, los usuarios tenían derecho “a la participación en las decisiones que los afecten”, y que como esos dos artículos no habían sido desarrollados legislativamente, el contrato carecía de valor, pues con su aplicación se violaría el “debido proceso constitucional”, por no negociar con cada cliente el valor de los servicios. En consecuencia, el banco debía devolver lo cobrado por servicios². Sentencia que se pudo haber fundado más correctamente en una posible cláusula nula por ser abusiva del derecho, sin tener que acudir incorrectamente a la violación del derecho constitucional de igualdad.

¿Significa lo anterior que las ventas realizadas en los grandes supermercados son nulas y hay que devolver el dinero porque no hubo discusión de los precios, o porque el Congreso no ha desarrollado los artículos 2 y 78 de la Constitución? Si en un gran supermercado, el comprador no se pone de acuerdo con el vendedor sobre el precio de un alimento de primera necesidad, ¿cuál será el camino a seguir si tenemos en cuenta los argumentos del fallo? El vendedor, más fuerte

* Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Tratadista en Derecho de Seguros, Responsabilidad civil y Transporte, Doctor Honoris Causa de la Universidad de San Pedro, Perú, Profesor emérito de la Universidad Inca Garcilazo de la Vega de Lima.

¹ LÓPEZ MEDINA, Diego, 2.002, *Interpretación Constitucional*. Editado por el Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá. Primera edición, p. 43 s.s.

² BOGOTÁ. JUZGADO 26 CIVIL DEL CIRCUITO. Sentencia de Mayo 19 de 2.005. Radicado 24151. Juez: Leonardo Caro, p. 11 y 12. Copia tomada directamente del expediente.

económicamente que el consumidor, no va a rebajar el precio por más que lo discuta con el comprador, y, en una libre ley de oferta y demanda, no se le puede imponer al vendedor la obligación de que rebaje el precio, por lo menos de forma espontánea e inmediata. Y si luego de la discusión sobre el precio, el comprador no tiene más opción que comprarlo, ¿el hecho de haberlo discutido ya libera al vendedor de su ilicitud dominante? O, siguiendo este fallo, ¿el supermercado deberá devolver el precio? ¡Pequeños guijarros que van dejando fallos incoherentes!

2. Posibles significados del concepto “constitucionalización del derecho privado”. En general los autores se contentan con afirmar que la constitucionalización del derecho privado consiste en que la Constitución irradia sus principios sobre todo el ordenamiento jurídico de forma tal, que norma que contradiga dichos principios debe ser expulsada del sistema jurídico. Pero esa noción de “irradiación” es ambigua y puede interpretarse en dos sentidos por entero diferentes. Veamos:

3. Ley acorde formal y materialmente con la Constitución. De un lado, puede afirmarse que toda ley debe estar acorde formal y valorativamente con la Constitución, y que ésta en la medida en que contiene principios, valores y derechos fundamentales, está orientada por una pretensión de corrección moral que irradia las normas inferiores. Algunos autores³ que acogen la relación entre derecho y moral, plantean esa relación como una pretensión general de moralidad y corrección del sistema jurídico en su totalidad, sin tener en cuenta la moral o corrección de todas y cada una de las normas aplicables. Para ellos, una norma es válida así sea injusta, siempre y cuando el sistema en general sea justo y aceptado por la comunidad donde rige. En consecuencia, la constitucionalización del derecho privado significaría para esta corriente, que las normas de carácter legal o reglamentario deben estar de acuerdo con la Constitución no solo formal sino materialmente, así al aplicarlas a casos concretos, el perdedor vea afectado un derecho fundamental.

4. Sentencia moralmente correcta así sea contrariando la ley. Pero algunos tribunales y doctrinantes acuñaron el término “constitucionalización de la ley” para significar que los principios constitucionales se irradiaban a todas las normas, caso por caso, de forma tal que se deben aplicar esos principios constitucionales en forma directa pasando por encima de lo que establece la ley. Es decir que la sentencia debe respetar los derechos constitucionales referentes al caso, poco importa la claridad y la constitucionalidad de la ley aplicable. Se dijo entonces que los principios constitucionales irradiaban el orden jurídico en su totalidad no solo en aquellos casos de lagunas normativas o zonas de penumbra, *sino inclusive en*

³ PRIETO SANCHÍS, Luis, 1.999, *Constitucionalismo y Positivismo*, Editado por Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, Ciudad de México, México, Segunda edición, p. 54 y s.s; HABERMAS, Jürgen, citado por PRIETO SANCHÍS, Luis, ob.cit., p. 56; BOBBIO, Norberto, 1.965, *El problema del positivismo jurídico*. Editado por Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, Ciudad de México, México, Segunda edición, p. 87.

*aquellas normas o contratos que pese a su exequibilidad y a su claridad lingüística no ofrecían una solución correcta*⁴ (si la norma o el contrato son inconstitucionales, no es indispensable tanta elucubración pues desde 1.910 la excepción de inconstitucionalidad existe en Colombia). Pero hay una posición más radical todavía, que es la propuesta por DWORKIN⁵, según la cual el juez debe aplicar la única solución correcta al caso concreto aplicando principios inclusive ajenos a la Constitución y a las leyes exequibles. Pero en uno y otro caso se trata de aplicar la norma moralmente correcta al caso concreto, más allá de lo que digan las leyes, por exequibles que éstas sean. A estas dos variables que denominaré *teorías de la normatividad moral* dedicaré los párrafos que siguen (I), para al final proponer una solución diferente basada en la primera concepción (II).

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO NORMATIVIDAD MORAL

5. La noción de laguna y de caso difícil en la teoría valorista o del normativismo moral. DWORKIN⁶, cuyo pensamiento se enmarca en la versión radical de esta doctrina, trata de demostrar su particular posición, partiendo del presupuesto de que es tal la identificación existente entre derecho y moral, que norma que sea injusta desde el punto de vista de la moral, deja de ser derecho. En consecuencia, para este autor las lagunas y los llamados casos difíciles no dependen de la claridad u oscuridad de los textos normativos sino de la justicia o injusticia que los mismos encarnan. Laguna o caso difícil es para DWORKIN (*supra num. 4*) el caso en el cual independientemente de la claridad lingüística del texto normativo que lo regula, la solución justa se torna difícil de hallar por circunstancias de diversa índole. Esa aplicación de la moral a cada caso concreto es lo que se denominó originalmente constitucionalización del derecho⁷. ¿Es ese el derecho que se aplica en Colombia?

⁴ AGUILÓ, Josep, 2.004. *La Constitución del Estado Constitucional*, Coeditado por Temis y Palestra, Bogotá, Colombia y Lima, Perú, Primera edición, p. 57 s.s.

⁵ DWORKIN, Ronald. Citado y analizado por PRIETO SANCHÍS, Luis, 2.005. *Apuntes de teoría del Derecho*. Editado por Editorial Trotta S.A, Madrid, España. Primera edición, p. 241 y 242.

⁶ DWORKIN, Ronald, 1.982, *Los derechos en serio*. Editado por Ariel, Barcelona, España, Página 23 y s.s.

⁷ El profesor JOSEP AGUILÓ explica así el fenómeno de la constitucionalización del derecho, tal como lo concibe esta escuela: *“El orden jurídico legítimo será expresivo de una “razonable” determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que se refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como prueba de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues, de la comprobación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta del caso en cuestión. Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar “la constitucionalización del orden jurídico” y ha supuesto que en la teoría del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la*

6. La constitucionalización así entendida es incompatible con el Estado de derecho. De entrada, fácil es observar que esta concepción de la constitucionalización del derecho sería de ilegítima aplicación en Colombia, ya que nuestra Carta, en forma expresa dice en su artículo 1, que Colombia es un Estado social de derecho. Y el artículo 230 de la misma Carta establece que el juez solo estará sometido al imperio de la ley, y que la equidad y los principios generales del derecho solo serán fuentes auxiliares del juez en su función de aplicar la ley. De donde se infiere que el juez no puede, so pretexto de aplicar la solución correcta, mediante el mecanismo de la constitucionalización de la ley, desconocer ésta y la Constitución misma. Si la norma legal o reglamentaria no es inconstitucional, el juez no puede ignorarla so pretexto de que no le parece justa. Por lo demás la teoría es imposible de aplicar como práctica judicial generalizada en las sociedades basadas en el derecho positivo⁸.

Ahora, la doctrina y la jurisprudencia que en Colombia defienden esta concepción de constitucionalización así concebida, pretenden convertir nuestro derecho en un laboratorio para tratar de volver realidad lo que los mismos filósofos que la idearon, consideran como una utopía que atenta contra el estado de derecho y que no se aplica en ninguna parte en forma generalizada. Nuestra Corte Constitucional y parte de nuestra doctrina parecieran no saber o no querer saber que el concepto Estado de derecho consiste en el respeto a los principios de legalidad e igualdad de todos, derivados de leyes escritas y claras, previamente establecidas, interpretadas razonablemente. Sin esos principios no hay Estado de derecho. Puede que llegue a existir Estado justo, más no Estado de derecho. El Estado de derecho es de imposible concreción real si solo se aplican directamente los principios, los derechos y los valores constitucionales sin leyes que los desarrollen y los restrinjan para hacerlos viables y compatibles entre sí, de forma tal que puedan coexistir esos derechos en cabeza de toda la sociedad. Si el

teoría de la autoridad a la teoría de la justicia". Ob. cit., p.57; Y GUASTINI, citado por el mismo AGUILÓ al referirse al principio de razonabilidad que sirve de apoyo a la doctrina de la Constitucionalización que venimos analizando, expresa lo siguiente: "(...) Se llama "laguna axiológica" a la falta no de una norma cualquiera, sino de una norma "justa" es decir, de una norma que no está pero que "debería" estar, porque es requerida por el sentido de justicia del intérprete o por una norma superior (ob. cit., p.61)".

⁸ El mismo DWORKIN, según afirma RODOLFO ARANGO, acepta que su teoría de la única solución correcta no es aplicada por ningún ordenamiento jurídico en la práctica, y que ella solo sería aplicable en países avanzados. ARANGO, Rodolfo, 2.004. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* Editado por Ediciones Uniandes, Bogotá, Colombia. Páginas 38 y 56. De su lado HABERMAS se refiere a este punto en la siguiente forma: "Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad del derecho válido. Esta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo que bajo las condiciones de la división jurídico estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica.". Citado por GARCÍA AMADO, José Antonio, 1.999, "La Filosofía del derecho de Habermas y Luhman", editado por Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. p. 57.

Código Civil, o el Penal o el de Comercio regulan y restringen derechos fundamentales en forma legítima, tales códigos hay que respetarlos, mientras no sean inconstitucionales, pero dicha constitucionalidad no puede deducirla el juez de que su aplicabilidad sea justa en un caso pero no lo sea en otro.

En conclusión, la constitucionalización concebida como la solución justa del caso concreto sin tener en cuenta lo que dice la ley que no es inconstitucional, está prohibida en Colombia, porque este país es un Estado de derecho y el juez está sometido al imperio de la ley y al principio de legalidad (art. 230 C.P.). En la medida en que la ley siempre restringe principios *prima facie*⁹, el juez encontrará que la ley contradice principios constitucionales, y si por esa restricción deja de aplicar la ley, entonces ésta simplemente desaparece, pues siempre será inconstitucional. Y si abusa de la ponderación de principios para imponer su decisionismo, el resultado será igual, lo que atenta contra el Estado de derecho.

7. La constitucionalización debe ponderar los derechos de terceros ajenos al proceso. Pero en líneas generales, la constitucionalización del caso concreto termina por crear el más burdo e injusto individualismo en perjuicio de la mayoría de los débiles, ya que los jueces que aplican ese mecanismo generalmente hacen una ponderación entre los derechos fundamentales del beneficiado con la decisión, y la ley que ha de ser superada por ese derecho de rango constitucional, cuando en realidad esa ponderación de derechos hay que hacerla es sobre todo frente a los derechos fundamentales de ciudadanos inermes que de una manera u otra se ven afectados negativamente por el fallo a favor de determinada persona. Así, por ejemplo, con la aplicación directa de los derechos prestacionales que hace la Corte Constitucional se protege a una persona débil, pero con los escasos recursos financieros del Estado, que muy seguramente serían más útiles y necesarios en otras capas de la sociedad. Al interpretar una ley exequible como la ley 100, que regula la seguridad social, para conceder prestaciones no previstas en ella, la Corte en lugar de ponderar la ley frente al derecho constitucional de ese paciente en concreto, debería ponderar la situación de éste con la de los demás pobres que en virtud de esa tutela, se quedarán sin salud por ausencia de recursos¹⁰.

8. La restricción necesaria de los derechos fundamentales destruye la doctrina de la constitucionalización del derecho privado. Si se aplica con rigor la doctrina de la constitucionalización entendida como la aplicación de la única

⁹ ALEXI, Robert, 2.002. *Teoría de los derechos fundamentales*. Editado por el Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, España, Página 267 s.s.

¹⁰ ALEXI, al analizar la restricción de los derechos fundamentales considera que el juez, al hacer la ponderación de los mismos, debe tener en cuenta que las restricciones muchas veces son válidas con el fin de proteger derechos de terceros, y que por lo tanto, esa restricción legal es constitucional. Ob. cit. p. 268 s.s. En el Brasil algunos bancos de crédito de consumo popular cerraron el servicio porque un juez negó una acción ejecutiva contra un deudor incumplido argumentando que si el deudor pagaba se quedaba sin el mínimo vital.

solución correcta al caso concreto, carece de sentido que haya leyes, sobre todo si son restrictivas, pues bastarían los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución, visto que la ley siempre deberá ceder su campo a la Constitución. Pero como en la práctica esa no es la solución que mayoritariamente aplican los jueces del mundo entero, incluidos los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia, es indispensable descubrir dónde está el sofisma que permite a los ingenuos y neófitos semejante dosis de optimismo. Y ese sofisma consiste en ignorar que en todos los ordenamientos jurídicos del mundo cuyas constituciones consagran principios, valores o derechos fundamentales, estos son *prima facie*, y por lo tanto deben ser restringidos, y al serlo, la constitucionalización debe tener en cuenta dichas restricciones, lo que exige que se respeten las leyes positivas si son claras, si buscan proteger derechos fundamentales de terceros, y si en general no son inconstitucionales. Y si el caso es difícil se deben buscar los distintos sistemas de integración previstos en la Constitución y la ley, para en esa forma, sin desconocer la constitucionalidad de la norma, se aplique la interpretación lingüística que se considere más justa. Así se conserva el Estado de derecho y la constitucionalización entendido tal concepto correctamente. Si la operación interpretativa consistiera siempre en la comparación entre la norma legítimamente restrictiva y el principio fundamental categórico abierto, tal y como aparece en el texto constitucional, siempre habría que desatender los códigos y lo único útil para la administración de justicia serían la Constitución y su intérprete. No existe en ninguna parte del mundo una ley o decreto que no restrinja uno o varios principios y derechos fundamentales, sin que por ello se pueda afirmar que dichas leyes son inconstitucionales, ni que el juez debe dejar de aplicarlas, so pretexto de que son contrarias a los textos constitucionales. Si se toma una ley en abstracto por fuera del contexto del sistema, siempre será inconstitucional y los que aplican la constitucionalización del derecho, fallarán según su ideología, porque esas leyes siempre contradirían el artículo 4 de la Constitución. En consecuencia, si se tiene clara la existencia necesaria de la restricción de los derechos fundamentales, la constitucionalización del Derecho privado, como la concibe la teoría que ahora analizamos, pierde casi toda su fuerza, pues el juez no puede comparar en abstracto la ley restrictiva con el derecho restringido, porque si así fuera, éste siempre se impondría, lo que va contra toda la lógica del sistema. ALEXI¹¹, demuestra magistralmente la restricción necesaria de los principios constitucionales *prima facie*, y el respeto que merecen esas leyes restrictivas.

9. Consecuencias de la restricción de derechos frente a la doctrina de la constitucionalización de la ley. Explicada y aceptada la restricción necesaria de los derechos fundamentales, entonces la teoría de la constitucionalización de la ley, tal y como la doctrina de la *normatividad moral* (la que sostiene que norma que no sea moralmente válida no se aplica) la entienden, se derrumba como un castillo de naipes, porque los derechos adquiridos por una de las partes litigantes

¹¹ ALEXY, Robert, Ob. cit. p. 267 s.s.

con base en las restricciones legítimas e indispensables de los derechos de ambas partes, no permite al juez desconocer tales derechos so pretexto de imponer respeto incondicional a los derechos de quién no tiene la razón, bajo el argumento de que al aplicar y reconocer esos derechos ya restringidos, deja de obtenerse la única solución correcta. La teoría de la constitucionalización así concebida es contraria a la restricción de derechos fundamentales, ya que lo que le interesa a la constitucionalización es la justicia del caso concreto, poco importa lo que digan las normas restrictivas a partir de las cuales se crean situaciones jurídicas que imponen deberes u obligaciones y conceden derechos.

10. La constitucionalización del derecho privado no puede desconocer derechos adquiridos de terceros. Fuera de lo anterior, si se aplica la teoría con todo su rigor al derecho privado, los derechos adquiridos de terceros se verían desconocidos generándose una responsabilidad objetiva del Estado en su calidad de juez. Un juez no puede negarse a obligar al poseedor ilegítimo o al arrendatario de un inmueble a devolverle al propietario el bien bajo el argumento de que al hacerlo el poseedor ilegítimo se quedaría sin el mínimo vital consagrado en la Constitución, y se violaría el derecho a la igualdad. Todavía más: si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad tomado en abstracto permite a todo individuo devenir propietario, sería necio discutir si un pordiosero, que carece del mínimo vital, puede demandar por alimentos o por servicios de salud a un rico hacendado. Es evidente que puestos en ponderación abstractamente, el derecho al mínimo vital prima sobre el derecho de propiedad. Pero dentro del orden jurídico restringido legítimamente, esa pretensión del pordiosero no está llamada a prosperar, porque el demandado, por lo menos en el Derecho vigente, no tiene obligación alguna frente al demandante, ya que su derecho al patrimonio está legitimado por la Constitución y la ley. Sin embargo, si se aplica con todo rigor la doctrina de la constitucionalización del derecho, como la concibe la doctrina del *normativismo moral*, el juez podría obligar al demandado a entregar al demandante lo que éste solicita, pues las leyes que protegen el derecho de propiedad podrían a criterio del juez, ceder frente al derecho a la vida y al mínimo vital del actor. Ahora, es posible que un juez declare nula por abusiva una cláusula contractual, mediante la cual el acreedor elude garantías legales. Pero en ese caso, lo que ocurre simplemente es que la cláusula, aparentemente válida, no se acomoda a los principios constitucionales. Es un problema de interpretación del contrato a la luz de la ley y de la Constitución misma, y no un problema de constitucionalización. Pero ese no es el verdadero sentido del problema, pues la constitucionalización tal y conforme la venimos explicando se aplicaría aún cuando la cláusula estuviese ajustada a una ley exequible, si al juez le parece injusta para el caso concreto, porque contradice un derecho fundamental. La trascendencia de la constitucionalización en DWORKIN y la Corte radica, si se quiere ser consecuente, *en desconocer una ley o un contrato válidos*, so pretexto de aplicar al caso concreto un principio constitucional más justo que esa ley. Si la ley o el contrato son inconstitucionales, la teoría de DWORKIN no se necesita, pues la

excepción de inconstitucionalidad que existe en Colombia desde 1.910 resuelve el problema.

11. No se puede confundir constitucionalización con ponderación por conflicto de derechos. Tampoco se presenta el problema de la constitucionalización que defiende esta escuela del *normativismo moral* cuando en un litigio entre particulares, se produce un conflicto de derechos fundamentales. Así por ejemplo, si alguien demanda a otra persona porque con sus notas humorísticas en la radio le está violando el derecho al honor, chocan este derecho y el de la libre expresión, y cuando el juez opta por proteger uno de los dos derechos, estará ponderando los bienes en conflicto y legítimamente se decidirá por uno de los dos. Pero no ocurre lo mismo cuando en un proceso de lanzamiento de un inmueble, por falta de pago del canon, chocan el derecho de propiedad, legítimamente adquirido, y el derecho a la vivienda digna del arrendatario. En este caso se aplica la ley, por dura que sea y no hay ponderación de derechos, pues la restricción legal es constitucional, así su aplicación deje al perdedor sin un derecho constitucional como sería el del mínimo vital.

12. ¿Se aplica por el juez del caso concreto la constitucionalización a normas ya declaradas exequibles por la Corte constitucional? Pero hay otro obstáculo que debe superar la doctrina de la constitucionalización del derecho privado, tal y como la entiende la corriente que venimos analizando. En efecto, se entiende que de acuerdo a una constitución de valores basada en un Estado social de derecho, como el consagrado en el artículo 1 de la Carta del 91, la constitucionalidad de una norma no solo depende de su concordancia con los formalismos constitucionales de su elaboración, sino también de la concordancia con los principios materiales de la misma Constitución. Ello quiere decir que toda norma declarada exequible por la Corte, se entiende ajustada material y formalmente a la Constitución y por lo tanto, los jueces al aplicar una de esas normas, no pueden desconocer su exequibilidad. Así por ejemplo, la Corte declaró exequible parcialmente el artículo 11 de la ley 472 de 1.998, relativa a las acciones populares y de grupo, en lo referente a la caducidad de las acciones. Por lo tanto, so pretexto de aplicar justicia al caso concreto, el juez no puede desconocer lo ya decidido por la Corte en relación con esa norma. ¿Qué dirán frente a este argumento los partidarios de la constitucionalización moralista de la ley?

13. Trascendencia de la constitucionalización realizada por la Corte Constitucional. De otro lado, debe tenerse en cuenta que dada la obligatoriedad del precedente constitucional, si la Corte por vía de tutela, por ejemplo, deja de aplicar la prescripción so pretexto de proteger un derecho fundamental, el derecho de igualdad conlleva a que prácticamente la prescripción desaparezca pues en todos los pleitos siempre hay derechos constitucionales de por medio. La Corte no puede inaplicar la prescripción para proteger unos derechos y aplicarla en desconocimiento de otros, pues violaría el principio de igualdad. ¿Podrá un juez de Circuito desconocer lo decidido por la Corte so pretexto de constitucionalizar su

caso concreto? Si el juez no puede hacerlo por respetar el precedente, la constitucionalización desaparece casi por completo. Y si puede hacerlo, el precedente deja de ser obligatorio. Nos deben esa respuesta.

14. ¿La constitucionalización busca la norma justa, o una solución que proteja al débil? Pero además es preciso observar una enorme confusión que existe entre la doctrina y la jurisprudencia que predica la constitucionalización del derecho privado, pues una cosa es aceptar, como lo acepto yo, que la Carta contiene una serie de derechos y principios que encarnan unos valores concretos de carácter superior que la ley debe reflejar, y otra bien diferente consiste en afirmar que todo el ordenamiento jurídico está inmerso en un entorno envolvente e infinito de valores que obliga a que el juez en cada caso concreto, se olvide de la ley positiva para en su defecto, otorgar en la sentencia lo que él subjetivamente considere más valioso. Y el problema no es de poca monta, pues la lógica impone que, aún aceptando la teoría de la normatividad moral, es decir de la identidad entre norma jurídica y norma moral, que sirve de base a la constitucionalización de la ley, lo que debería ser justo es la norma legal como principio abstracto y no la decisión del caso concreto. Esta teoría, si quiere ser jurídica por lo menos en una mínima parte, tendría que aceptar que la identidad entre norma jurídica y norma moral, conduce a que la justicia haya que buscarla en la norma en abstracto que ha de aplicarse, y no en los resultados nefastos que ella, por justa que sea, pueda producir en la persona desfavorecida por la decisión judicial. En efecto, puede ser que una norma escrita sea inconveniente para el débil si se aplica en una solución concreta y sea conveniente en otra situación diferente. Así por ejemplo, las normas que imponen límites indemnizatorios en responsabilidad civil podrán resultar lamentables si el responsable es una persona pudiente y la víctima es una persona pobre, mientras que si el responsable es pobre y el perjudicado es rico uno podría pensar que los límites indemnizatorios hacen justicia. El juez, aún el que aplica la doctrina teleológica de los valores, analizará en el ejemplo planteado si es justo en general que hayan esos límites indemnizatorios, y si llega a la solución afirmativa tendrá que aplicarla así quien pierda el pleito quede en la miseria. En mi concepto si se piensa que lo que debe ser justo es la solución del caso concreto y no la norma que le es aplicable, se destruye todo el sistema jurídico.

15. ¿Cuál es la moral que se aplica al constitucionalizar la ley?

En teoría, la posición de la Corte y de sus seguidores en relación con la constitucionalización del derecho privado, constituye el más ingenuo de los sueños. Qué más quisiera el hombre de la calle que hubiera un juez sabio, el Hércules de DWORKIN, capaz de aplicar principios de una moral objetiva y justa a cada caso concreto. Pero surgen preguntas ineludibles, así uno comparta la solución propuesta por la Corte. ¿Se trata de fallar de acuerdo con la moral crítica e íntima de las personas que deben ser juzgadas, puesto que ellas supuestamente actuaron y negociaron de acuerdo con su conciencia y no tienen porque ser juzgadas con base en los principios morales del juez? ¿Se fallará de acuerdo con

la moral íntima del juez, en cuyo caso las normas sólo se conocen después de fallado el asunto y el sujeto pasivo del fallo viene a saber cuáles eran sus obligaciones una vez fallado el asunto? ¿Se fallará con base en la moral social representativa de la opinión mayoritaria de una sociedad, en cuyo caso las minorías estarán totalmente desprotegidas puesto que sería un error tener como moral social la de una minoría? ¿Por qué no se darán cuenta los defensores de esta doctrina, de que los valores, la moral y todo lo que sea metafísico es de imposible demostración? ¿Cuántas culturas han desaparecido en nombre de la justicia no legislada? Yo me pregunto: ¿será jurídico que un individuo celebre por ejemplo un contrato de franquicia siguiendo para ello la legislación positiva vigente, para que después el juez que deba fallar un conflicto entre las partes ignore el contrato y las normas en que éste se basó, para en su lugar basarse en la moral? ¿Es factible que al momento de celebrar el contrato las partes imaginen la percepción que el juez tiene de las consecuencias morales de dicho contrato, para en esa forma, basarse en ellas y no en lo que dice el Código de Comercio? Es evidente que dicha previsión es imposible y que por lo tanto, las normas que sirven de soporte al contrato al momento de su celebración no son Derecho, pues, según la Corte, el verdadero derecho es el que dicen los jueces basados en postulados universales de moral. Y siguen las preguntas: si un islamista contrae, en un país donde exista el delito de bigamia, tres matrimonios a la vez, ¿podrá el juez penal, también islamista, absolver al sindicado bajo el argumento según el cual, su moral le permite celebrar varios matrimonios coexistentes? Y por el contrario, ¿si el juez es cristiano y debe fallar un asunto sobre poligamia en un país islámico, donde dicha práctica es aceptada por la moral social, podrá el juez fallar contra ese individuo siguiendo su principio moral de que la monogamia es lo correcto? Ningún partidario colombiano de la teoría responde.

16. ¿Se aplica en Colombia esta concepción de la constitucionalización de la ley?

Ya hemos visto el entusiasmo con el cual los autores y jueces¹² afirman que en Colombia la ley, en especial la relativa al derecho privado, ha sido constitucionalizada a partir de la Carta de 1.991. Pero los que estamos a diario en los tribunales y leyendo las decisiones de la jurisprudencia, encontramos que así definida la constitucionalización de la ley, es decir, como la facultad de desatender el texto normativo claro bajo el pretexto de que su aplicación sería injusta, tiene una aplicación marginal, porque las tutelas que conceden prestaciones de salud, son constitucionalización de la ley, pero no del derecho privado, pues siempre las costea el Estado (solución también discutible). Y como veremos más adelante, cuando se dice aplicar la constitucionalización al derecho privado, de lo que se trata es solo de interpretaciones sobre la ejecución del contrato. Y en otros casos donde sería clara la constitucionalización, si es que de verdad se aplica, esta se niega. Sería bueno que los teóricos que no han pisado un juzgado fueran a la Corte Suprema de Justicia y vieran cómo en los recursos de casación que son

¹² LÓPEZ MEDINA Diego, ob. cit., p. 43.

numerosos, lo que se discute no es si el juez aplicó con justicia la norma atacada en el cargo, sino si la interpretó con base en los criterios de aplicación e interpretación propios del Derecho positivo. Lo mismo sucede en la Corte Constitucional en los fallos de tutela contra providencias judiciales de derecho privado por desconocimiento de normas claras. Es decir que para la tribuna se dice una cosa, pero para el “consumo judicial” se hace todo lo contrario. Ahora, reitero que en la práctica, al hacer la ponderación de derechos en conflicto, el juez siempre encontrará si lo desea, que la ley, por ser restrictiva de derechos *prima facie*, es inconstitucional, y entonces esa libertad en la ponderación servirá de pretexto para el creacionismo y el decisionismo más contrario al Estado de derecho que pueda imaginarse. La argumentación siempre está al alcance de la mano después de tomar la decisión. En el ejemplo del banco citado al comienzo, era evidente que había desigualdad entre las partes, pero en una economía de mercado esa desigualdad siempre existirá y es legítima a menos que sea abusiva, pero en ese caso no hay un problema de inconstitucionalidad del contrato sino de nulidad del mismo por ser abusivo. A los profesores de interpretación constitucional yo les pediría que a sus alumnos les explicaran cómo aplicarían ellos la noción de constitucionalización de la ley según la plantean la Corte y DWORKIN en casos como los siguientes:

a) Un incapaz absoluto celebra un contrato cuya anulación se solicita por la contraparte y el fallo, según la ley civil, debe favorecer al demandante. Les pregunto a los defensores de la constitucionalización del derecho civil si en caso de que el incapaz quede en la miseria (sin el mínimo vital de que hablan la doctrina y la jurisprudencia) por la anulación del contrato, ¿el juez deberá abstenerse de declarar la nulidad pues ello beneficiaría al rico e iría contra la distribución de la riqueza y atentaría contra los derechos constitucionales del demandado a tener una vivienda digna, a la salud y al mínimo de subsistencia?

b) Igual pregunta les hago para el caso en que el arrendatario de un inmueble, donde además de habitar con su familia tiene un pequeño comercio, es demandado por el arrendador cuya única fortuna es ese inmueble, para que lo desocupe por el no pago del arriendo. ¿Podrá el juez negarse a decretar la entrega y el lanzamiento, bajo el argumento de que eso no es propio del Estado Social de Derecho ya que el arrendatario va a quedar sin trabajo, sin vivienda digna y sin salud ni educación, y por lo tanto la Constitución está por encima del Código Civil?

c) Y qué decir de la familia indigente que demanda la indemnización del daño al particular responsable por la muerte de su esposo y padre, 15 años después de ocurrido el hecho. ¿Deberá el juez desconocer la restricción que a los derechos del demandante impone la prescripción que en este caso es de 10 años, y no declarar probada dicha excepción prevista en el Código Civil, argumentando que en ese caso concreto la constitucionalización exige condenar al responsable, pues de no hacerlo se estaría violando el derecho fundamental al mínimo vital? Es

evidente que allí la ley contradice un principio constitucional y sin embargo se sigue aplicando. Entonces ¿en qué quedamos?

Todo lo anterior muestra que es una ilusión vana pretender que todo el ordenamiento jurídico deba ser interpretado alrededor del logro del Estado Social de Derecho o que todo caso se resuelva con base en los principios constitucionales tomados en forma categórica y no *prima facie*, como lo exigen los principales autores¹³ olvidando que las restricciones a los citados derechos, previstas en la ley, son un mecanismo necesario de coexistencia y convivencia de los mismos. Y si los jueces se embarcan en esa vía terminarán por extinguir la totalidad del orden jurídico incluyendo el resto de la Carta Política, porque recuérdese bien que según la Corte, las demás normas, incluidas las constitucionales, deben ser interpretadas al servicio del objetivo central que es el Estado Social de Derecho. Los contratos de arrendamiento, de compraventa o de permuta, son restricciones que conceden derechos adquiridos, que el legislador impone al derecho fundamental de propiedad, y por lo tanto, no se pueden desconocer bajo el pretexto de que ellas deben ceder ante el derecho de propiedad que en forma categórica y abierta consagra la Carta magna. Iguales restricciones imponen las normas procesales o penales, pues muchas de ellas tomadas aisladamente van contra derechos fundamentales, pero son legítimas para permitir que los otros derechos y los otros individuos puedan disfrutar también limitadamente de sus derechos. En consecuencia, la constitucionalización así concebida del derecho privado es una vana ilusión que, como dice DWORKIN, (*supra num. 6, pie de página num. 8*) nunca se aplica.

17. Sofismas de la Corte Constitucional. Sentencia T-662/06. En la sentencia T- 662 de 2006¹⁴, la Corte dice aplicar la constitucionalización del derecho privado a un contrato de medicina prepagada. Sin embargo, no hay tal, y lo que ocurrió simplemente fue que la Corte en fallo de tutela, interpretó la intención de las partes en la ejecución del contrato. En efecto, un afiliado a una entidad de medicina prepagada requería una prótesis y una intervención quirúrgica en un oído. La entidad de medicina prepagada objetó estas prestaciones porque las prótesis estaban excluidas al igual que los tratamientos realizados por médicos ajenos a dicha institución. La Corte en su sentencia negó al demandante su pretensión al pago de la prótesis, que era lo más necesario y lo más costoso, pese a que era indispensable para recuperar el sentido del oído, pero concedió la prestación relativa a la intervención quirúrgica para colocar la prótesis, bajo el argumento de que en una primera intervención en el otro oído realizada por un médico ajeno a la institución, había sido reconocida y que en consecuencia, dicha institución había creado en el paciente la creencia de que podía acudir al mismo médico para la segunda operación. Luego la Corte dice aplicar la constitucionalización del derecho privado y termina por conceder al paciente la prestación correspondiente

¹³ ALEXI, Robert. Op. cit. P. 268 s.s.

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia N. T- 662/06. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar. P. 12 s.s. Copia tomada directamente de la Corporación.

a la intervención quirúrgica porque ésta era necesaria para garantizar el derecho fundamental del paciente a su salud. Como dije, en este caso habría existido constitucionalización del contrato si también se hubiera condenado a la entidad de medicina prepagada al pago de la prótesis, pues ésta era igualmente importante para recuperar el oído del paciente, porque sin la prótesis, la operación es imposible. Y si se trataba de salvar la integridad física del paciente lo lógico habría sido conceder las dos prestaciones. Pero como sobre esa prestación no existía interpretación equívoca del contrato, la Corte no la aplicó. Solo lo hizo en relación con la operación. Pero eso realmente no es constitucionalización del contrato sino interpretación de la intención de las partes al contratar, problema resuelto por el Código Civil cuando establece que el juez al interpretar el contrato se atenderá a la intención de las partes, más que al sentido literal de las palabras. Cuando se incumple un contrato, que fue lo que ocurrió con la intervención quirúrgica, el juez obliga al deudor incumplido sin que haya que recurrir al pretexto de la constitucionalización del mismo. La constitucionalización se presentaría cuando sin existir incumplimiento del contrato, el juez ordena la prestación porque de no hacerlo se afectan los derechos fundamentales del paciente acreedor.

18. Derecho a prorrogar contrato de trabajo. Sentencia T-352 de 1994¹⁵

En otro fallo de tutela, donde se debía haber aplicado la constitucionalización del derecho privado, si se quiere ser consecuente con el *normativismo moral* que venimos explicando, un trabajador demandó por vía de tutela al patrono que había cancelado su contrato de trabajo, para que éste le permitiera seguir laborando. Para ello alegó la violación del derecho fundamental al trabajo. Sin embargo, la Corte negó las pretensiones del actor argumentando que en tales circunstancias había que estarse a lo establecido en el contrato. Es decir, para la Corte primó la ley frente al derecho constitucional invocado.

19. ¿En qué queda pues la constitucionalización del derecho privado? Si se tiene en cuenta este par de decisiones que venimos de citar, se pregunta uno en qué consiste, realmente, la constitucionalización del derecho privado, pues ninguna de las dos aplica realmente lo que nos han querido definir como tal. Como dije, en el derecho efectivo de los tribunales, la constitucionalización de la única solución correcta solo se aplica en contados asuntos, pero casi siempre en contra del Estado. En los dos fallos anteriores, de derecho privado, se invocaba la violación de derechos fundamentales, y en ambos la Corte lo que hace es remitirse al cumplimiento o incumplimiento del contrato, así en el primer caso haya aparentemente aplicado la citada constitucionalización. Digo, aparentemente, porque lo que hizo fue interpretar la voluntad de las partes en lugar de plegarse a las palabras, principio propio de la ley civil.

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-352 de Agosto 10 de 1.994. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández. Tomada de Gaceta Jurisprudencial, revista mensual. Septiembre de 1994, No. 19. Editorial Leyer, Bogotá. P. 106 s.s.

II.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LAS NORMAS DE RANGO INFERIOR

20. ¿Es posible otro concepto de “constitucionalización del derecho privado”?

En mi sentir, la constitucionalización del derecho privado y de las normas legales de rango existe, pero con un contenido conceptual diferente. Veamos:

De un lado, es claro que toda ley debe estar en consonancia con los principios constitucionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución, que no es más que el respeto del orden jerárquico propuesto por MERCKL y por KELSEN con la teoría de la pirámide jurídica. Y como las modernas constituciones contienen principios, valores o derechos fundamentales, las leyes ya no solo deben ser formalmente constitucionales sino que deben acomodarse a esos contenidos fundamentales incluidos en la Carta. Se dice entonces que a partir de la existencia de una Constitución que contenga derechos fundamentales, las leyes se constitucionalizaron y por lo tanto no pueden desconocer los principios materiales y axiológicos de la Constitución, sin perjuicio de que tales derechos sean restringidos, según vimos atrás. Y esa constitucionalización la controla la Corte cuando debe decidir sobre la exequibilidad de una ley restrictiva de tales derechos. Si la ley restrictiva es constitucional, el juez que conoce del caso concreto no puede desconocer esa restricción so pretexto de que la norma restrictiva está en contravía de un derecho constitucional. De otro lado, es factible que el juez que conoce de un caso concreto se encuentre frente a un conflicto de derechos fundamentales como el derecho a la libre expresión y el derecho a la intimidad. Sobre todo cuando hay normas restrictivas de uno o de ambos derechos en conflicto. En ese caso, el juez al hacer la ponderación de derechos para su caso concreto, interpreta la Constitución y aplica legítimamente aquel principio o derecho que considere más justo para su caso. De igual manera, puede suceder que una ley que restringe un derecho no haya pasado por el tamiz de exequibilidad de la Corte Constitucional y que el juez al interpretar esa restricción considere que es excesiva porque rompe el núcleo esencial del derecho restringido, y en tal virtud aplique la excepción de inconstitucionalidad. Pero hay que advertir que esa excepción de inconstitucionalidad no depende de que la aplicación de la ley al caso concreto constituya una injusticia, al estilo DWORKIN, sino de considerar que en general la norma, para cualquier caso que sea, rompe el límite de restringibilidad que permite la Constitución. Así por ejemplo, si se llenan los requisitos legales, el juez no podrá negarse a condenar al arrendatario a devolver la cosa arrendada si se venció el contrato. A nadie se le ocurrirá pensar que la norma que impone la obligación de devolver la cosa arrendada es

inconstitucional porque atenta contra el derecho al mínimo vital del arrendatario pobre. En cambio, podría el juez considerar inconstitucional, por lo desequilibrada, una norma que libere de toda responsabilidad al comerciante vendedor de un bien o servicio. No digo que esa apreciación de inconstitucionalidad en el caso concreto pretenda que la sentencia tenga efectos *erga omnes*, sino que la constitucionalidad no depende de que su aplicación al caso concreto sea justa o no. El juez debe colocarse en la posición de la Corte cuando estudia y decide la exequibilidad de una norma que restringe derechos fundamentales. Ahora, lo que no puede hacer el juez, es dejar de aplicar una norma que por ser restrictiva crea una situación lamentable para la parte más débil dentro del proceso. La constitucionalización no puede consistir en buscar un resultado que proteja a la parte débil, sobre todo si ello significa desconocer derechos legítimamente adquiridos por quien tiene la razón de acuerdo con el texto legal, sino en que la norma tomada en abstracto, no viole un principio constitucional o un derecho fundamental. Pero como he dicho, el juez no puede argumentar que como el derecho fundamental es categórico y abierto, la norma que lo restringe es por ese solo hecho inconstitucional. Repitiendo uno de los tantos ejemplos propuestos, no podría afirmar que las limitaciones a los usos del suelo, son inconstitucionales porque desconocen el derecho de propiedad, o que el comprador insolvente no tiene que pagar el precio de la cosa vendida porque se queda sin el mínimo vital reconocido en la Carta.

En consecuencia, la constitucionalización no habría que buscarla en los resultados de la aplicación de la ley restrictiva al caso concreto, sino en la constitucionalidad de la norma aplicable así el resultado real sea desastroso para el perdedor del caso. Así por ejemplo, un deudor es demandado para que pague el capital más un interés del 30 % anual permitido por la ley, tasa que al juez le parece inconstitucional por lo injusta, razón por la cual la reduce al 6 % anual. Es factible que aún aplicando esa tasa de interés basada en una norma que el juez recrea para que sea justa, el deudor quede en la más absoluta miseria, sin el mínimo vital para sí mismo o para su familia. En ese caso la norma, ya corregida axiológicamente, habrá que aplicarla cualquiera sea su resultado para las partes.

Finalmente, también habrá constitucionalización de la ley cuando al resolver los casos difíciles se acude a los derechos y principios fundamentales previstos en la Constitución. Pero en tal caso no se desconocería la presunción de legalidad de las normas aplicables y claras. Recordemos que el artículo 230 de la Constitución establece que la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho serán auxiliares del juez en la aplicación de la ley. No se trata ya de las lagunas axiológicas de que habla DWORKIN sino de las lagunas lingüísticas de las normas positivas.

CONCLUSIONES

Del anterior análisis se desprende que pese a las premisas categóricas de la Corte Constitucional y de parte de la doctrina colombiana, la denominada constitucionalización del derecho privado, entendida como la adopción de la única solución correcta basada en los principios constitucionales, cada vez que al juez le parezca que la norma positiva no es justa, nunca ha sido aplicada eficazmente en Colombia como principio general y pacífico. Se trata de una utopía irrealizable que a veces, acudiendo a sofismas, la Corte dice emplear.

La constitucionalización del derecho privado existe y se aplica en Colombia desde 1.910, aunque con mayor énfasis a partir de 1.991 debido a la tutela, en el sentido de que las leyes deben estar de acuerdo con la Constitución no sólo en cuanto a los requisitos de procedimiento en su formación, sino en cuanto a los contenidos axiológicos previstos en la Carta. Pero esa constitucionalización así entendida debe tener en cuenta que las leyes casi siempre son restrictivas de derechos fundamentales *prima facie*, y que por lo tanto, mientras no afecten el núcleo esencial de un derecho fundamental, se presumen constitucionales, razón por la cual al juez no le queda más remedio que aplicarla. En conclusión, el derecho privado colombiano sigue vivo y ahora más humanizado, pero no desplazado por la voluntad del juez.