

## DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1

La totalidad del ordenamiento jurídico se compone de diversas partes con sus correspondientes tareas. Se diferencia, en la más clásica visión germanista, el derecho público, el derecho penal y el derecho civil. Cada una de ellas se deja dividir a su vez en múltiples subáreas jurídicas. La subsunción de un estado de cosas, esto es de una situación jurídica bajo cada una de estas áreas, implica o conlleva una apreciación vital: qué rama de la jurisdicción será la competente para resolver determinada discusión jurídica. Así son los jueces civiles quienes fallan en las discusiones sobre contratos, obligaciones o propiedad. Los jueces de familia sobre los divorcios, las adopciones o las diferencias que surgen entre causahabientes por la porción de herencia que a cada uno de ellos les corresponde en una sucesión. A su turno el juez constitucional, que en nuestro país son todos los jueces, deciden sobre la violación de derechos fundamentales de los particulares y las altas cortes, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de manera subsidiaria, deciden sobre la constitucionalidad de las leyes o de ciertos actos administrativos o de Estado.

Sin embargo, pareciera que esas dos ejemplificadas ramas se interceptan en algún punto para que, a través de la garantía de los derechos fundamentales, se puedan proteger también derechos personalísimos y patrimoniales de las personas que desde siempre parecían estar subsumidos o adjudicados al fallador civil. A su vez, un proceso que ha tenido lugar en muchas otras democracias constitucionales,

consistente en la patrimonialización del derecho constitucional, no se ha ocurrido en Colombia, pero pareciera ser un fenómeno necesario y urgente<sup>23</sup>.

Al efecto, vale la pena, entonces, mejor circunscribirnos a un par de ejemplos que delimiten la zona de intersección descrita entre el derecho privado y el derecho constitucional.

**Caso 1.** El usuario del sistema bancario U, ha sido reportado como deudor moroso, porque debe 20.000 pesos a un prestador de servicio celular, en una base de datos que utilizan comerciantes particulares y bancos, para verificar la dignidad crediticia de las personas. ¿Parece proporcionado que por ese reporte, el banco B le niegue al usuario U, un crédito para pagar la universidad de su hija?

**Observación: ver Tutela T-414 de 1992 de la Corte Constitucional.  
(En adelante C. Cons.).**

Para hablar de la Constitucionalización del Derecho Privado, así como de cualquier otra rama del derecho, es necesario empezar por afirmar que este fenómeno jurídico surge como una manifestación más del denominado neoconstitucionalismo, entendiendo por aquel, dos cosas: primero una positivización de los derechos de los particulares, que se consideren como esenciales a nivel constitucional y una consecuente posibilidad de hacerlos efectivos a través de una acción jurisdiccional; y además una teoría del derecho<sup>24</sup>, según la cual una constitución, que posee un contenido normativo fuerte en materia de derechos exigibles, pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, otorgando el

.....  
23 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho. La consolidación como fenómeno histórico. Un intento metodológico de la renovación de la argumentación jurisdiccional civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado No. 48. 2012. Consultar [en línea] (Julio-Diciembre del 2012) [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri466.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri466.pdf). En este documento se referencian dos sentencias trasendentales para el derecho alemán; la sentencia del jinete y la sentencia publicación de cartas, en las cuales se expresa por parte del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal, la adjudicación de altísimos valores patrimoniales a la violación de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania, lo que, conlleva a que la violación de los derechos fundamentales es una de las conductas que debería sancionarse con las más onerosas sanciones patrimoniales.

24 Siguiendo a Comanducci, el neoconstitucionalismo tiene tres posibles acepciones, pues puede encarnar un determinado modelo de Estado, una teoría del Derecho que sustenta dicho modelo o, una ideología que justifica o defiende aquella fórmula política. En este caso se parte de la segunda acepción porque ser la que resulta más adecuada cuando se pretende abordar el fenómeno de la Constitucionalización. Comanducci, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2003.

protagonismo fundamental, ya no más al legislador (a la ley, si se quiere citar el sistema jurídico francés) sino a los jueces. (A la adjudicación ponderada de valores, principios y fundamentos democráticos y constitucionales)<sup>25</sup>.

En ese sentido, el neoconstitucionalismo se presenta como una teoría jurídica en la que, por un lado, se plasman en las constituciones las aspiraciones de un proyecto político transformador, siguiendo ya no la tradición francesa, sino mejor la europea continental (Alemania, Suiza, Italia); mientras que por otro lado, también se otorga a los ciudadanos la garantía jurisdiccional, conforme a la tradición norteamericana, de hacer valer sus derechos frente a las autoridades jurisdiccionales. La ley fundamental de Bonn de 1949, es considerada pionera en materia de neoconstitucionalismo en razón del catálogo de Derechos consagrados en sus primeros artículos y la posibilidad de todo ciudadano de defenderlos mediante la vía judicial de acuerdo a su art. 19.4.

Así, la constitución es entendida como norma superior dentro de las fuentes del derecho, lo que genera, en primer lugar, que todas las leyes deban estar en concordancia con ella, no sólo formal sino también materialmente, y como consecuencia de lo anterior, que corresponda a los tribunales constitucionales garantizar la primacía de la constitución y la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El caso alemán, al cual se volverá a hacer referencia más adelante, fue seguido por Italia, por España y posteriormente por un gran número de países de occidente, dentro de los cuales se encuentra Colombia, que en su Constitución de 1991 consagró un catálogo de derechos de exigible cumplimiento por la vía judicial mediante la tutela, siempre que se atiendan los requisitos de este recurso; que si bien fue concebido como un procedimiento sumario y preferente para efectivizar aquellos derechos, en la actualidad requiere una reforma para poder atender ciertas dificultades para la rama judicial que no viene al caso ventilar en este trabajo<sup>26</sup>.

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la jurisdicción constitucional, en materia de amparo de derechos, como ha quedado dicho, es ejercida

.....  
25 Prieto Sanchis, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, 2003.

26 Sobre el particular, ver Castro Ayala, José Guillermo. *La Corte Constitucional: ¿demasiado activa?* Consultar [en línea] Disponible en Razón Pública <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>

en principio por todos los jueces de la república<sup>27</sup> y su órgano de cierre, que, a su vez es el órgano de mayor jerarquía dentro de toda la rama judicial, es la Corte Constitucional, cuya interpretación constitucional debe ser observada por todos los jueces, no sólo a la hora de decidir tutelas sino en todos los casos propios de su respectiva jurisdicción, dado que precisamente en ellos, es donde debe manifestarse con más fuerza la supremacía de la Constitución, pues ello constituye la esencia de la constitucionalización de las distintas ramas del derecho.

Lo anterior, por cuanto, si todas las leyes deben estar acordes materialmente con la Constitución, los principios<sup>28</sup>, que esta última consagra, irradian todo el ordenamiento jurídico. No obstante, el discurso constitucional no es muy propenso en los despachos de carácter civil del país, pues la mayoría de los jueces civiles, por ejemplo, sólo utilizan el marco constitucional cuando deben fallar una tutela, pero se olvidan de su aplicación cuando resuelven los demás casos<sup>29</sup>.

En el mismo sentido, la Constitucionalización del Derecho Privado en Colombia, lejos de buscar la optimización de los principios constitucionales, se ha entendido como la simple consagración de preceptos civiles en el texto constitucional. Esto es, el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la igualdad (art. 13), la libertad de empresa, en todo caso circunscrita al bien común (art. 333), la buena fe (art. 93), la prohibición del abuso del derecho (art. 95.1) y la función social de la propiedad (art. 58), por ejemplo; sin que ello implique en la realidad, que las decisiones del juez patrimonial se traduzcan en una verdadera protección o efectivización de los derechos fundamentales.

No obstante, tampoco se puede negar todo valor a las mencionadas consagraciones, pues ellas han influido en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, algunos de simple apreciación teórica como la conceptualización de la

27 Se debe tener en cuenta que la justicia especial, de la que hacen parte la justicia penal militar, la justicia indígena y los jueces que fallan en equidad no están investidos con la facultad de conocer de la jurisdicción constitucional.

28 Entendiendo por tales mandatos de optimización, que deben ser aplicados mediante la ponderación.

29 Castro Ayala, José. *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 29.

función social de la propiedad<sup>30</sup> y otros de especial importancia para la sociedad como el caso de los derechos de las parejas del mismo sexo<sup>31</sup>.

Los dos primeros derechos arriba mencionados, esto es la libertad y la igualdad son, antes que principios, presupuestos de funcionamiento de un Estado social, democrático de derecho, con consagración constitucional de protección de derechos fundamentales. Así, dentro de la dogmática clásica, entendiendo los derechos fundamentales como medios de defensa frente a los eventuales abusos de los poderes estatales<sup>32</sup>, cabe anotar que antes que la postulación de los mismos derechos, lo que importa dentro de la constitución es que no se pueden restringir libertades de nadie o hacer discriminaciones en contra de alguien, sino a través de procedimientos, de instrumentos si se quiere, que sean absolutamente claros, no sólo para el Estado, sino y sobre todo, para el ciudadano.

Al respecto cabe anotar que el principal instrumento para restringir libertades de manera válida constitucionalmente es el así llamado **principio de proporcionalidad** y el paradigma instrumental para hacer discriminaciones positivas o negativas se constituye en el **test de igualdad**. Tanto el caso 1, propuesto y mencionado, puede (y debería) resolverse idealmente a través del test de proporcionalidad, así como la toma de posición frente a las uniones civiles de personas del mismo sexo puede (y debería), idealmente ser resuelta luego de la aplicación del test de igualdad.

Como corolario de lo anterior, ha de afirmarse que no se pueden restringir libertades del individuo, por parte del Estado (tampoco por parte de particulares), sin una previa aplicación del principio de proporcionalidad, en el que quede claramente justificada la restricción correspondiente y por ende, en el caso 1, la libertad de contratación, pareciera haberse visto afectada de una manera desproporcionada<sup>33</sup>.

.....  
30 Corte Constitucional, sentencia C-595/99, en donde se declaró inexecutable la expresión "arbitrariamente" del art. 669 C.C., con base en que *La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad.*

31 Corte Constitucional, sentencia C-577/11.

32 Ipsen, Jörn, Staatsrecht II, Grundrechte. Academia Iuris. Lehrbücher der Rechtswissenschaft. Auflage, 16 Vahlen, 2013. ISBN. 97838006564. P. 16 y ss.

33 Hanau, Hans. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke der Privater Gestaltungsmacht. Jus Privatum 89. Mohr Siebeck. 2004. ISBN. 3-16-148257-3. P. 16.

Sin embargo, la jurisdicción constitucional nacional ha sido bastante tímida a la hora de establecer los reales efectos de una protección del derecho al *habeas data* contenido en el artículo 15 de nuestra Constitución, pues no sólo ha de eliminarse al sujeto reportado de manera desproporcionada, sino que su libertad de contratación positiva no puede verse afectada, esto es, el banco respectivo debería ser obligado (como prestador de un servicio público, que además es un derecho), siempre que la finalidad del crédito sea la satisfacción de un derecho económico, social o cultural (en el caso la educación) a contratar con el usuario, cuyo derecho al buen nombre fue afectado.

Así mismo, no es susceptible hacer discriminaciones negativas en el mencionado caso de las parejas homosexuales, pues no existe un argumento lo suficientemente fuerte como para crear un tratamiento diverso entre parejas heterosexuales, que entre parejas del mismo sexo, a nivel constitucional o jurídico<sup>34</sup>.

Aun así, empero, en materia de obligaciones no se vislumbra la verdadera protección de los derechos fundamentales que demanda la constitución, por lo que resulta válido examinar la fórmula utilizada en Alemania, a modo de ejemplo de lo que podría ser una verdadera articulación entre el derecho privado y el derecho constitucional.

En ese país la constitucionalización del derecho privado se ha traducido, más allá del reconocimiento de la constitución como norma superior, en el denominado **efecto de irradiación o efecto indirecto de los derechos fundamentales frente a terceros**, que el Tribunal Federal Alemán conceptualizó por primera vez en la sentencia *Lüth*, donde, a través de las cláusulas generales de responsabilidad civil del BGB, a las cuales se hizo referencia en el acápite anterior, se reconoció a los derechos fundamentales como bienes jurídicos supremos, de protección no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares, debido al efecto irradiador de la Ley Fundamental.

Así, la protección de los derechos fundamentales entre particulares se manifestó de dos formas adicionales, que no han sido asumidas en muchas otras democracias constitucionales: i) mediante la denominada patrimonialización de los derechos fundamentales y; ii) a través de la restricción realizada a la voluntad de

34 En contra, entre otros, Rùthers, Bernd: Die Heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden Ein Essay. Mohr Siebeck. 2014. ISBN. 978-3-16-153259-7. P. 121 y ss.

las partes en materia contractual, en determinados casos en los que se ha advertido la vulneración de los derechos de alguna de las partes.

La primera manifestación, es decir la patrimonialización de los derechos fundamentales, consiste en revestir con un carácter patrimonial, a modo de indemnización, la sanción de quien vulnera (específicamente un particular) un derecho fundamental, de forma que, si afecta el derecho fundamental de otro, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales y más allá de lo que demanda en la actualidad la responsabilidad civil extracontractual, se imponga al infractor la obligación de pagar un determinado valor (en ocasiones increíblemente alto, por cuanto lo que está violado son los derechos fundamentales, que en principio son la suprema noción del ordenamiento jurídico), a quien haya visto afectados sus derechos, por concepto precisamente de aquel desconocimiento de sus derechos fundamentales.

En el caso alemán, ello fue lo que ocurrió en el caso de **El Jinete** y en el caso de **La Publicación de Cartas**, en donde, a causa de la violación al derecho a la imagen y al honor respectivamente, el Tribunal Federal sancionó a los agentes lesionadores al pago de una indemnización por haber causado este daño<sup>35</sup>.

Finalmente, los derechos fundamentales también han sido objeto de protección entre los particulares mediante su observancia en las relaciones contractuales, es decir, teniendo en cuenta a la hora de decidir una controversia contractual, si ambas partes o alguna de ellas se encuentra lesionando un derecho fundamental, debiendo la autoridad judicial, en este caso, ponderar entre los derechos alegados.

En Alemania, el efecto indirecto de los derechos fundamentales en materia de contratos se puede ver reflejado en varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>36</sup>, pero resulta de especial relevancia, por la amplia interpretación que se otorgó a la Constitución, el caso en que el Tribunal consideró que un contrato en el que una de las partes se encuentra en clara desigualdad respecto de la otra, en cuanto a conocimientos y poder de negociación, se declare nulo con base en el parágrafo 138 del BGB, por considerarse que esta clase de negocios

.....  
35 Un análisis más detallado de estas sentencias en Castro Ayala, José, *La consolidación discursiva en el derecho*. Op., cit., P. 14 y ss.

36 Ver nota 21 del primer capítulo.

jurídicos contraviene la limitación que establece el art. 2.1 de la Ley Fundamental y, debido a ello atenta contra las buenas costumbres<sup>37</sup>.

En efecto, el Tribunal en este caso consideró: i) en primer lugar, que la desigualdad de conocimientos y de poder negocial existente entre las partes constituía una vulneración a la autonomía privada de la parte débil del contrato; ii) que por ende tal circunstancia contrariaba el art. 2.1 de la Ley Fundamental, que consagra el derecho de cada persona al libre desarrollo de su personalidad en la medida en que no afecte los derechos de otro; iii) que tal vulneración a su vez es contraria a las buenas costumbres y en consecuencia; iv) que con base en el art. 138 del BGB el negocio jurídico en el cual se presentaba esta situación debía ser declarado nulo.

En conclusión, este caso muestra cómo, aun en materia de contratos es no sólo posible, sino también recomendable, la articulación entre el derecho privado y el derecho constitucional, mediante la adecuada interpretación de las cláusulas generales como las de responsabilidad civil o las referentes a la observación de las buenas costumbres en materia de negociación, perfeccionamiento, ejecución e interpretación del contrato; todo lo cual, conmina a los jueces a observar en todos los casos los derechos fundamentales que puedan resultar vulnerados con su decisión, para que, en caso de que efectivamente se genere o se pueda generar tal vulneración, se castigue patrimonialmente al causante de la misma.

.....  
37 Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del caso de la fianza de ingresos y el familiar despilfarrador del 19/10/1993.