

¿PUEDE LA HIPERTROFIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA REDUCIRSE A TRAVÉS DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

2

Resumen

A pesar de cumplir 25 años de implementación de la Constitución Política colombiana de 1991 con una extensa carta de derechos, su garantía y materialización ha sido evidentemente precaria a la par del insuficiente desempeño de la gestión del poder judicial y de la Corte Constitucional para tal efecto. En ese sentido es menester propiciar una reestructuración al interior de la Corte Constitucional en cuanto a sus métodos de abordaje de los derechos e interpretación sistemática de la Constitución, a través de la construcción de una jurisprudencia científica y coherente y, la posibilidad de instaurar acciones indemnizatorias a favor de quienes observan la vulneración de sus derechos fundamentales. Así mismo es necesario promover una coordinación entre la Corte Constitucional y los demás operadores judiciales, especialmente las Cortes de cierre de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, máxime cuando la disposición del artículo 333 del código general del proceso abre el espacio para la construcción de un escenario de articulación de la jurisdicción constitucional con las jurisdicciones

especializadas para promover una protección idónea de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Abstract

Despite it has been 25 years since the Colombian 1991 Politic Constitution implementation, with a large bill of rights, its fulfillment and materialization have been noticeably precarious along with the insufficient performance of the justice administration and the Constitutional Court to that purpose. In this sense, it is necessary to reach a restructuration inside the Constitutional Court towards its methods of approaching rights and systematic interpretation of the Constitution, through developing a scientific and coherent jurisprudence, and the possibility to implement indemnity lawsuits in favor of whom look for the violation of their fundamental rights. In the same way, it is indispensable to promote a coordination between the Constitutional Court and other judicial operators, especially between lasts instance courts of ordinary and administrative jurisdiction, particularly when the article 333 in the General Code of Procedure offers the opportunity to build a chance of the constitution jurisdiction articulation with the especial jurisdictions to promote an apt safeguard to the citizen's fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights, Constitution, Constitutional Court, Law's Constitutionalization, lawsuit of tutela, train crash, patrimonialisation of the fundamental rights.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Constitución, Corte Constitucional, Constitucionalización del derecho, acción de tutela, choque de trenes, patrimonialización de los derechos fundamentales.

Introducción

En Colombia, por lo general la ciudadanía y especialmente el grueso de los abogados defienden de manera generosa la jurisdicción constitucional. Ello ha sido además propiciado de una manera casi circular por los constitucionalistas que han acudido a enriquecer la discusión sobre la problemática de la acción de tutela. No pocos de ellos se han inclinado por manifestar que la tutela en Colombia es intocable, que tratar de modificarla podría traer más problemas que beneficios y que, por lo mismo, es mejor que la tutela (a pesar de que admiten que funciona

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

de una manera un tanto caótica y peligrosa) permanezca tal cual está (García & Uprimny, 2002 y Quinche, 2015). Otros por el contrario critican, a lo mejor de injustificada manera, la jurisdicción constitucional y promueven críticas destructivas de lo que oportunamente ha sido materia de discusión, sin grandes resultados o propuestas (Rubio, 2011).

Este texto, sin querer entrar a polemizar determinados puntos a favor (pero aún perfectibles) de la jurisdicción constitucional o puntuales defectos (que podrían eliminarse), quiere hacer varias anotaciones sobre la jurisdicción constitucional que, además de abordarse desde el punto de vista del derecho comparado, considera que la patrimonialización de los derechos fundamentales (DD. FF.) o, mejor aún, la posibilidad de que los mismos DD. FF. sean indemnizables dentro de las jurisdicciones nacionales en todas sus vertientes (esto es, derechos humanos, colectivos, derechos económicos, sociales y culturales, etc.) es un paso necesario que debe ser incorporado poco a poco no solo en la jurisdicción constitucional, sino en todas las jurisdicciones donde la violación de los derechos fundamentales se presente a) por acción o por omisión del aparato estatal inicialmente y b) subsidiariamente en la jurisdicción civil, cuando sean los mismos particulares quienes incurran en la violación de los mismos derechos fundamentales que se encuentran protegidos en la Carta Política de 1991.

La propuesta se contextualiza en varios puntos, que en la presente coyuntura parecieran abrir el paso a ese espectro indemnizatorio que, como se ha sugerido ya, es absolutamente certero y normal en jurisdicciones comparadas como la jurisdicción alemana, especialmente. En ese sentido, a pesar de todos los tropiezos que ha sufrido el actual proceso de paz, todo parece indicar que se llegará, por un lado, a un estado político y jurídico de posconflicto y, por otro, la expedición del Código General del Proceso (CGP) donde la violación de los derechos constitucionales parece ser un nuevo rasero que debe ser observado por las jurisdicciones ordinarias (civil, laboral y penal), a lo sumo en la cúpula de sus organizaciones y bajo la procedencia de ciertas acciones (Cfr. art. 333 del CGP, entre otras normas). Por último, pareciera que la misma dinámica de la jurisdicción constitucional se encuentra lo suficientemente madura como para que la autorregulación de entes jurisdiccionales como la Corte Constitucional pueda ser propiciada. En efecto, no parece sensato que en un escenario de posconflicto la Corte siga circunscribiéndose a su propio reglamento en ciertos asuntos que requieren una intervención

política, desde un espectro legitimador de ciertos procesos, pero con una actitud eminentemente jurídica, para poder eliminar la permanente desigualdad que propicia el mismo actuar de la Corte, desde su entrada en funcionamiento en 1992 (Castro G., 2013).

Descripción de la problemática

En el contexto colombiano, cualquiera que sea el problema jurídico a resolver (bien sea de derecho civil, penal, administrativo, asuntos de propiedad intelectual o, incluso, la venta de acciones bancarias o la contratación con compañías aseguradoras en temas de salud) se ha vuelto obligatoria la inicial y prevalente consulta de “toda” la jurisprudencia constitucional. Las decisiones de la Corte no son pocas y cada vez son más en casi todos los temas, con lo que la mencionada consulta se convierte en una labor cada vez más ardua y, lamentablemente, en parte, inútil ya que sobre casi todos los temas existen sentencias encontradas, contradictorias o bandazos de afirmación-negación en la resolución de los litigios, como también han sido llamadas esas desavenencias de la jurisprudencia constitucional.

Una tendencia reconocible en el mundo constitucional contemporáneo es que los tribunales constitucionales van reduciendo su espectro decisonal año tras año, entre otras cosas por una lógica razón: el contenido dado a los derechos constitucionales ya debe estar delimitado en los primeros años de su ejercicio y, consecuentemente, *a posteriori*, el respectivo tribunal debe ser coherente con su propia configuración anterior de los derechos, o lo que es mejor conocido como la observancia de su propio precedente. En efecto, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán como en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana resulta reconocible la tendencia a la expedición de menos sentencias cada año, por lo menos en lo que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales o la carta de derechos civiles, respectivamente; porque, como se ha dicho, cada una de ellas tiene el carácter de ley federal en la República Federal en Alemania o es un precedente vinculante para los jueces de menor jerarquía en los EE. UU.; motivo por el que una contradicción implicaría una muy compleja aplicación del derecho jurisprudencial de los dos altos tribunales.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

En Alemania se diría profusamente que el Tribunal Constitucional no es un órgano de súper revisión sino, por el contrario, que solo se inmiscuye en la discusión cuando de manera clara se evidencia la absoluta necesidad de su intervención, por la violación evidente de derechos fundamentales o de la parte orgánica de la ley fundamental alemana. Precisamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha logrado justificar a partir de la sentencia Lüth (Tribunal Constitucional alemán, 1958, pp. 17 y ss.) su facultad de analizar ciertos aspectos constitucionales de sentencias ejecutoriadas de la justicia civil, penal o administrativa (en donde se incluyen también sus órganos de cierre), al concluir que su función en todos estos casos se circunscribe a resguardar los derechos fundamentales de la Constitución; esto es, que el mencionado Tribunal no se constituye como un fallador *ad quem* respecto de la providencia objeto de revisión. En ese orden de ideas, y solo en los casos en que se trate de acciones de tutela contra providencias judiciales, al Tribunal Constitucional le está vedado entrar a hacer una revisión de fondo acerca de lo decidido en la providencia objeto de tutela, es decir, que aspectos como las reglas procesales o la interpretación que el juez o tribunal le da a las normas sustanciales para decidir el asunto, son cuestiones que se mantienen fuera del rango de estudio del Tribunal Constitucional; su rol aquí consiste en verificar si el juez o tribunal que profirió la sentencia tutelada no violó, con su fallo, algún D.D. F.F.:

El Tribunal Constitucional no se configura como “una instancia superior de revisión”. No está, dentro de sus facultades, el revisar, o si quiera el unificar, la jurisprudencia del juzgado fallador en relación a la interpretación del llamado “derecho común”. Su función radica más bien, en reconocer los errores de interpretación en que incurra el juez, que generen en principio una mala apreciación del significado y del alcance de un derecho fundamental o, en identificar los casos en que los resultados de la interpretación hecha por el juez fallador sean inconciliables con la normatividad relativa a los derechos fundamentales (Tribunal Constitucional Alemán, 1999)³⁷.

En relación a esta limitación es necesario aclarar que nuestra Corte Constitucional ha reconocido, en más de una ocasión, la misma barrera en cuanto a la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual nos parece bastante

.....
37 Sentencia de la segunda Sala del segundo Senado del Tribunal Constitucional Alemán del 24 de octubre de 1999 Ref. 2 BvR 1821/99. Trad. del original por el autor: “Das Bundesverfassungsgericht ist keine “Superrevisionsinstanz”. Es ist nicht seine Aufgabe, die Rechtsprechung der zuständigen Fachgerichte bei der Auslegung des sogenannten “einfachen Rechts” auf ihre Richtigkeit zu überprüfen oder gar zu vereinheitlichen. Es kann vielmehr erst dann tätig werden, wenn die Entscheidung eines Gerichts Auslegungsfehler erkennen läßt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Reichweite eines Grundrechts beruhen oder wenn das Auslegungsergebnis mit den Grundrechtsnormen nicht vereinbar ist”.

lógico si se piensa que nuestra Corte fue diseñada por el Constituyente a partir del modelo austrogermano: .

No sobra recordar que la cuestión que debe resolver el juez constitucional no reside en determinar si la interpretación realizada por los jueces de instancia es la más correcta, la más adecuada o la mejor a la luz del derecho civil o comercial, sino en definir si la misma resulta absolutamente arbitraria o violatoria de los derechos fundamentales. Si no fuera así el juez constitucional estaría invadiendo la órbita del juez civil disolviendo con ello las fronteras competenciales en virtud de las cuales se encuentra el sistema de justicia en Colombia (Corte Constitucional de Colombia, 2005 citada por Villar Borda, 2003, p. 453).

No obstante, dicha doctrina ha sido tomada por la Corte como “un saludo a la bandera”, por cuanto son muchas más las sentencias de esta corporación, tanto así que se han sobrepasado los límites constitucionales.

No puede olvidarse que el juez especializado es una garantía del Estado constitucional (neoconstitucional) social y democrático de derecho (Alexy, 1993)³⁸. En ese mismo Estado, la punta ínfima de la Jurisdicción la preside un único Tribunal (constitucional) que con absoluto recato y precisión técnica profiere un número reducido y absolutamente elaborado de decisiones, siempre justificando su intervención. En ese sentido fue Kelsen (1995) quién postuló como correlato a su pirámide normativa, una pirámide jurisdiccional, si se quiere decisional, en la que la Corte Constitucional, al ser el vértice de toda la jurisdicción, debería solo conocer de los casos más complejos en términos de derecho constitucional³⁹.

Öhlinger (1986) por su parte, en su tratado de derecho constitucional mencionaba que la Corte era el *substrato último* al que el ciudadano debería recurrir para hacer valer sus derechos, pero nunca podía convertirse en un juez ordinario, pues

38 Sobre el particular, el profesor Alexy y otros constitucionalistas como Carbonell (2003) identifican como características típicas del fenómeno neoconstitucional, además de la consagración de una carta de derechos y de acciones judiciales para hacerlos exigibles jurisdiccionalmente, las siguientes: (i) incorporación de principios comunes entre moral y derecho, (ii) control estricto de constitucionalidad de las leyes, (iii) interpretación de las leyes a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales de los ciudadanos, (iv) carácter políticamente vinculante de la Constitución, aplicabilidad directiva y rigidez de la Carta Política.

39 Incluso en las varias ediciones de su obra, el mismo Kelsen va a poner de presente que la funcionalidad de los tribunales constitucionales, iconográficamente no podría coincidir con la citada pirámide, sino que su ubicación sería externa a ella, toda vez, que su control se ejercería no solo sobre la jurisdicción misma, sino sobre las otras ramas del poder público, a saber la legislativa y la ejecutiva; motivo por el cual, la Corte era considerada como un cuarto poder democrático y político que debería fungir como una guardiana de los pactos constitucionales reconocidos por todos.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

ello, además de desvirtuar la naturaleza de un tribunal constitucional, violaría ese presupuesto del derecho procesal en virtud del cual el ciudadano tiene derecho a un juez natural, entendiéndose por tal, el más especializado posible en su área de trabajo.

En contravía de todo lo anterior, en Colombia tenemos una Corte Constitucional que aborda el conocimiento de cuanto problema jurídico le resulta imaginable a propios y extraños, legos o abogados. Es extraño encontrar a un juez ordinario civil, al que por medio de una tutela, no le hayan revocado de un plumazo sentencias ordinarias que guardaban consonancia con la doctrina clásica de derecho ordinario especializado⁴⁰. En principio podría decirse que lo anterior es valioso y útil para la constitucionalización del sistema jurídico. El problema es que la Corte Constitucional, al evidenciar algún error en su sentencia, modifica su propia jurisprudencia a través de posteriores sentencias —incluso de sentencias de unificación— (Castro, 2012) generando problemas estructurales sobre precedentes, que a la postre se constituyen en razones menos prosaicas para entender fenómenos como el mal llamado “choque de trenes” al interior de la rama o de cooperación, por parte de otros entes del Estado, con la Corte Constitucional.

Afirmar que *“todo, en cualquier tiempo se puede decir, pongamos a los magistrados que digan lo que nosotros queremos”*, ello implicaría una lectura un poco mordaz, pero que parece cierta, en cuanto a las dinámicas electorales de los respectivos magistrados, en los últimos años.

Pero esos no son los únicos problemas que se advierten. Habría que agregar que la Corte Constitucional, en una creciente medida, ya no es reconocida por abogados ni por ciudadanos del común como una defensora de los derechos. Ese antiguo adalid de los derechos quedó precisamente como un bonito recuerdo que podría coincidir con lo que se da ahora en llamar *la primera Corte*; lo que ahora

.....
40 Lamentablemente en Colombia se mantiene una suerte de divorcio entre el derecho público (incluida la jurisdicción constitucional) y el derecho privado, evidente en la confusa univocidad jurídica que tiene implicaciones en la redención igualitaria que justifica toda democracia. Es evidente tal suerte de divorcio y tal confusa e inexistente univocidad jurídica en la poco clara y rigurosa jurisprudencia constitucional de la Corte, matizada y agravada por la aplicación de sentencias SU que en cualquier jurisdicción constitucional europea, se tendrían como un grave exabrupto, como un absurdo un tanto pueril y vergonzoso para cualquier clase de jurisdicción, que se pretenda científica y de alguna manera conceptualista (Castro, 2013). La univocidad del derecho supone un orden mental, una coherencia interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, bajo un nuevo método omnicompreensivo. La juridicidad debería entenderse como una dinámica única y siempre aplicativa, no como muchas dinámicas separadas, dogmáticas concretadas en jurisprudencia contradictoria al interior de un mismo tribunal judicial como la Corte Constitucional.

se tiene es una “Corte de Bolsillo”. Esta expresión se vuelve fácilmente corroborable, por traer un ejemplo cualquiera, en la decisión acerca del artículo 334 de la Carta, donde se dijo, palabras más, palabras menos, que un incidente de objeción propuesto por un ministro del despacho o por el ministerio público podría estar por encima de decisiones de la propia Corte en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o por encima de cualquier defensa de un DD. FF., cuando esa decisión resulte significativamente peligrosa para las finanzas públicas: es decir que los colombianos debemos olvidarnos del cumplimiento cabal del derecho a la vivienda digna, a la salud integral o a la educación de calidad en masa, por menoscabar el equilibrio e integridad de las finanzas públicas y la capacidad institucional del Estado.

Con todo, la presente opinión no es solo la de un inconforme o un crítico, sino fundamentalmente, la de un académico ocupado del derecho constitucional colombiano, que no comprende el papel que está jugando la actual Corte Constitucional y muchos constitucionalistas del país.

Por razones de espacio y tiempo me limitaré a evidenciar algunos problemas estructurales al interior de la jurisdicción constitucional colombiana, que han implicado la imposibilidad de unificar y mantener una jurisprudencia nacional, incluso por parte de los jueces civiles, que conocen de tutelas, pero que además deberían hacer tiempo haber incorporado la valoración constitucional dentro de las decisiones de los asuntos de su exclusiva competencia, por ejemplo, en un proceso ejecutivo o en una restitución de inmueble arrendado, ya deberían estar articuladas concepciones argumentales fundamentales sobre la defensa a ultranza de los DD.FF., lo que por lo demás se echa en falta a lo largo y ancho del país (Castro, 2012). Considero, también, que sí hay solución (tal vez no probable pero si posible) para el caos jurídico que poco a poco se ha ido generando en el espectro jurídico nacional, suscitado por las decisiones que ha tomado la Corte en todos los ámbitos jurídicos sin respeto de su propio precedente y sin la debida coherencia con la teorías jurídicas desarrolladas en esa materia⁴¹.

.....
41 Lo primero que habría que decir es que en muchas de las facultades de Derecho no se tiene, a ciencia exacta, un conocimiento claro de lo que es el neoconstitucionalismo, las teorías de la Constitucionalización, su aplicación real o su contenido primigenio ni en el derecho continental, ni en el *Common Law*. Lo que sí existe es un conocimiento bastante gregario sobre lo que son las líneas jurisprudenciales.

Considero de manera muy respetuosa que la operatividad de las líneas jurisprudenciales (como forma dogmática de conocimiento jurídico) es bastante precaria, entre otras razones, porque como hace ya tiempo sus defensores

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse•

Una primera apreciación debería considerar que la construcción dogmática (como bien lo saben los constitucionalistas “serios”), derivada de los precedentes en el Sistema del *Common Law*, es mucho más compleja y profusa que lo que una reducida y en parte equivocada corriente de la dogmática constitucional nos ha dicho; pues aquella se encuentra fundamentada técnicamente en muchos más elementos, y no solo en una simple triada de hechos, pruebas, *obiter dicta* y/o *ratio decidendi*. Por lo cual, pretender reducir el complejo estudio de la dogmática constitucional a una simple construcción de líneas jurisprudenciales, además no coincidentes con una teoría seria de las mismas, contribuye a un abordaje equivocado del problema, a la carencia de doctrinas sustanciales en la materia y, sobre todo, al reemplazo equívoco de un instrumentario metodológico coherente para lo que es nuestra Constitución y nuestra Corte Constitucional, que en últimas no va a impactar ni poner límites a los desaciertos teóricos ya cometidos por la misma Corte, en términos de dogmática constitucional continental, por llamarla de alguna manera.

Aquellos tratadistas que tienen tentaciones más propensas hacia el derecho anglosajón, aun cuando en Colombia estamos (o estuvimos) más cerca del derecho continental europeo, han sido quienes han acoplado metodologías provenientes de esos orígenes al constitucionalismo local, aportando mayores complejidades que ventajas, dada, entre otras muchas razones, la abierta inconsonancia entre las familias jurídicas.

La prognosis que como tarea le compete a la dogmática constitucional (por lo menos en el derecho constitucional continental) es absolutamente irrealizable cuando se aborda desde el tambaleante método de las líneas. Qué precedente debe seguir la jurisdicción ordinaria, cuando, por ejemplo, se tiene una sentencia de tutela A, fallada a favor de un primer accionante, una sentencia de tutela B, muy parecida, podríamos decir idéntica fácticamente a la primera pero fallada en contra del segundo accionante, o la sentencia de unificación SU, que aclaró cuál era el verdadero criterio de la plenitud de los magistrados de la Corte Constitucional. Al respecto los mismos constitucionalistas “lineales” tendrían múltiples criterios para dar y convidar. No olvidemos tampoco que las mismas SU no han sido

y proponentes lo decían, más que una herramienta dogmática precisa, las líneas solo son un limitado instrumento descriptivo para tratar de dar un “orden” (uno cualquiera, entre otras cosas) a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

plenamente acatadas por la misma Corte Constitucional⁴², pues existen sentencias posteriores de tutela que simplemente han dispuesto apartarse de lo considerado en las SU. Todo lo cual, además de no resultar serio desde una construcción dogmática consecuente, viola permanentemente el artículo 13 superior de nuestra Carta Política e, incluso, propicia el desacato de las otras jurisdicciones, aun desde sus cúpulas (léase choque de trenes entre lo contencioso administrativo, la justicia ordinaria representada por las Salas Civil, Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia).

Precisamente, esa dinámica, abierta y desordenada, llevada a cabo por la Corte Constitucional, en la cual se expiden un sinnúmero de sentencias, muchas de estas contradictorias entre sí, que a la vez generan conflicto con el derecho común y que varias veces destrozan atrevidamente los fundamentos jurisprudenciales tradicionales y bien formados de las otras Altas Cortes, han sido objeto constante de críticas por sus mismos pares. Al respecto, sobresale la crítica hecha por la Corte Suprema de Justicia, en su Declaración del 3 de marzo de 2004, contra este sobreconstitucionalismo:

La Corte Suprema de Justicia no desea alentar la confrontación institucional bajo la trivial óptica de una mera lucha entre los poderes. Lo que está en juego no es otra cosa que la independencia y la autonomía judicial y, en general, de las ramas del poder público. Tampoco se trata de la resistencia al cambio propuesto por el constituyente de 1991, lo que inspira el presente pronunciamiento. Por encima de todo, ha considerado propicia la oportunidad de expresar su patriótica preocupación y prender las alarmas sobre un peligro formidable que se traduce en el ejercicio de un poder absoluto en cabeza de la Corte Constitucional, quien proclama, sin reato, su infinito poder, prevalida de ser único guardián de la Constitución y so pretexto de la defensa de los derechos fundamentales a todos los demás poderes públicos. Todo poder que se arroga la facultad de definir sus propios límites es desbordado, próximo a la tiranía, al despotismo, los excesos y las demasías (Calderón, 2011, p. 44).

Algunos profesores y tratadistas de derecho constitucional afirmaron (de manera admirable y seria) que el espectro de procedibilidad de la acción de tutela debía reducirse, que un desarrollo dogmático riguroso y ulterior sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional solo sería posible partiendo de la reducción de

.....
42 Al respecto léase Castro, G. (25 de febrero de 2013). La Corte Constitucional: ¿demasiado activa? *Razón Pública*. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3584-la-corte-constitucional-idemasiado-activa.html>

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

su procedibilidad (Gómez, 2015). Los más sofisticados constitucionalistas (profesores) de ese entonces [año 2002], estaban de acuerdo en que el número de tutelas que llegasen a la Corte “debería ser mucho menor que el actual” (García & Uprimny, 2002).

Lamentablemente ha ocurrido todo lo contrario y de manera progresiva en los últimos 15 años y las soluciones dadas con posterioridad por estos mismos juristas no resultan útiles, es más, son bastante desfachatadas. Afirmar que el problema es más la *abusitis* y no tanto la *tutelitis*, y que está bien que “todo” el derecho se oxigene por vía de tutela, son afirmaciones que no resultan tan siquiera pertinentes cuando de desarrollo dogmático constitucional de avanzada, se trata.

Hasta aquí se puede considerar que el problema está más o menos descrito, que la crítica tiene alguna solvencia, pero que no he brindado ninguna solución plausible. Para alcanzar ese último objetivo, diré que soy de aquellos de los que están a favor de la constitucionalización del derecho y que coincido con muchos colegas constitucionalistas al estar en contra de la reforma del Decreto 2591 de 1991 (así este nada haya logrado con respecto a la solución *a posteriori* del problema y si haya contribuido a su agravación). Haciendo un ejercicio simple de derecho comparado, pregunto yo, privatista gregario, repitiendo una cuestión que he detallado desde diversas aristas: ¿no podría la misma Corte autorregularse? Si la Corte Constitucional está por encima del decreto como ella misma lo ha postulado (entre la Constitución y la Corte no cabe una hoja de papel) ¿No podría ella misma estarse a lo dispuesto por su propia jurisprudencia mediante un auto sencillo, como ocurre en otras latitudes, en vía de tutela?

En las discusiones previas que sobre esta idea hemos analizado con muy distintos auditorios y escenarios se han propuesto, por lo menos, dos obstáculos serios: El primero tiene que ver con la ausencia de ejecutoria de un auto, o lo que es planteado por mis críticos: un auto no tiene la misma autoridad que una sentencia y, por lo mismo, su grado de coercibilidad es menor. Pero al respecto cabe decir que la ejecutoria y coercibilidad de cada providencia judicial es moldeada por el mismo juez. En un auto de “estese a lo dispuesto” en una sentencia de tutela proferida en un asunto que fácticamente era casi idéntico al que posteriormente por auto se decide, bastaría acotar cual es el grado de fuerza vinculante que tiene el mismo respecto de la entidad o el particular que ha violado el derecho fundamental. Todo lo cual, puede ser delimitado por la Corte en la misma providencia,

como en efecto, en otras latitudes ocurre, por ejemplo en la República Federal de Alemania.

De otro lado, se ha insinuado que no sería lo mismo iniciar un incidente de desacato con una sentencia de tutela a iniciarlo con un auto, todo lo cual es un poco la misma crítica anterior, pero llevada un poco más a la praxis de la realidad de nuestro país, razón por la que la réplica de mi parte sería de nuevo un poco la misma: sería la misma Corte Constitucional la que podría de manera acuciosa y clara determinar cuáles serán los efectos mismos de la providencia remisoría a un caso fallado con anterioridad, por lo que la iniciación del incidente de desacato o de los sucesivos incidentes (suena duro, pero todos sabemos que en Colombia en muchos espectros de procedibilidad de la tutela ocurre frecuentemente, p.ej. en materia de salud o prestaciones laborales) sería exactamente igual que si el caso hubiera terminado con un auto y no con otra repetitiva sentencia.

De nada nos sirve armar constructos jurídicos sobre la constitucionalización del derecho privado, penal o administrativo, a través de “hermosas” e “impecables” líneas jurisprudenciales (he visto líneas con 20 sentencias necesarias para su construcción, absolutamente inmanejables y lo peor: no descriptivas, y en últimas: abstrusas), si el juez especializado (civil, penal o administrativo), nunca las va a tener como vinculantes y cuando, al final, todo se contrae a la recomendación de un constitucionalista para que se impetre una acción de tutela en contra del fallo último de cualquier juez ordinario, tutela que será fallada dependiendo del juez constitucional al que le “caiga”, como coloquialmente se dice en la jerga del litigio.

Ahora bien, recordemos que la Corte tampoco revisa todas las sentencias de tutela, lo cual se traduce en que si el último juez que la falló decidió no tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional porque se rebeló contra ella, o porque no la entiende o porque a pesar de entenderla (!), considera que el pronunciamiento más adecuado de la Corte es uno que posteriormente fue modificado por la misma en una SU, a ningún lado estamos llegando. ¿Es eso seguridad jurídica constitucional? ¿Es esto unidad de la jurisprudencia? ¿Avanzamos hacia algún lado mejor luego de la elección de la segunda y tercera Corte Constitucional? Definitivamente considero que no.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse•

Al efecto, me valgo de un ejemplo trágico: un primer niño con una enfermedad terminal, cuyos padres tienen algún grado de educación, probablemente pueda acceder a un tratamiento no previsto en el POS luego de la interposición de una acción de tutela. Si un segundo niño con la misma enfermedad crece en el campo, sin mayores recursos y sus padres son analfabetas, deberá resignarse a morir, nadie podrá interponer por él, probablemente, la necesarísima acción de tutela. Esta situación evidencia cómo el actual estado de cosas en materia de procedimientos constitucionales y las posiciones de “cada cúpula” transgreden gravemente el artículo 13 Superior — derecho a la igualdad: Como en algún seminario de la jurisdicción ya se ha admitido, en Colombia no hay derechos universales constitucionales, sino tutelantes que pueden acceder sectariamente a ellos. ¿No sería deseable que todos los niños, por ejemplo, con enfermedades terminales, independientemente de que sus padres puedan o no interponer una acción de tutela, tuvieran que ser tratados y atendidos, por una única orden contenida en un auto definitivo de la Corte Constitucional, en materia de derecho fundamental a la salud?

¿No será entonces en ese caso mucho más coherente, clara y concreta la lectura de la constitucionalización del derecho continental, como fenómeno interesante del derecho comparado, cuyo estudio se podría abordar para, en serio, enriquecer nuestra dogmática constitucional? Lo que pienso que se debería procurar es, a partir de esa lectura y ahora que el problema es aún “posiblemente manejable”, consolidar en el tiempo las primeras decisiones que articularon los contenidos de cada uno de los textos constitucionales prescriptivos de derechos fundamentales. Podría argüirse en contra que el momento coyuntural y político actual es complejo y peligroso, y que distintos sectores políticos claman por una constituyente, en la que todo pareciera prefigurar que antes que ampliar los derechos constitucionales se los quiere restringir. Sin embargo, considero que es mucho menos peligroso que la Corte se autorregule ahora, aun cuando sea complejo y cuando, tal vez, las resistencias no sean pocas, a que siga profiriendo el peligroso número de sentencias contradictorias con otras decisiones previas; alimentando la inseguridad jurídica en Colombia. Otros aducirán el efecto interpartes que caracteriza a la tutela y el derecho al acceso a la administración de justicia. Al respecto la decisión por vía de auto que ordena “estarse a lo dispuesto” en una sentencia previa en un caso similar, en nada coartaría ese principio: es más, desde un punto

de vista dogmático, lo fortalecería, repito, en cuanto a que los casos iguales se tratarían como iguales, de acuerdo a postulados constitucionales que se contrajeron a principios del siglo XVIII pero que han tenido desarrollos posteriores muy importantes. Por una parte podría citarse la doctrina creada por Schmidt (2001) *Teoría de la Constitución*, Larenz (1960) *Metodología de la ciencia del derecho* y Alexy (2014, 2013) *Teoría de la argumentación jurídica* y *Teoría de los derechos fundamentales*, consecutivamente y, por otro, toda la teoría de la argumentación jurídica apreciada desde la retórica expuesta por Ch. Perelman (1973).

De acuerdo al derecho continental comparado (Alemania, Italia, España), las primeras normas legales para materializar la reivindicación de los Derechos Fundamentales, serían las del derecho civil: En otras palabras, es al juez civil a quien le compete acoger los criterios consolidados sobre defensa patrimonial de los derechos fundamentales, formulados por el tribunal constitucional respectivo (Castro & Calonje, 2015). Específicamente juegan un rol preponderante aquellas normas sobre las cláusulas de responsabilidad (Castro, 2012)⁴³. Por lo menos, por dos razones resultaría deseable la incorporación de la protección patrimonial de los derechos fundamentales: la primera tendría que ver con la más significativa persuasión que generaría una sanción indemnizatoria patrimonial desde el punto de vista civil, para aquel particular que ha violado un derecho fundamental, sobre todo sistemáticamente. Piénsese en una EPS o una IPS que antes que gestionar los derechos de los usuarios, represa tuteladas. Con esta medida se enfrentaría a unas sanciones patrimoniales considerables, dependiendo de las tasaciones que por violación a los derechos fundamentales hagan los jueces civiles. Por otro lado, ello permitiría una alinderación de los casos: todos los asuntos en los que se presente un perjuicio patrimonial evidente (salud, vida, educación, vivienda digna, cultura) podrían ser protegidos preferentemente por vía patrimonial sancionatoria. Ello significa que el daño por violación de derechos políticos clásicos, por ejemplo la libertad, la igualdad o el buen nombre (si se quiere todos los derechos

43 Sobre el particular, funcionan como hito las tres sentencias fundantes de la constitucionalización del derecho privado en Alemania: En primer lugar la sentencia Lüth del tribunal constitucional federal y, posteriormente, las sentencias del jinete y publicación de cartas proferidas por el Tribunal Supremo Federal, evidencian una interiorización judicial del discurso constitucional materializado en las esferas de las relaciones jurídicas particulares a través del fenómeno neoconstitucional, constitucionalización del derecho privado y más concretamente, la patrimonialización de los derechos fundamentales como sanción al infractor sistemático de derechos fundamentales y como reparación al ciudadano trasgredido en sus derechos.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

que no constituyan derechos económicos, sociales y culturales o derechos colectivos) deberían ser previamente protegidos por la jurisdicción constitucional y, luego, en determinados casos, sí tramitadas las acciones civiles para la indemnización por su violación.

Muy seguramente, y en este punto, surgirán varias opiniones contrarias a la solución propuesta sobre la patrimonialización de los derechos fundamentales, en el sentido de advertir que esta posibilidad ya se encuentra regulada en el Decreto-Ley 2591 de 1991, en su artículo 25, disposición que contempla la posibilidad de indemnizar perjuicios por vía de tutela. Sin embargo, y al respecto, me permito responder que lo que se regula en la norma en comento es una hipótesis que solo se materializa en circunstancias bastante excepcionales (o macondianas si se quiere): i) solo se permite en los casos en que el perjudicado no tenga otro medio judicial que le permita obtener la indemnización, ii) debe ser resultado de una violación manifiestamente arbitraria y, iii) únicamente está prevista para el pago de perjuicios de daño emergente (no el lucro cesante o los daños extrapatrimoniales). Por lo tanto, la solución que aquí propongo, contempla no solo esos casos excepcionales del artículo 25 del Decreto-Ley 2591, sino también todos aquellos en donde efectivamente se vulneren derechos fundamentales, atendiendo además al principio de la reparación integral (art. 16 Ley 446 de 1998), toda vez que en este supuesto se haría una indemnización completa, esto es, retribuyendo los costos por daños materiales e inmateriales.

Sin duda para ello hay que seguir el precedente de la Corte Constitucional, pero uno se preguntaría en Colombia ¿cuál precedente de todos los muchos contradictorios y equívocos? esta es una pregunta frecuente en la jurisdicción civil donde, a diferencia de lo imaginado por muchos amigos constitucionalistas, existen no pocos jueces bastante proclives a la justicia constitucional. La Sentencia Lüth o las dos primeras sentencias del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre el tema, sin duda son referentes importantes y olvidados por nuestro constitucionalismo; a través de ellas se podrían articular soluciones más plausibles sobre la “constitucionalización del derecho privado”. El nuevo artículo 333 del CGP articula, en términos procesales o adjetivos, la posibilidad de que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, incluso de oficio, ampare los derechos fundamentales, dándoles a ellos un contenido patrimonial como desde 1952 ocurrió en la cuna del neoconstitucionalismo: la República Federal de Alemania.

La constitucionalización del derecho alemán, tanto en su sustancia como en su forma, ha sido tenida en cuenta por la Corte Constitucional, pero podría ser potenciada (y mejorada en sus métodos, como el principio de proporcionalidad, el test de igualdad o el principio de ponderación o argumentación suficiente, en no pocas ocasiones equívocamente aplicados por la Corte Constitucional) a la hora de exhortar a los jueces ordinarios a contribuir con la constitucionalización de los asuntos propios de su competencia. El problema de la inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la jurisdicción constitucional comienza a ser tratado por la doctrina nacional. Sin embargo, poco o nada se conoce de los fallos articuladores del derecho constitucional, con el derecho civil alemanes, españoles o italianos⁴⁴.

.....
44 Al respecto me permito hacer un corto resumen de las tres primeras sentencias que son verdaderos hitos en todo el mundo del derecho constitucional continental, pero en todo caso una traducción propia de las sentencias se encuentra en el texto *La consolidación discursiva en el derecho* (2012) de mi autoría

Sentencia Lüth

El caso puede resumirse así: Un periodista de Hamburgo de nombre Erich Lüth habría convocado a través de la prensa a boicotear el filme "el amante inmortal", que fue dirigido por Veit Harlan y que se basaba en la novela "Aquis Submersus" de Theodor Storm. Harlan durante el periodo nazi se habría hecho famoso como director del filme antisemita "JudSüß". Su nuevo filme debía ser presentado en "la semana del filme alemán". Lüth, como presidente del club de prensa de Hamburgo criticó duramente esa situación, para la apertura de ese festival que tendría lugar el 29 de septiembre de 1950: Lüth consideraba que el director de "JudSüß" sería el menos apropiado para reivindicar la buena fama de los filmes alemanes.

La productora "Domnick-Film-Produktion", una sociedad limitada que había encargado el filme al controvertido director, exigió de Lüth, una rectificación sobre el tema. En una carta abierta de respuesta, Lüth amplió sus acusaciones y tildó a Harlan como "el director número uno de los filmes nazis", quien por lo demás habría sido con el filme "JudSüß", uno de los más importantes exponentes de la campaña asesina judía. Por lo tanto justificó su actitud, como el que sería "no solo el derecho de un alemán decente, sino incluso su obligación. Él debía mantenerse en pie de lucha contra este indigno representante de los filmes alemanes, a través de la protesta que llamaba al boicot."

La compañía productora y la sociedad limitada Herzog, que distribuía la película de Harlan a nivel federal, consiguieron al respecto una sentencia de primera instancia en contra de Lüth en un **tribunal civil** del Land (*Landgericht*). A través de ello, le fue prohibido a Lüth intimar a los propietarios de teatros alemanes y a los distribuidores de películas, para que ese filme no fuera visitado o proyectado. El tribunal de primera instancia vio en esa invitación de Lüth una exigencia contraria a las buenas costumbres: un boicot con el objetivo de evitar un nuevo posicionamiento de Harlan como creador de filmes representativos de otros temas. Harlan además habría sido declarado libre en última instancia, en un proceso penal adelantado a causa de su participación en el filme JudSüß. Y, por último, no existía una limitación subordinante, con fundamento en esa decisión, por proceso alguno de desnazificación en el ejercicio de su profesión. La opinión personal de Lüth sobre Harlan no tenía en ese contexto ninguna importancia. Él habría sin embargo invitado a la opinión pública, a través de un determinado comportamiento, a hacer imposible la proyección de los filmes de Harlan y con ello la reaparición de Harlan como director de otra clase de películas. Ello fue considerado entonces como un hecho dañoso de acuerdo con lo preceptuado en el §826 del código civil alemán, que debía terminarse. Por lo tanto, era necesario limitar ese comportamiento, a través de una disposición omisiva. El agente causante de los perjuicios Lüth debía pues omitir en el futuro ese comportamiento gravoso e indemnizar los daños ocasionados.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse-

Lüth interpuso contra esa decisión una acción de tutela ante el Tribunal Constitucional Federal. Él hizo valer el argumento de haber sido afectado por la violación de su derecho a la libre expresión de su opinión, de acuerdo con el artículo 5, párrafo primero, frase primera de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Supremo Constitucional concedió la tutela.

El Primer Senado (la sala primera de decisión) del Tribunal Supremo Federal partió de la pregunta de ¿en qué medida los derechos fundamentales podrían ser también derechos de protección en las relaciones de particular a particular? Mientras los derechos fundamentales en principio están dirigidos a la protección del particular contra los abusos del Estado, el caso puesto a consideración del Tribunal Constitucional Federal versaba sobre un asunto de derecho privado eminentemente; concretamente se trataba de una pretensión omisiva de defensa por vía del §826 del BGB entre personas privadas (productor de películas y distribuidor de películas) contra un particular (el periodista Lüth). Esa fue la pregunta nuclear del procedimiento constitucional.

El Tribunal Constitucional subrayó en sus argumentos que la Ley Fundamental se debía pues contemplar como un sistema de valores, cuyo punto medio se encontraba en la personalidad humana desarrollada al interior de la comunidad social. Como tal, ella debería valer para todas las áreas del derecho que fueran expedidas como directrices por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Por lo tanto, la Constitución influenciaría también el derecho civil. Los puntos de contacto para la valoración contenida en la Constitución, serían las posibilidades de otorgamiento de contenido valorativo, así como los conceptos necesarios y las cláusulas generales del derecho privado con cuya interpretación, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales deberían encontrar validez.

Esto se instituyó desde entonces en el así llamado "Efecto indirecto entre terceros" de los derechos fundamentales. Así, ninguna norma de derecho privado, podría estar en contradicción con el sistema de valores surgido con la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; cada norma debería ser interpretada en el espíritu de la Constitución. Del artículo 1, párrafo 3° se sigue entonces que, junto al poder ejecutivo y legislativo, también la jurisprudencia está atada a los derechos fundamentales.

Esta decisión ha sido contemplada como una de las más importantes de todo el derecho constitucional mundial, no solo porque habría regulado el área de la libertad de opinión, sino porque además habría posicionado los derechos fundamentales como un orden valorativo objetivo para todas las áreas jurídicas. Esta dimensión le otorga a la sentencia una significación de prevalencia casi absoluta, en especial con respecto a su "efecto de perduración".

Esta sentencia supervaloró adecuadamente los derechos fundamentales. Ellos dejaron de ser normas dirigidas exclusivamente al Estado y fueron ampliados a todas las relaciones sociales. Ellos dejaron de ser así entonces, solo derechos de defensa subjetivos del individuo contra el Estado. Los derechos fundamentales se garantizaron incluso ya al lado de las obligaciones omisivas, bajo las circunstancias también obligacionales de hacer en interés del aseguramiento de la libertad (Obligaciones de protección "*Schutzpflicht*"). Pero ahora su influencia vino a terminar ya no solo en la ley expedida por el legislador, sino que se amplió a la interpretación jurídica y a la aplicación del derecho en materia de controversias jurídicas privadas a la interpretación judicial.

La sentencia concedió a la Ley Fundamental entonces una nueva instancia regulativa que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, debería siempre ser tenida en cuenta, especialmente en las así llamadas colisiones de los derechos fundamentales. Esto aumentó considerablemente la posición jurídica de la Constitución.

Sentencia publicación de cartas

El primero de los casos fallado por la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, ha sido llamado "Publicación de Cartas". Algo que desde ya resulta necesario subrayar es que la Sala Civil del Tribunal Federal busca crear conexiones argumentales entre las decisiones que, previamente a la expedición de la Constitución de 1949, había expedido el Tribunal Imperial (Das *Reichsgericht*) con el nuevo entendimiento de los derechos personalísimos, bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1949.

El caso puede resumirse, básicamente así:

Una editorial (la demandada en el caso) publicó en su revista semanal un artículo sobre un "análisis político con motivo de la fundación de una nueva casa bancaria". El artículo contenía opiniones con respecto al nuevo banco

de negocios internacionales, fundado por alguien que había desarrollado actividades políticas durante el régimen nacionalsocialista y en los años posteriores a la guerra.

Como mandatario de esa persona, el demandante, abogado de profesión, envió a la demandada un escrito en el que con referencia al tema solicitaba la rectificación de algunas informaciones sobre su mandante.

La demandada, además de que no dio ninguna clase de respuesta a la solicitud del demandante, realizó una publicación en su siguiente edición en "cartas de los lectores", junto con otras cartas, de la solicitud de rectificación del demandante, omitiendo ciertas cosas y modificando otras.

El demandante consideró que con esa publicación se violaron sus derechos personalísimos. Solicitó entonces condenar a la demandada a rectificar sus afirmaciones y a mencionar que el demandante no había enviado ninguna "carta de lector". Tras la revocación por parte del Tribunal Supremo de Hamburgo de la sentencia de primera instancia que había accedido a lo pretendido, la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal entró a revisar el caso.

Los dos puntos principales de la argumentación de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, para fundar su decisión fueron que, además de darle un tratamiento histórico al problema, citando la labor del Tribunal Imperial en cuanto a la protección de los derechos de la personalidad, cita la posición de un par de civilistas (Gierke y Köhler) que habían evidenciado la necesidad de darle una protección más rigurosa a los derechos de la personalidad que tenían que ver con la publicación de documentos privados, se inmiscuye con absoluta propiedad en el tema constitucional para, en segundo lugar, decir que:

"[D]esde y a partir de la fijación en la Ley Fundamental del derecho de las personas, a la protección de su dignidad (Art. 1 Ley Fundamental) y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, también como algo privado, de cualquier persona, como derecho válido reconocido; en la medida en que ese derecho no lesione los derechos de otro, ni atente contra el orden constitucional o las buenas costumbres y el orden público (Art. 2 Ley Fundamental), debe ser visto el derecho a la personalidad general, como un derecho fundamental garantizado constitucionalmente (...)

Aquí no resulta, pues, necesaria ninguna clase de discusión minuciosa sobre si y en qué medida la protección de ese derecho general de la personalidad exige una delimitación especial, a través de una ponderación de bienes. En el caso particular es delimitado a través de intereses privados o públicos, que prevalecen frente al interés de la intangibilidad de la esfera propia de la personalidad. Así, en un caso litigioso, desde los intereses dignos de protección del demandado, no podría desprenderse justificación alguna para el proceder objetado del demandante.

Por el contrario, aquí han sido lesionados intereses jurídicos de la personalidad del demandante, a través de la forma de publicación escogida por el demandado del escrito de rectificación, además bajo la eliminación de partes esenciales de su escrito.

Cada fijación idiomática de un determinado contenido mental también es, incluso cuando a la forma de fijación no le puede ser otorgada una posibilidad de protección del derecho de autor, una emanación de la personalidad del autor. De lo anterior se sigue que, fundamentalmente, sólo al autor le asiste la facultad de decidir "si y en qué forma" pueden ser entregados sus documentos a la opinión pública, pues cada publicación de documentos, resultante bajo el anuncio de un nombre de una persona, aún viva, es tomada -con razón- por la comunidad como una manifestación de la concordante voluntad correspondiente al autor".

Caso del Jinete

Por último, el caso del caso del Jinete, fallado también por el Senado Civil, del Tribunal Supremo Federal. A través de esta decisión se sientan las bases del reconocimiento de los derechos fundamentales como pilares primigenios de los bienes jurídicos tutelados en materia de responsabilidad civil. El así llamado caso de "el Jinete" ha cobrado, de manera merecida, una notable fama en todo el tema del derecho de responsabilidad civil extracontractual, desde su expedición y hasta el día de hoy, prácticamente en toda Europa.

El caso puede resumirse de la siguiente manera: una empresa farmacéutica difunde un cartel con la reproducción de una foto del demandante en que aparece como jinete de competencia. La publicidad era a favor de un producto para el mejoramiento del desempeño sexual. El demandante acciona para la indemnización de los perjuicios, que le han sido causados por la difusión del cartel publicitario. El alega que se le debería pagar la indemnización

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse•

Importancia de las sentencias

De las dos sentencias resumidas, proferidas por el Senado o Sala Civil del Tribunal Supremo Federal se pueden desprender varios puntos esenciales ahora, así:

Sea lo primero decir que en la República Federal de Alemania, luego de la expedición de la Constitución de Bonn, en 1949, se profirió una sentencia por el Tribunal Constitucional que mencionó que los derechos fundamentales también son válidos entre particulares y que hay una especie de fenómeno de irradiación de esos derechos a las relaciones jurídico-privadas (Sentencia Lüth) . Posteriormente, esa noción, fue asumida por el Tribunal Supremo Federal, en su Sala o Senado Civil y se desarrolló a través del reconocimiento de los derechos fundamentales como bienes supremos de todo el ordenamiento, los cuales tienen una protección de tipo patrimonial; esto es que, además de los bienes jurídicos tutelados civilmente de manera taxativa por los parágrafos (§§) 823 o 826 están, por encima de ellos, los derechos fundamentales, que deben ser adicionados a esa lista de bienes jurídicos.

La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión (*Meinungsfreiheit* en sentido amplio, o sea entendiéndola como continente también de la libertad de prensa, o derecho de radiodifusión o emisión del cine, entre otros), son los derechos que, al ser entendidos como bienes jurídicos, susceptibles de ser afectados por un daño, un perjuicio o una amenaza, permiten una articulación entre el derecho constitucional y el derecho civil. Estos nuevos bienes jurídicos están lo suficientemente tutelados, incluso patrimonialmente, en caso de afectación, violación o amenaza. Así mismo hay expresiones-extensiones de la personalidad que se consideran como un bien *per se* (cartas, fotos propias,

equivalente a lo que él hubiese cobrado, si él hubiese permitido a la demandada la utilización de su imagen para la respectiva publicidad.

Lo trascendente de la decisión gravita entorno a que por primera vez el Tribunal Supremo Federal, en su Sala de Decisión Civil, arguye que los derechos fundamentales tienen un componente de amparo patrimonial que se debe tasar por la violación misma del derecho fundamental y no como la consecuencia de la violación de otro derecho de carácter patrimonial, como por ejemplo el valor que hubiese tenido una licencia en caso de haber sido concedida.

Adicionalmente la decisión pone de presente que los derechos personalísimos de disposición sobre la propia imagen o sobre los mismos derechos personalísimos es un valor supremo del ordenamiento, lo que se traduce en que patrimonialmente deben ser tasados con mayor esmero y minucia: a eso se contrae su crítica de la decisión de segunda instancia, que por lo demás no modifica, sino en cuanto a los argumentos y las razones para tasar los daños irrogados a un derecho fundamental personalísimo, derivado del libre desarrollo de la personalidad.

la imagen del sujeto, su voz y por supuesto sus opiniones) y que, en caso de ser violados, publicados o afectados dan lugar a la indemnización patrimonial de tipo civil.

Adicionalmente a ello, cabe referir que tras el proferimiento de las dos sentencias citadas por parte de la Sala Civil del Tribunal Supremo Federal, el tema se vuelve tranquilo, tanto en materia constitucional como en materia civil y, a la luz de la dogmática, lo que sin más significa que, entendidos los derechos fundamentales como bienes tutelados también por la ley civil-patrimonial, es dable recurrir a la jurisdicción civil para exigir frente a terceros la indemnización correspondiente por la violación, afectación o amenaza de los mismos.

De otro lado, cabe anotar que hay reconocimientos jurídicos que solo puede hacer la jurisdicción civil. Esto es, que el reconocimiento del contenido patrimonial de los derechos fundamentales solo puede ser declarado de manera primigenia u originaria por la jurisdicción civil, valga decir, que ninguna otra jurisdicción podrá hacerlo.

De alguna manera sería consecuente también dejar sentado que si se quiere hablar en serio de la constitucionalización del derecho civil, es menester provocar desde la dogmática que materias como la responsabilidad civil extracontractual reconozcan como bienes supremos del ordenamiento jurídico a los derechos fundamentales: en ese contexto cabe reiterar que esos derechos fundamentales no se deben proteger por la conexidad que tengan con otros derechos subjetivos de tipo patrimonial como, por ejemplo, el derecho a la propiedad intelectual de las propias fotos o el derecho moral sobre la autoría de una carta, sino porque *per se* representan un derecho con contenido patrimonial, que además es supremo dentro del ordenamiento.

A esta altura huelga pues mencionar que la dogmática jurídico constitucional nacional se ha quedado corta a la hora de promover esa materialización de amparo patrimonial para los derechos constitucionales. A más de descripciones pesimistas de la situación (Calderón Villegas, 2013), la dogmática se contrajo única y erradamente a la construcción de líneas jurisprudenciales que además de no ser verdaderamente útiles, más para tratar de dar un orden a los iniciales pronunciamientos de la Corte Constitucional, en realidad no informan el objeto de lo que debería ocurrir en materia de constitucionalización del derecho privado en el sistema continental y para el país.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

Como ya concordantemente ha sido expuesto, la dogmática tiene dos funciones: i) dar cuenta de manera crítica de lo que en realidad ocurre en los desarrollos legislativos y en la jurisdicción (Hattenauer, 1978; Larenz & Canaris, 1995 y Alexy, 1997) y, a través de sus críticas válidas, ii) provocar cambios al interior de la concepción del derecho. Pero promover métodos erráticos además de inconsecuentes con el sistema continental del que se desprende nuestro ordenamiento jurídico, en el que además la precisa función del precedente ha quedado delimitada hace mucho tiempo, como bien se desprende de toda la obra de Robert Alexy (1997, p. 265), es un verdadero despropósito que flaco favor le hace al desarrollo jurídico del país.

No es para nada despreciable, por ejemplo, la postura del constitucionalismo adecuado, originada a raíz de las formulaciones de Alexy, y que ha ido consolidándose poco a poco en un sector doctrinario del país, en virtud de la cual se pretende encontrar un punto medio entre las excesivas intromisiones de la Corte Constitucional y las teorías que propugnan en el aislamiento del constitucionalismo respecto del resto de jurisdicciones. En medio de la búsqueda de ese ideal, se reconoce la constitucionalización del derecho privado bajo el entendido de que la jurisprudencia de la Corte permite ser moderada por esta misma corporación, a través de la incorporación de raseros concretos y específicos para las distintas situaciones que se lleguen a presentar, esto de conformidad al derecho o derechos fundamentales que estén en juego y a la intensidad en que, eventualmente, estos se vean afectados (Calderón Villegas, 2011, pp. 54 y ss.).

Creo que resulta incuestionable que promover el pronunciamiento de los más altos tribunales (jurisdicción civil) sobre los más altos valores jurídicos (derechos fundamentales) sin ningún ánimo propiciatorio de precedentes, sino de verdadera articulación de normas y sistemas sería una labor digna y atinada de la dogmática. El sistema alemán —por antonomasia sólido— dentro del espectro de derecho de cuño continental podría ser una puerta de comparación para los jueces civiles nacionales, ya en mora de hacer historia constitucional sobre nuestro ordenamiento privado. A su vez el nuevo artículo 333 del CGP abre pues una puerta valiosa en ese marco propiciatorio de verdadero desarrollo de unidad jurisprudencial constitucional.

Las cláusulas generales de responsabilidad —como bien lo ha puesto de presente Acosta (2009) y como bien se ha visto en los dos casos (descritos y fallados

por la Sala Suprema Civil) del país que primero implementó el constitucionalismo material en el sistema continental europeo— son objetos jurídicos esenciales en el tema de la constitucionalización del derecho privado, ya que han sido históricamente esas normas las que permiten la interconexión y la interlocución con el derecho constitucional (a través de la indemnización patrimonial, derivada de los daños causados a la esfera íntima de las personas), a través de la instrumentalización de los mismos derechos fundamentales, entendidos como bienes jurídicos intangibles y, por ende, imperturbables, incluso y en especial, a nivel patrimonial. Así como aconteció con la aplicación de los §§ 823 y 826 del BGB, sería absolutamente lógico y deseable que ello ocurriera con normas como las contenidas en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano, en donde en buena hora —hay que decirlo— la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo atrás está en deuda de desarrollar una intervención del más profundo orden vanguardista para amparar los derechos fundamentales de los recurrentes en casación, que ella haya visto afectados, por ejemplo⁴⁵.

A ese respecto se evidencia, de manera instrumental también, que luego de la expedición de la Constitución de 1991, no pocas cosas deberían verse modificadas a nivel de rigurosidad jurisdiccional y de procedimiento civil; y dentro de ello, la función del recurso de casación debería ser analizada entonces a la luz del Estado social y democrático de derecho que desde hace más de veinte años nos gobierna.

¿Conclusiones? si es posible proponer algunas:

El artículo 333 del nuevo CGP articula una norma adjetiva que le abre a la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, la posibilidad de constitucionalizar por primera vez la interpretación de las normas legales de tipo civil o comercial. Ojalá que para ello se nutra la Corporación en el derecho comparado que con seriedad y rigurosidad proviene de la cuna del neoconstitucionalismo. Ojalá que el contenido patrimonial que se dé a los derechos fundamentales

45 Si bien en los últimos años La Corte Suprema de Justicia ha mostrado una notable postura de expansión, en cuanto a los daños indemnizables (ello, seguramente, a raíz de que se vieran rezagados frente a la actitud vanguardista del Consejo de Estado), lo cierto es que las sentencias de casación se están resolviendo aún con bastante independencia del derecho constitucional. Sin embargo, véase, por ejemplo, la sentencia del 5 de agosto de 2014 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Ariel Salazar Ramírez), en donde se comienza a discutir acerca del daño a la persona; en ella se incluyen, entre otros, valores fundamentales de tipo constitucional como lo es la protección a los derechos personalísimos y su respectiva indemnización en caso de perjuicios causados.

•¿Puede la hipertrofia de la Jurisdicción Constitucional colombiana reducirse.

permita a los jueces civiles de menor jerarquía apropiarse de un discurso constitucional coherente con la más avanzada técnica dogmática continental. El respeto del precedente, las *obiter dicta* y las *ratio decidendi*, las conocía nuestra Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desde 1910. Nada hay nuevo entre el cielo y la tierra.

Por otro lado, este artículo no tiene la intención de generar diatribas o enmendar apologías, es la descripción deshilvanada de un civilista que, desde otra perspectiva del problema de la jurisdicción constitucional colombiana, trata de poner de presente el peligro de su deterioro, de su hibridez actual y, por ende, las dificultades para articularla con la jurisdicción civil; por último, trata de evidenciar la importancia del artículo 333 del nuevo CGP, desde una perspectiva teleológica. Siempre desde la búsqueda de soluciones plausibles y el mejoramiento de la seguridad jurídica que le compete garantizar al Estado neoconstitucional. Es también un llamado a los constitucionalistas (el grueso de juristas que se enorgullece de serlo) a desprenderse de métodos dogmáticos abstrusos, a lo sumo inoperantes, que tal vez no pueden mejorarse más o, por el contrario, a abrir sus cerrados senderos para que los derechos de los colombianos (de todos los colombianos, no solamente de aquellos que están en capacidad de interponer una tutela) sean mucho más sólidos en términos de justiciabilidad certera e igualitaria.

La constitucionalización del derecho no se ha dado en ningún país occidental a través de líneas jurisprudenciales como ingenuamente nos lo pretende hacer ver una parte de la doctrina, muy por el contrario, se ha dado por la lectura juiciosa de los derechos fundamentales por parte de cada uno de los jueces que integran la jurisdicción, sobre todo la constitucional y la ordinaria civil. Ello ha comportado que la jurisdicción civil sea la primera llamada, en su cúpula, a delinear los contenidos patrimoniales de los derechos postulados constitucionalmente, como ocurrió con la adopción por parte del Senado Civil del Tribunal Supremo Federal alemán, de criterios ofrecidos primigeniamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Quizás el nuevo artículo 333 del nuevo CGP permita hacer una lectura válida de los derechos fundamentales a nivel patrimonial, permitiendo articular una verdadera univocidad jurisprudencial. Habrán de estar vigilantes la dogmática y la crítica académica, para que ojalá ello ocurra en la justa y necesaria medida en nuestro país.