

La Constitucionalización del Derecho Privado

Jaime Alberto Arrubla Paucar*[□]

Resumen. El presente artículo pretende advertir sobre los riesgos de la constitucionalización del derecho privado, mediante la aplicación del Neoconstitucionalismo, teoría que plantea que el derecho, además de reglas, comprende una serie de principios y valores, los cuales amplían el horizonte de la validez del mismo. La Constitucionalización del Derecho Privado, requiere de una adecuación, ya que las bases del clásico Estado liberal sobre el cual se erigió, hoy se encuentran superadas por el nuevo Estado Constitucional; pero, dicho proceso podría conducir a una infra constitucionalización, al pretender encontrar en la Constitución todas las soluciones, prescindiendo de las demás normas. El Derecho Privado ha aportado a la evolución del derecho constitucional y, el mismo, debe ser pasible de transformaciones, que atiendan la Justicia y la convivencia pacífica; pero, ese cambio debe hacerse sobre la base científica del mismo, para no caer en el error de llegar a su trivialización.

Palabras clave: Derecho Privado, Constitución, ley, neoconstitucionalismo, juez, contrato, principios, proceso, hermenéutica, Estado social, autonomía judicial.

Abstrac. This article tries to warn about the risks of the constitutionalization of private law, by applying the Neoconstitutionalism, theory that the law also rules comprises a set of principles and values, which broadens the scope of its validity. The constitutionalization of private law, requires an adjustment, since the bases of the classical liberal state which was built, are now superseded by the new State Constitution, but that process could lead to the constitutionalization below, attempting to find the constitution all solutions, regardless of other rules. Private law has contributed to the evolution of constitutional law and it must be liable to changes, to address justice and peaceful coexistence, but that change must be made on the scientific basis of it, not to fall into the trap of reaching its trivialization.

Keywords: Private law, constitution, law, neoconstitutionalism, judge, contract, principles, process, hermeneutics, social state, judicial autonomy.

Introducción

A manera de proemio, vienen al caso dos reflexiones que nos dan una idea del papel que ha cumplido el derecho privado en la historia de la humanidad, a saber: la primera, advertía en el siglo XX el filósofo del derecho español Legaz Lacambra “Hay que

[□]* Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia

Recibido: septiembre 13 de 2010. Aprobado: diciembre 6 de 2010

reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, es preferible que imite al derecho civil a que pierda todo el carácter jurídico y caiga a nivel de literatura política de periódico” (1961, p.115) .

Parecía repetir la sentencia de Cicerón pronunciada siglos atrás cuando señalaba: “Es pues, necesario que lleguéis al convencimiento profundo de que nada debe ser defendido en las Civitas con tanta atención como la estabilidad del *Ius Civile*” (Cicerón, *Defensa de Aulo – Cecina*).

En la historia de la humanidad, el derecho privado ha hecho posible la estabilidad y la paz social y ha mantenido un poder de adaptación a las necesidades de cada momento como ninguna otra rama del derecho. Ha sobrevivido la institucionalidad civil a las diferentes formas sociales de producción, a las diferentes formas de estado desde el liberal, que pasa por el interventor, llegando al estado social de derecho y, ahora, el estado constitucional fundado en principios generales.

Su evolución, impresa por la misma dinámica social, ha mantenido siempre sus instituciones acopladas a las necesidades del momento. Sus preceptos y desarrollos han inspirado profundos cambios sociales y, a su vez, los contenidos de las constituciones contemporáneas. Ha aportado al derecho constitucional su principalísima más valiosa, desde la noción de orden público y de interés general, hasta principios tan caros como el del abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa y el deber de buena fe.

Es evidente que, ante la presencia de una nueva constitución, la legislación de derecho privado que le es precedente, debe experimentar cambios que la pongan a tono con aquella. Esos cambios se deberán producir en dos grandes ámbitos, de un lado, en los nuevos desarrollos legislativos que, sobre las diferentes materias, se presenten, estaríamos en lo que puede llamarse la constitucionalización legislativa del derecho privado y por la interpretación que por los jueces se realice de los textos legales contenidos en los códigos imperantes, sería lo que llamaremos la constitucionalización judicial del derecho privado.

Ese proceso de adaptación es lo que se conoce, en términos generales, como la constitucionalización del derecho privado. Este camino tiene diversos cauces de

realización, y el que nos interesa destacar en este trabajo es el sistema de constitucionalización judicial de derecho privado, que se viene desarrollando por la jurisprudencia, de las diferentes Cortes que hoy administran justicia en Colombia, tanto en los exámenes de exequibilidad de las leyes (sistema fuerte), como en las decisiones de tutela en protección de derechos fundamentales y, también, por las decisiones de la justicia ordinaria (sistema excepcional o intermedio).

Nuestra Constitución, que se originó en las postrimerías del siglo XX marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, o mejor, en opinión de Ferrajoli, el paso del Estado de Derecho “débil” al estado de Derecho “fuerte”. Los jueces, a partir de esta constitución, ya no estarán limitados a ser “la boca inanimada de la ley”, sino que, se les reclamará que asuman la Constitución. A partir de ese momento, el control constitucional jurisdiccional no será lo que Kelsen llamó el legislador negativo, sino que se dinamizará sobre el contenido material o sustancial de las leyes.

Se presentan grandes cambios en la teoría jurídica, que siguen los desarrollos europeos, en virtud de lo que se denomina la constitucionalización del derecho, de lo que se destaca, ante todo, la ruptura de las convicciones *iuspositivistas*, para ofrecer visiones de un sistema, más realista, con propuestas más acordes con los nuevos lineamientos de la constitución, la cual desborda a los constitucionalistas y se refleja en todos los juristas, a quienes llena de inquietudes y perplejidades con nuevas propuestas para una teoría del derecho. Esto es lo que se ha definido como el *neoconstitucionalismo*, como una nueva teoría del derecho encargada de respaldar el proceso de constitucionalización del derecho vigente, lo cual deja rezagado el *iuspositivismo* o estado débil del derecho, que servía de sostén al viejo sistema, anclado en la concepción liberal de la sociedad decimonónica.

Como rasgos centrales del neoconstitucionalismo que impactan el sistema jurídico colombiano podemos señalar, según Vigo (2007, p.187-188):

- a) El derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas para comprender valores y principios, que se encuentran disponibles para las respuestas jurídicas que deben dar los jueces.
- b) Respecto a la epistemología jurídica, ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador sino que se reclama prescripción y valoración,
- c) El derecho se judicializa, en cierta medida, superando la distinción entre la creación y la aplicación

- d) El examen de la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos constitucionales, que potencian al papel del poder judicial
- e) Se quiebra la distinción entre moral y derecho y el juez debe afrontar exigencias de moral crítica.

Ahora bien, se trata de analizar fríamente la necesidad de tal proceso, y de cuales deben ser sus avances necesarios y, por el contrario, preservar lo que no tiene necesidad de ser modificado. Con el afán desmedido de innovar, se pierde la sindéresis y se cae en la trivialización de lo científico por un discurso constitucional gaseoso y superficial, que es lo que algunos han dado en llamar el nuevo derecho.

Se dice que un ordenamiento jurídico se encuentra efectivamente constitucionalizado cuando el derecho vigente, en una sociedad determinada, reconoce a la constitución una función jurídica peculiar que se impone sobre todo el derecho. Una encuesta de constitucionalidad, de acuerdo con Guastini, citado por Vigo (2000, p. 188), nos llevaría a las siguientes cuestiones en el ordenamiento jurídico colombiano para saber el grado de constitucionalización en que se encuentra:

- a) La constitución es una regla jurídica que se impone sobre las demás y se convierte en el campo de atención de todos los juristas, no solamente de los constitucionalistas;
- b) La constitución se encuentra cargada de principios y valores de alto contenido moral, con prevalencia del lenguaje relativo a los derechos humanos, que se extiende por todas sus partes, incluso en el preámbulo de la constitución;
- c) La constitución goza de una eficacia directa, y se entiende que todos los jueces son de la constitución y no solo de la ley;
- d) La constitución tiene garantía de control constitucional. El tribunal que asume la tarea, más allá de ser un legislador negativo; en los términos de Kelsen tiene la función de velar por la prevalencia sustancial y formal de la constitución y despliegan una serie de funciones orientas a hacer triunfar la constitución, tales como: interpretar la ley (sentencias interpretativas, le agregan o suprimen algo a la ley (sentencias aditivas o abrogatorias parciales), invalidan la ley pero no implica efectos inmediatos y ordenan al legislador producir otra en un periodo de tiempo determinado (sentencias admonitorias). El tribunal constitucional es el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del poder constituyente.

1. Constitucionalización o desconstitucionalización.

El fenómeno tiene dos caras, que se pueden mirar como de la misma moneda; de un lado, la constitucionalización y de otro la desconstitucionalización. Es de esperarse que el sistema legal, que comprende los códigos de derecho privado y las leyes que los desarrollan y complementan, se encuentre acorde con la constitución, como norma

superior y fundamental y que, precisamente, esos códigos y leyes tienen como función primordial realizar la constitución. De otro lado, la interpretación de ese derecho positivo vigente debe hacerse de acuerdo con los cánones constitucionales.

A veces, se le otorga un especial énfasis a la constitucionalización, con un afán arrollador de someter todos los cánones privados a ciertos dictados que aparecen novedosos en la nueva constitución, sin detenerse en el análisis de que tales fundamentos campean soberbios por las mismas instituciones de derecho privado o lo que es peor, que la falta de especialidad del juez constitucional, lo hace ignorante de la razón de ser de la institución *ius privatista*, para llevarlo a conclusiones equivocadas.

De otra parte, es imprescindible definir los campos de la desconstitucionalización, es decir, en definitiva, qué aspectos del derecho privado no deben continuar al vaivén del examen de constitucionalidad, pues además de incrementar la litigiosidad y de la definición de los conflictos jurídicos con graves consecuencias para la congestión judicial, desalienta la inversión y el desarrollo económico, debido a la inseguridad jurídica que ocasiona. Por todo ello, se previene sobre serios problemas que puede plantear el proceso de constitucionalización y del neoconstitucionalismo.

Compartimos muchas de las tesis neoconstitucionalistas y somos partidarios del proceso de constitucionalización del derecho privado, pero no podemos dejar de advertir de algunos peligros potenciales y reales que se vienen presentando en Colombia y, en el mundo entero, a consecuencia de este proceso. Observemos algunos de ellos, de acuerdo con Vigo (2007, p. 190):

1) Sobre interpretación de la constitución. Ya hemos advertido que el proceso de constitucionalización del orden jurídico supone reconocer el efecto de irradiación de la constitución sobre todo el orden jurídico y, por ende, el derecho queda impregnado del sabor de aquella; la sobreinterpretación, es pretender que en la constitución están todas las soluciones jurídicas y se impone su aplicación, sin dejar lugar para la aplicación de otras normas. El mismo Alexy advierte sobre el peligro que puede significar una *infraconstitucionalización* o *sobreconstitucionalización* y propone, mejor, llegar a un constitucionalismo moderado.

2) El debilitamiento del poder legislativo y de la ley. La revolución francesa acuñó un modelo de estado que le reconoce un papel preponderante a la ley y al poder

legislativo, que son producto de la soberanía popular. Se decía, en la época, que sólo a la ley le debe el hombre la justicia y la libertad. Es evidente que, en el marco de un estado constitucional, entran en crisis la ley y el órgano que la produce y es el mismo Kelsen quien se expresa crítico a una constitución cargada de valores indeterminados, pues genera el riesgo de desbalancear al juego de poderes a favor del Tribunal Constitucional.

3) El debilitamiento de la democracia. No hay duda que en la conformación del poder legislativo interviene ampliamente la población por vía directa del voto popular. No sucede lo mismo con el poder judicial, que es el menos democrático, en la medida que en su elección no interviene directamente el pueblo. Por ello, Gargarella advertía sobre la usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional.

4) El nuevo *iuspositivismo* ideológico constitucional. Bobbio incluía el *iuspositivismo* ideológico como aquella verdad que se predica en todo juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva, que conlleva al operador a entenderla dogmáticamente, sin realizar sobre ella ninguna reflexión crítica de los valores que la misma contiene, es decir, se aceptaba como justo y razonable lo que la ley disponía. El neoconstitucionalismo encierra otro peligro, que es tener como bueno o justo todo lo que señala la norma constitucional; es decir, la “presunción del legislador racional” que se critica a la ley ahora se predica del constituyente, de tal manera, se advierte que todo lo dispuesto por éste, es coherente, justo, útil, completo, etc. Es lo que Aragón refiere como el “fetichismo constitucional”, la palabra del constituyente es una palabra revelada y todos los jueces constitucionales, son los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en que deben creer todos los juristas, independiente de la especialidad que tengan. Esto, en opinión de Zagrebelsky, es el paso de la “soberanía de los estados” a la “soberanía de la constitución”.

5). La des-normalización del derecho. La potencialización de los principios generales que contienen las constituciones contemporáneas, es una labor incuestionable del neoconstitucionalismo. Le da vía libre a la propuesta de Dworkin de pasar del modelo de reglas hartiano al modelo de principios. Zagrebelsky advierte que distinguir los principios de las reglas, equivale a distinguir la constitución de las leyes. Ello era necesario, pero, tanto entusiasmo y devoción por los principios, puede conllevar a arrinconar las normas y si el jurista se limita a ello, cada vez, sabrá menos derecho y

tendrá menos capacidad crítica sobre ellas. El proceso de desnormalización se aúna al de descodificación y la principalización del derecho; volvemos al particularismo jurídico que desesperó a los humanistas del siglo XVIII y defendieron como un derecho elemental del ser humano, el poder conocer en forma clara y precisa el derecho que debían respetar.

6) La hipermoralización del derecho. Kelsen propuso la teoría pura del derecho, explicando el derecho desde el derecho, prescindiendo de la idea moral. Se consideró la moral como el triángulo de las bermudas del derecho, queriendo significar con ello, el espacio gris donde se perdía toda sindéresis. Dworkin propone leer la constitución moralmente. Con esta propuesta neoconstitucional, también necesaria en nuestra opinión, se corre el riesgo de que la moral rebase el derecho mismo, nos vamos a un extremo diferente para reaccionar contra la pureza del imposible sueño kelseniano.

7). La prescindencia del silogismo deductivo judicial. La principialística que pregona el neoconstitucionalismo nos conduce a reemplazar los procesos lógicos deductivos que impone el racionalismo por la argumentación, para realizar un proceso valorativo de los diferentes argumentos, marginando las estructuras que controlan formalmente al razonamiento.

8). La pérdida de la seguridad jurídica. Este valor decimonónico desaparece o se diluye en el neoconstitucionalismo, pues pasa a ser desplazado por el principio de la equidad. Se confía en el operador judicial como capaz de armonizar los principios y valores en tensión y de lograr la armonización que conducen a la correcta solución judicial del caso; se confía en la razón justa del juzgador por encima de la seguridad jurídica.

9). El problema de fuentes. Se desenvuelve este tema dentro del debate planteado a partir de la constitución de 1991, que mejor se podría llamar crisis del sistema de fuentes en el derecho colombiano. A lo anterior, se agrega la tensión que el proceso de adaptación produce en la sociedad misma y en las relaciones entre los poderes públicos y entre las mismas cortes del sistema de justicia nacional. Para muchos neoconstitucionalistas, en la constitución está todo el derecho y la jurisprudencia constitucional es la primigenia fuente del derecho, las demás fuentes son apenas proyectos de derecho, condicionadas a la confirmación o corrección que efectúen los jueces constitucionales.

10). La absorción por el derecho de toda la ética social. El pluralismo caracteriza la sociedad contemporánea y, ello, lleva a una polisemia axiológica o a la pérdida de valores comunes. No hay espacio para otra ética social que la consagrada por el derecho y, en especial, la consagrada por la constitución.

11) La politización del poder judicial. Se ha dicho que los jueces encargados del control de constitución deben tener una visión de estado, que supere la de los simples burócratas judiciales. De allí podría imponerse que un Tribunal Constitucional encargado del control constitucional directo, fuera electo por el congreso y respondiera a una génesis política indiscutible, con una composición que refleje el pluralismo de la vida social y política. Pero de allí pasar a admitir que sea el idóneo, bajo el pretexto de defender la garantía fundamental del debido proceso, para producir la decisión de cierre en las causas de la justicia ordinaria, es un verdadero exabrupto.

La tutela contra providencias judiciales es actualmente la vía que encontró la clase política y otros grupos de intereses, para penetrar en las decisiones de la justicia, aprovechando la permeabilidad de los tribunales constitucionales, a los contactos y la composición política.

12). El poder judicial como poder administrador. El protagonismo judicial no solamente afecta el poder legislativo, sino que se extiende al poder ejecutivo, que se ve interferido por las decisiones constitucionales, que modifican presupuestos, ordenan obras, infraestructura y coberturas a veces imposibles de atender.

Ahora, es momento de mirar algunos temas del derecho privado, en los que se viene realizando el proceso de constitucionalización, a fin de catalizar la influencia neoconstitucional, los aciertos y también los peligros que pueden presentarse.

2. Las relaciones contractuales y el examen constitucional por vía de tutela

Este, pareciera ser uno de los campos en los que, efectivamente, se ha producido una desconstitucionalización. La libertad de contratación está expresamente consagrada en la Constitución Nacional, en su artículo 333 cuando advierte que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”

Además, consagra la misma Constitución, en su artículo 16, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. De allí, podemos desprender la libertad que tienen los particulares para buscar consecuencias jurídicas o para no hacerlo, nadie está obligado a contratar. Es un principio consagrado en la Constitución de 1991, pero, de inocultable estirpe civilista. Desde la concepción napoleónica de la autonomía privada se establecían los límites a la iniciativa privada en términos similares (Artículo 6 del Código de Napoleón).

La libertad contractual no impone la obligación de señalar los motivos o razones, para no contratar. Sin embargo, en una mirada neoconstitucional las cosas hay que mirarlas diferentes; la libertad de contratación no puede ser sustento para justificar, por ejemplo, la discriminación. No podría, por tanto, impedirse el acceso a una discoteca, por cuestiones raciales, alegando la libertad contractual. En este punto, se ve la necesidad de constitucionalizar las normas de interpretación del contrato, en el sentido que el contrato debe interpretarse de acuerdo con la Constitución.

De tiempo atrás, definió la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, un conflicto por controversias de naturaleza contractual entre particulares no puede ventilarse por vía de tutela, más aún, si existen mecanismos previstos en la ley para su definición. Al respecto señaló la citada Corporación:

Las diferencias surgidas entre las partes por causa o con ocasión de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por vía de tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos toda vez que quién se considere perjudicado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia estatuidas en la ley (Corte Constitucional, S. T-594, 1992).

Esta misma doctrina se ha repetido en múltiples ocasiones, como cuando se examinó por la misma Corte Constitucional el caso de un propietario que solicitaba el amparo de su derecho de dominio, argumentando que el inquilino no le permitía ingresar al bien arrendado para mostrarlo a interesados compradores. En esa ocasión la Corte señaló:

Es evidente que si el eventual derecho en su origen es de naturaleza legal o contractual, no puede convertirse por más en constitucional, así se alegue que su legítimo ejercicio es objeto de interferencia por la otra parte del contrato a la que se le atribuye un comportamiento negocial

abusivo. No cabe duda que el nacimiento de un derecho constitucional no puede tener como fuente el ejercicio manifiestamente abusivo del derecho contractual de una tercera persona. En este caso, de acreditarse el abuso, podría prosperar una acción legal de esta estirpe, sin que ello pueda dar lugar al nacimiento de un derecho constitucional (Corte Constitucional, S. T-511, 1993)

Igualmente, plantea que, si al aplicar una cláusula contractual, en la cual se suspende un crédito publicitario, por incumplimiento del deudor y, como consecuencia de ello, se siguió el cierre o parálisis de la empresa y si, con ello se vulneraba el derecho al trabajo, la Corte respondió que no era una discusión de raigambre constitucional cuando dijo:

Si bien la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato –que no de la Constitución- adquieren rango constitucional. / La situación materia de la tutela, nacida al amparo de un contrato y regulada por éste, sólo tiene una relevancia constitucional genérica en el sentido de que la fuente pertinente para resolver la controversia es la regla contractual, la cual como toda fuente normativa debe interpretarse de conformidad con la constitución, sin que por ello la misma o su presupuesto normativo adquieran carácter constitucional. Tampoco se está en presencia de una decisión judicial que en el caso planteado haya omitido una consideración constitucional fundamental que permita concederle al asunto relevancia constitucional directa como para ser avocada por esta jurisdicción. De hecho, el demandante equivocó la Jurisdicción pues tratándose de un asunto puramente contractual ha debido acudir a la jurisdicción ordinaria”. / No todo asunto por importante y definitivo que pueda ser para la vida social e individual debe necesariamente ser materia constitucional y ser tramitado por esta jurisdicción. / En el presente caso, no sólo existía otro mecanismo de defensa judicial sin que, como ya se vio, no procedía el expediente de la acción de tutela (Corte Constitucional, S. T-240, 1993).

Otro caso, sobre las controversias contractuales derivadas de un contrato de mutuo acuerdo, en el sentido de que éstas no califican para su discusión por la vía de tutela contra particulares, motivó el siguiente procedimiento:

La acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario de las demás vías o medios judiciales a disposición de los asociados para la protección o garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. De manera que, no es procedente cuando existan otros recursos judiciales al alcance del afectado con la violación de sus derechos humanos de esa superior categoría, según lo ha definido el propio constituyente. Es así, que por este respecto tampoco resulta procedente la acción instaurada, pues, como lo relata el mismo autor ya agotó otro medio judicial de defensa, el proceso ordinario de resolución de contrato, de manera exhaustiva. Y no puede improvisarse la tutela, por el citado carácter subsidiario o residual, en un mecanismo para revisar providencias judiciales, ni aún en el caso de que puedan resultar equivocadas o erróneas a juicio de quien

viere en ellas rechazadas o in admitidas sus pretensiones. / No son susceptibles de amparo por la vía de tutela, mediante la cual se protegen, de manera exclusiva, los derechos constitucionales fundamentales, y por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos de rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior (Art. 2. Dto. 306/929). Mal podría entonces, el juez de tutela, tomar las decisiones de ordenar a la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, cesar toda acción judicial o extrajudicial en procura del pago de una obligación hipotecaria, ni oficiar a la oficina de Registro la cancelación de la inscripción del contrato de hipoteca, ni la devolución de las sumas de dinero depositadas en ejecución de un contrato de hipoteca, ni la devolución de sumas de dinero depositadas en ejecución de un contrato de mutuo, o disponer indemnización en abstracto por el incumplimiento contractual (Corte Constitucional, S. T-107, 1993).

En otra decisión, en la que se debatía sobre la vulneración de derechos fundamentales por parte de una acreedora que envió cobradores que actuaron de manera infame contra los deudores, *Obiter dicta*, señaló la Corte Constitucional lo siguiente:

La acción de tutela no es un instrumento que sirva para desconocer las obligaciones que hayan sido adquiridas como resultado de cualquier contrato (Corte Constitucional, S. T-340, 1993).

La conclusión que se impone en este punto, es que sobre la cuestión contractual entre particulares, se presenta un clara desconstitucionalización. La discusión constitucional sobre la violación de derechos fundamentales, nada tiene que ver con las relaciones contractuales particulares, en principio, para ello está, precisamente, establecida la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, pareciera que, últimamente, se quisiera echar reversa a las acertadas conclusiones iniciales de la Corte Constitucional, por los actuales componentes de la misma. Es con respecto al tema financiero y al crédito que, actualmente, se producen más tensiones con ocasión de la constitucionalización.

Es así como, se observa que con relación a la financiación de vivienda, se pronunció la Corte Constitucional la sentencia C-747 de 1999, señalando que:

DECLÁRASE la inexecutable del numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, así como la de la expresión "que contemplen la capitalización de intereses" contenida en el numeral primero de la norma en mención, únicamente en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, inexecutable cuyos efectos se difieren hasta el 20 de

junio del año 2000, como fecha límite para que el Congreso expida la ley marco correspondiente” (Corte Constitucional, S. T-747, 1999).

La sentencia señala en sus apartes que en los préstamos de vivienda a largo plazo no es posible el cobro de intereses sobre intereses, así:

3.1. Como puede observarse, en cuanto hace al artículo, los apartes demandados por la actora como inexecutable, lo son bajo la consideración de que ellos resultan contrarios a la Constitución en cuanto quebrantan el artículo 51 de la misma, pues el permitir la capitalización de intereses en créditos concedidos para la adquisición de vivienda a largo plazo, no pueden formar parte de un "sistema adecuado" para el efecto, e igualmente porque impiden que el deudor tenga una información veraz e imparcial sobre el monto real de las obligaciones a su cargo, razón ésta por la cual a dicho análisis se contrae el presente fallo.

Esta sentencia resulta ser una de las más controvertidas, en torno al sistema financiero, de un lado, están las instituciones financieras que planean sus operaciones, según la rentabilidad esperada, y el cambio de la ecuación para la liquidación de intereses les generó un verdadero revolcón al interior de éstas y, de otro lado, están los deudores de los sistemas de vivienda que, gracias a las fluctuaciones del mercado, se vieron ahogados con las elevadas cuotas que debían pagar, para no perder su vivienda. La Corte Constitucional, aclara que la prohibición del cobro de intereses sobre intereses sólo es para préstamos de vivienda hechos a largo plazo, pero deja la puerta abierta a la interpretación con el siguiente aparte:

4.2. En torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los apartes acusados del artículo 121 del Decreto Ley 0663/93, se encuentra por esta Corporación que la "capitalización de intereses" en créditos concedidos a mediano o largo plazo, per se, no resulta violatoria de la Constitución, por lo que no puede declararse su inexecutable de manera general y definitiva para cualquier clase de crédito de esa especie. / 4.3. Sin embargo, cuando se trate de créditos para la adquisición de vivienda, es evidente que la "capitalización de intereses", sí resulta violatoria del artículo 51 de la Constitución, pues, como ya se dijo en Sentencia C-383 de 27 de mayo de 1999, (Magistrado ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra), y hoy se reitera como fundamento expreso de la declaración de inexecutable de los apartes acusados del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, "la Constitución establece el "derecho a vivienda digna" como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación de "las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho", así como el promover "planes de vivienda de interés social", y "sistemas adecuados de financiación a largo plazo". Es decir, conforme a la Carta Política no puede la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas ser considerada como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada,

las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de planes específicos para los sectores menos pudientes de la población, asunto éste último que la propia Carta define como de "interés social".

La capitalización de intereses, liquidada en unidades de poder adquisitivo constante, en consideración de la Corte Constitucional genera inequidad y atenta contra el artículo 51 de la Constitución Nacional; dice así:

Y, en la misma Sentencia ya mencionada, se agregó luego que el equilibrio de las prestaciones entre la entidad crediticia prestamista y el deudor se altera en desmedro de éste último, cuando "a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida", lo cual, como salta a la vista, quebranta, de manera ostensible el artículo 51 de la Constitución, pues, ello desborda la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda, lo cual resulta, además, "contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir opuesto a la "vigencia de un orden justo", como lo ordena el artículo 2º de la Constitución.

Queda en el ambiente la inquietud acerca de si los derechos que quiere reivindicar la Corte Constitucional, con gran sentido altruista y de protección a la población más escasa de recursos; los puede privilegiar a costa del patrimonio de los empresarios financieros, cuando se trata de obligaciones impuestas por la constitución a cargo del Estado.

Sin embargo, el tema se acrecienta, con la invasión del juez constitucional en la esfera de la autonomía del juez natural, cuando se trata de interpretar el alcance de la ley y de respetar el contrato, tal y como viene sucediendo con el trámite del proceso hipotecario, con una clara tensión entre cortes. Observemos los alcances de esta discusión:

La Corte Constitucional viene impartiendo una interpretación a la ley 546 de 1999, especialmente, al párrafo 3º de su artículo 42, precepto con estribo en el cual predica dicha Corporación, la existencia de una "*modalidad especial*" de terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios en los que se pretenda el recaudo de una obligación pactada en UPAC y que se hubiesen iniciado antes del 31 de diciembre de 1999, por la sola circunstancia de haberse realizado la reliquidación del crédito.

En opinión de la Corte Suprema de Justicia, esa no debe ser la solución, pues, si en el caso concreto, realizada la reliquidación del crédito no aparece satisfecha la obligación objeto de recaudo ni, tampoco, que se hubiese arribado a un acuerdo o reestructuración del crédito, se debe continuar con el trámite del proceso, puesto que, como lo ha sostenido la Sala, cuando no hay prueba suficiente “que conduzca a concluir que la obligación quedó al día, ni que las partes comprometidas hayan convenido la refinanciación de la misma”, no es viable “desde el punto de vista legal, dar por terminado de plano el proceso ejecutivo hipotecario con la sola presentación de la reliquidación y sin ninguna clase de evaluación” (Sentencia 30/09/2002), ya que si así no fuera, “seguramente la ley en lugar de establecer la posibilidad de suspender el proceso habría provocado la terminación de todos los procesos ejecutivos para que fuera, posteriormente y en otro trámite, que se provocara la satisfacción de los créditos que, a pesar de la reliquidación, quedaran insolutos [...]” (Sentencia 18/11/2003).

Pero, dentro de la misma Corte Constitucional, no hay unanimidad al respecto. Observemos esas contradicciones. En relación con lo manifestado en la sentencia T-606 y T-701 de 2004 y citado por el auto recurrido, en el sentido de que no terminar los créditos hipotecarios, que estaban en curso para el 31 de Diciembre de 1999, constituye una vía de hecho, es abiertamente contradictorio con lo expresado por la misma Corte en la Sentencia de tutela T-511 de 2001, en la que al Juez se le califica así:

Observa la Sala que, dentro del proceso ejecutivo adelantado por Davivienda en contra del señor Gaviria Otálora, la actuación del juzgado, lejos de configurar una vía de hecho se ajusta plenamente a las exigencias del ordenamiento y de la jurisprudencia constitucional sobre la materia. En primer lugar, destaca la Corte que, dentro del proceso ejecutivo, el juzgado exigió acreditar el cumplimiento de lo previsto en la ley 546 de 1999, de conformidad con las Sentencias C-383 de 1999 y C-700 del mismo año; posteriormente, una vez efectuada la reliquidación del crédito, accedió a la petición elevada por el ahora demandante, en el sentido de decretar la suspensión del proceso. Sin embargo, como no hubo acuerdo con la entidad respecto del cumplimiento de la obligación y el deudor continuó en mora, mal podría decretar la terminación del proceso por lo que, a solicitud de Davivienda y, teniendo en cuenta que otros despachos judiciales habían embargado los remanentes, dispuso proseguir con la ejecución. O, incluso, como sucede en las Tutelas T-535 de 2004 o la T-1243 de 2004, en las cuales la Corte no tutela al deudor petente, precisamente por no haber utilizado los mecanismos ordinarios, mientras que no hace reproche alguno a los jueces en esos procesos.

En ese punto, también es pertinente traer al caso el salvamento de voto del Doctor Cepeda que se produce en la sentencia T-391 de 2005 y en la que hace un análisis de los casos, en los cuales no se debe dar la terminación de estos procesos y dice:

3. Hipótesis en las cuales no está ordenado terminar el proceso ejecutivo. / Paso a continuación a indicar algunas de las hipótesis en las cuales estimo que no incurre en vía de hecho el juez que no de por terminado algunos de esos procesos ejecutivos. Reitero que en otros casos, cuando sí se reúnan las condiciones de ley para dar por terminado alguno de tales procesos, el juez debe ordenar dicha terminación. Si no lo hace, y el deudor cumplió con sus cargas procesales dentro del proceso ejecutivo, entonces la tutela puede ser procedente. Pero si el deudor acude a la tutela para suplir su inactividad en el proceso ejecutivo, entonces la acción es improcedente. Algunas de las hipótesis en que sí cabe continuar con un proceso ejecutivo iniciado antes del 31 de diciembre de 1999 son las siguientes: / La primera hipótesis se presenta cuando se reúnen las siguientes condiciones: (i) una deuda hipotecaria adquirida en UPAC es reliquidada en UVR, (ii) dicha reliquidación respeta lo dispuesto en la ley en cuanto a condonación de los intereses de mora, reconocimiento de un abono y conversión de UPAC a UVR según las fórmulas definidas; (iii) después de la reliquidación, se le ofrece al deudor reestructurar los plazos y las cuotas de pago, de tal forma que éstos se ajustan a sus posibilidades de pago si la reliquidación fue insuficiente para ese efecto, y (iv) a pesar de ello el deudor incurre de nuevo en mora. / Segundo, estimo que, de acuerdo a la jurisprudencia de tutela de esta Corporación, existen casos en los cuales es improcedente la acción de tutela en contra de una providencia judicial mediante la cual el juez civil decide no dar por terminado el proceso. Esto sucede en los casos en los cuales el deudor no ejerció los recursos para controvertir las decisiones con las cuales se encuentra en desacuerdo, o ni siquiera solicitó al juez civil que de por terminado el proceso. Es así como en la sentencia T-535 de 2004, la Sala Segunda de Revisión declaró improcedente una acción de tutela interpuesta por un deudor hipotecario, que había dejado de acudir a los mecanismos judiciales ordinarios para hacer valer su posición. En dicho caso el deudor no había solicitado al juez ordinario que diera por terminado el proceso ejecutivo. / En el mismo sentido, en la sentencia T-1243 de 2001, la Sala Tercera de Revisión decidió que era improcedente una acción de tutela interpuesta por un deudor que en el proceso ejecutivo había solicitado al juez terminar el proceso de manera extemporánea. El recurso había sido presentado en el momento en el cual el inmueble ya había sido adjudicado a la entidad financiera y se había intentado dos veces la diligencia de entrega del inmueble. / Por lo tanto, cuando una de las partes ha sido negligente en la defensa de sus intereses en el proceso ordinario y no ha ejercido los recursos en él previstos, la tutela no es el mecanismo para suplir su injustificada inactividad procesal. Esta regla ha sido repetidamente aplicada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia de tutela, y no se entendería que respecto de los procesos ejecutivos hipotecarios sea modificada por una Sala de Revisión. / Tercero, los alivios creados por el legislador para amparar a los deudores de obligaciones contraídas para adquirir vivienda fueron adoptados con el fin de proteger a las personas que por razones económicas fuera de su control, perdieron la capacidad de pago de sus obligaciones, lo cual a su vez puso en peligro la propiedad sobre sus viviendas./ Sin embargo, sucede algo distinto con las personas que de manera evidente no hacen parte del grupo anterior descrito, y que más bien, se aprovechan de manera abusiva de las facilidades

otorgadas por el Congreso. Por ejemplo, en el caso en el que se logre probar que los deudores en el proceso ejecutivo no son víctimas de una situación macroeconómica y financiera que les impidió pagar cumplidamente su deuda, sino que incurrieron en mora con el fin de abusar del sistema y eludir el pago de deudas que tenían la capacidad económica de honrar, el juez ha de concluir que éstos no son merecedores de protección por vía de tutela cuando solicitan que el juez constitucional ordene la terminación del proceso ejecutivo que el juez civil, ante esas circunstancias específicas de comprobada elusión de las obligaciones contraídas, no ordenó terminar. Aquellos que se aprovechan abusivamente del sistema, sin tener necesidad de ayudas porque disponen de la capacidad económica para honrar sus deudas, no pueden ser premiados por su mora con la terminación de los procesos ejecutivos. De manera específica, las personas a quienes se compruebe en el proceso de tutela que (i) gozan de ingresos claramente altos y, por lo tanto, no son la población objetivo de la política de ayuda a los deudores de créditos hipotecarios, y (ii) carecen de la intención de pagar la obligación adquirida, que honrar claramente se encuentra dentro de sus capacidades económicas, no pueden ser protegidos por la actuación del juez de tutela mediante la doctrina de las vías de hecho. Esto, pues el juez civil que, en esas circunstancias, estime que el proceso ejecutivo debe continuar, está obrando dentro de los parámetros de razonabilidad. Además, dado que el deudor en esos casos tiene recursos económicos altos y suficientes, no está en juego su mínimo vital, ni el de su familia. Tampoco estaría comprometido su derecho a acceder a una vivienda, quizás menos lujosa, pero no por ello menos digna. / 6. Las consideraciones anteriores, son factores que el juez de tutela ha de ponderar en cada caso particular, cuando el accionante le solicita que declare la existencia de una vía de hecho en una providencia que se abstiene de dar por terminado el proceso ejecutivo hipotecario. Se deduce de esto que no existe una regla clara a aplicar a todos los procesos, regla general y abstracta que haga caso omiso de las particularidades de cada caso, y de las condiciones fijadas por la ley para que se reúnan los supuestos que generan la terminación de los procesos ejecutivos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999. La declaratoria de la terminación del proceso no es automática, ni ajena a los hechos de cada caso y a las condiciones fijadas en la ley. En su análisis el juez de tutela ha de establecer cuál es el margen de interpretación legítimo con el que cuenta el juez civil en el proceso ejecutivo, y a su vez, en qué punto se sale de dicho margen y comete una arbitrariedad con el deudor, y por ende se produce una vía de hecho.

La Corte Constitucional, distingue si la destinación del crédito es comercial o para vivienda, a fin de dar una interpretación diferente. Observemos lo que dice:

La acción de tutela es improcedente para inmiscuirse en el proceso, si dentro del mismo existen los mecanismos para su resolución. Máxime si las decisiones del juez no se controvierten oportunamente, por ejemplo, si no se impugnó la sentencia o no se objetó la liquidación del crédito, como ocurrió en este caso. / La Sala de Revisión no observa que se está ante la vía de hecho planteada por la actora, por la sencilla razón de que el crédito objeto del proceso ejecutivo hipotecario no es de vivienda sino comercial, y concierne a un local comercial, local que se persigue en el proceso ejecutivo. / Si el crédito es comercial y no de vivienda, no hay lugar a examinar el contenido de la ley de vivienda y su incidencia concreta en el proceso ejecutivo que se adelanta en

el juzgado demandado. La incidencia reclamada por la demandada le corresponde al juez de la causa decidirla en el proceso correspondiente, ya que se trata de una controversia meramente patrimonial en la aplicación de la ley (Corte Constitucional, S. T-105, 2005).

3. La interpretación del contrato y los derechos fundamentales, según la corte suprema de justicia

Como principio, la autonomía que tiene el juez para interpretar el contrato no puede dar lugar a que, por su ejercicio, se incurra en una vía de hecho que dé lugar a la violación de un derecho fundamental como lo es el debido proceso. Sobre la interpretación de la ley, perfectamente aplicable al tema en estudio, ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

1. Se tiene como cosa cierta que la interpretación razonada y razonable que hagan los jueces en torno de una regla jurídica, descarta, in radice, la configuración de una vía de hecho, único supuesto que autoriza la intervención del juez constitucional en asuntos de competencia de otras jurisdicciones, pues es claro que la acción de tutela, en línea de principio, no procede contra providencias judiciales. / Pero también es asunto pacífico que los jueces, al interpretar la ley, no pueden optar por aquella postura que conculque los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la garantía constitucional que tienen las partes a un debido proceso, así como el derecho de acceder a la administración justicia. Por muy explicativa –o argumentada- que sea una providencia, si ella encuentra respaldo en una interpretación que cercena o restringe uno de tales derechos, esa decisión, per se, no es susceptible de aval constitucional, de modo que pueden ser limitados o suprimidos sus efectos por el juez de tutela, quien, además, debe disponer que el funcionario respectivo ajuste sus determinaciones a los mandatos de la Carta Política y de la ley. Esa, en efecto, es su específica misión tutelar.

Si el juzgador tiene autonomía para la interpretación de la ley, con mayor razón lo acompaña la misma autonomía para interpretar la disposición contractual; al fin de todo, se trata de una norma dispuesta por las partes en ejercicio de su potestad normativa. Pero esa labor interpretativa no puede conculcar derechos fundamentales. En este sentido, la Jurisprudencia de la Corte Suprema marca una tendencia hacia la constitucionalización de las normas sobre la interpretación de los contratos. Más concretamente, sobre la interpretación del contrato, ha señalado la Corte Suprema de Justicia¹:

¹ M.P. Silvio Fernando Trejos B. Sentencia de tutela de 17 de Febrero de 2004.; M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia de Tutela de 5 de Octubre de 2004, proceso 01051; M.P. Rafael Romero Sierra, sentencia de 6 de Julio de 1.999, proceso 6555.

Cabe recordar, por ende, que es facultad inherente a la autonomía del juzgador interpretar la voluntad contractual de las partes cuando éstas en conflicto, de suerte que cuando la conclusión respectiva se apoya en sólidos fundamentos y es fruto de un cuidadoso estudio, no cabe encontrar arbitrario dicho proceder.

En conclusión sobre este punto, no puede el juez de tutela, con el pretexto de un entendimiento diferente, invadir el campo funcional del administrador de justicia. La autonomía del juez natural no puede ser invadida por el juez constitucional, so pretexto de aplicar otro criterio hermenéutico. Una intromisión de esta estirpe equivaldría a torpedear el principio de la autonomía de los jueces.

4. El contrato y su formación

Los tiempos contemporáneos demandan la necesidad de una revisión a fondo de las limitantes para el ejercicio de la autonomía negocial. El legado Napoleónico que señaló el orden público y las buenas costumbres como las barreras para la libre expresión de los contratantes se han tornado en categorías difusas que crean inseguridad jurídica, por la dispersión que los intérpretes pueden dar a sus contenidos. La Constitución de 1991, provocó un verdadero revolcón acerca del contenido que debe darse a las barreras para la expresión de la autonomía negocial, agravando la situación.

En lo atinente a las "buenas costumbres", se ha surtido el siguiente proceso: tenemos en la nueva Constitución una marcada independencia de su preámbulo y normatividad, con relación a la invocación de los credos cristianos en general y de la religión católica en particular. Conclusión a la que llegamos con una simple comparación de textos entre la Constitución anterior y la que entró en vigor.

Esta circunstancia tuvo, como consecuencia, el surgimiento de una forma de pensamiento que pretende advertir que en lo referente a las "buenas costumbres", el equiparamiento que de éstas hacía con la moral cristiana, artículo 13 de la ley 153 de 1887, había dejado de tener eficacia.

Lo anterior, al punto que se demandó ante la Corte Constitucional por la inexecutable del artículo 13 de la ley 153 de 1887, proceso que fue desatado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-224 de 5 mayo de 1994 con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía. La Corte consideró executable dicho artículo pero le dio un giro

interpretativo bastante discutible al advertir que la expresión "moral cristiana", deberá entenderse como "moral general" o "moral social", bajo el razonamiento de que cuando la norma se expidió, la moral general era precisamente la moral cristiana.

Es indiscutible que las barreras a la autonomía negocial establecidas en el código de Napoleón, han entrado en crisis y que el derecho privado tiene que reformular los límites para el ejercicio de la autonomía privada, de tal manera, que establezca certeza en el quehacer negocial. Sin embargo, la constitucionalización, en sentido estricto, que hizo en este fallo de exequibilidad, dista mucho del cometido que debe tener una barrera contemporánea para las actividades negociales de los sujetos que se aventuran en el contrato. Por lo pronto, quién puede definir la moral general, si es que ésta puede decantarse en una sociedad cosmopolita y heterogénea. Con la precisión de la Corte, por el contrario, se creó un halo de incertidumbre, pues, el discurso de la moral general, puede ser tan amplio, que el negocio jurídico y la estabilidad queda a criterio de sus muy variados intérpretes.

La Corte Constitucional, por su parte, también admite la garantía para la autonomía de la voluntad y señala sobre los límites de la misma, lo siguiente, a propósito de la llamada "lista Clinton", que motivó una circular de la Asociación Bancaria a las entidades Bancarias, en la que se relacionan las personas que se consideran, según las autoridades de los Estados Unidos, como narcotraficantes y, por ello, algunos no les abrió cuenta a quienes demandaron en tutela.

Dijo así la Corte, para no amparar en el sentido de que los bancos estaban en obligación de contratar:

Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público. / Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto

sub índice. / La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1° Y 95-1). Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4° superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la carta fundamental tiene también una eficacia horizontal. Es por ello, que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, para promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2°) (Corte Constitucional, SU-167, 1999)

Se destaca, claramente, el entorno gaseoso en el que se desenvuelven, en estos momentos, los límites para el ejercicio de la actividad negocial. Poco aporte el de la constitucionalización en esta materia; la crisis, en lugar de solucionarse, se ha acentuado.

La constitucionalización del derecho privado, presenta en el continente entero nuevas expresiones para dichas limitantes, pero, manteniendo los esquemas básicos del derecho liberal y reedificando alrededor de ellos.

La sala constitucional de la Corte peruana consideró que el servicio de llamadas eróticas es contrario a las buenas costumbres y, por tanto, inexigible el cobro del servicio. Las llamadas a la *hot line*, aparecieron en los consumos telefónicos y la suscriptora se negó a cancelarlas y el alto tribunal estimo que:

El usuario, en principio, solicita el servicio telefónico para su uso y el de su familia, para su desarrollo social, económico, laboral y cultural por medio de la comunicación; no para realizar comunicaciones telefónicas libidinosas promovidas por el industrial o empresas que fomentan la deformación de la conducta sexual, afectando a la niñez, la juventud y la familia (Soto, s.f.)

La Corte Suprema del Perú, además, señaló:

La moral y las buenas costumbres constituyen la base de todo el derecho; nuestro sistema jurídico, obedeciendo a este principio, rechaza la inmoralidad y las malas costumbres; nadie puede beneficiarse a costa de la degradación y el envilecimiento de las costumbres de un pueblo.

5. La interpretación en el contrato por adhesión

Admitida por la doctrina y la jurisprudencia, la clasificación de los contratos de libre discusión y contratos por adhesión, una de las consecuencias inmediatas de los efectos de tal distinción, es que las normas de interpretación clásicas, se deben complementar, matizar y armonizar cuando se está en presencia de los segundos.

Los contratos por adhesión plantean una problemática, que es el platillo predilecto del derecho privado contemporáneo. Dentro de esa problemática, se concreta un aspecto relativo a qué hacer con las llamadas cláusulas abusivas (Arrubla, 2004).

Para buscar una solución a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, se ha tratado de utilizar algunas de las reglas establecidas en las legislaciones de corte liberal, concretamente el artículo 1324, párrafo segundo, de la legislación Colombiana, que establece el principio de responsabilidad en el negocio jurídico, cuando dispone que, quién redacta produciendo la ambigüedad, es merecedor de una interpretación en su contra y a favor de quién no la produjo, similar al que existe en todas las demás legislaciones de corte liberal.

Federico de Castro (1985, p. 88) se refiere a este principio de la siguiente manera: “esta regla se ha valorado como prueba de que en el Código se atiende a la responsabilidad resultante de una indebida conducta negocial (incumplimiento del deber de hablar claro). En la práctica ha servido para facilitar protección a quienes aceptan contratos de contenido preestablecido (por uno de los contratantes), así en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación.”

Si bien, en otros países, esta pauta interpretativa puede haber servido para equilibrar los contratos por adhesión cuando presentan cláusulas abusivas, no ha sucedido lo propio en Colombia, pues, con un criterio bastante liberal, se ha dicho que una cláusula abusiva no presenta un problema de ambigüedad ni de oscuridad, sino, por el contrario, se estaría en presencia de una disposición como tal, pero claramente abusiva.

Así, aparece sentado el criterio en una clásica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual admite el fenómeno de los contratos por adhesión, pero mantiene los moldes clásicos de interpretación que trae el Código Civil, sin permitir que el

principio de la responsabilidad de quien formula, causando la oscuridad, pueda emplearse para desestimar las cláusulas abusivas.

Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico. / En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes. / Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se toma inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes. / Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar. / Se ha dicho con estrictez que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas. / Y es de verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero que de ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento. / Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no, cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para

éste exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios (Sentencia 29/08/1980).

Sin duda alguna, la Corte Suprema de Justicia, en esta oportunidad, reconoce que es necesario clasificar los contratos en los de libre discusión y los de adhesión; asimismo, que de ello deben derivarse conceptos y consecuencias diferentes. Sin embargo, todavía no ofrece solución alguna a los problemas que presenta la contratación estándar, principalmente, el desequilibrio contractual entre las partes. El contrato lo deja intangible para el juez en aras de respetar la autonomía de la voluntad.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia vuelve sobre el tema en los siguientes términos:

Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que, "...barrenando los principios liberales de la contratación..." como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garriguez. Contratos Bancarios, Cap. I, Num. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de esas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir por que la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitará por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C. de Com, está obligada a indemnizar (Sentencia, 19/10,1994).

Observamos en esta jurisprudencia un avance importante. Con fundamento en el principio general del abuso del derecho, se puede reclamar el perjuicio que cause el ejercicio abusivo del poder dominante de las entidades bancarias, en su contratación con los usuarios de sus servicios. Pero, todavía, sigue en pie el cuestionamiento sobre ¿Qué hacer entonces con las cláusulas abusivas?

En más reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, insiste en la conducta abusiva de quien introduce al celebrarse un contrato las llamadas cláusulas abusivas, a

propósito de un contrato de seguros y trata una de ellas en particular con claridad y precisión. Observemos algunos apartes de esta importante jurisprudencia:

Tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual (Lukes). (1). / En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria —entre otras denominaciones más enderezadas a relevar el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual— de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica —o tarifaria—, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava —sin contrapartida— en que aquellos pueden solicitar al asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*). / Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas. (Corte Constitucional, S. 02/02/2001)

Obsérvese la evolución que viene presentando la jurisprudencia colombiana, al pasar de la aplicación estricta e imperiosa de los cánones interpretativos clásicos de corte liberal establecidos en el Código Civil, a principios generales que tratan de hacer justicia contractual, como el caso del abuso del derecho.

Pensamos que podría avanzarse más, como acudir a otros principios, el de la igualdad y el de la buena fe, para interpretar la cláusula abusiva en el contrato por adhesión, a favor del adherente, incluso, para desecharla, tal y como lo advertimos, anteriormente, cuando nos referimos al papel de los principios generales en la interpretación del contrato.

En otros sectores de la doctrina latinoamericana, se escuchan propuestas, todavía más audaces, aunque un poco gaseosas para nuestra tradición jurídica, pero, de todas maneras, defensables por acudir a principios generales, como el de la “equidad” para efectos de interpretar este tipo de contratos. Observemos el pensamiento del profesor Mosset Iturraspe (2004, p. 308): “La interpretación del contrato por adhesión plantea —ante el silencio de la ley acerca de esta modalidad en la formación del acuerdo unida este silencio a la vigencia de la norma sobre autonomía de la voluntad y fuerza

interpretativa (artículo 1197) y a las particularidades que muestra, en la materia, el aprovechamiento del mayor poder de negociación— serios problemas a la magistratura que, en nuestra opinión, sólo encuentran solución recurriendo a la equidad”.

A los avances de la jurisprudencia colombiana se deberían agregar claros preceptos constitucionales que le servirían de fundamento supralegal para permitirle al juez tomar un papel más decisivo en el contenido del contrato por adhesión, con relación a las cláusulas abusivas. El artículo 58, que consagra el principio fundamental de la propiedad como función social, impide asegurar un mayor aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual en que se ve la parte que adhiere, casi, en posición de sumisión a las condiciones preestablecidas por la parte económicamente fuerte de la relación contractual. Por otro lado, en la protección de esa parte adherente, en el contrato está en juego el interés social, que nuestro legislador ya ha reconocido en las leyes y decretos que buscan la protección del consumidor que, a pesar de sus deficiencias, dejan en claro su expresa intención, en el sentido de reconocer un interés general, orientado hacia la protección del consumidor, del conjunto social al que se denomina "consumidores", intención que resulta contrariada, desconocida y vulnerada, mientras exista la posibilidad de prevalerse del acuerdo contractual, asegurando, para la parte económicamente fuerte, una posición de superioridad, en ejercicio abusivo de la libertad contractual.

En este orden de ideas, el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, sancionando con ineficacia aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina "abusivas", en clara aplicación del principio constitucional, en virtud del cual, el interés privado debe ceder ante aquél.

Hoy en día, no existe duda, con relación a que la propiedad y, en general todos los derechos patrimoniales, así como la actividad económica de todas las personas, están garantizadas dentro de los límites del bien común. El artículo 333 en la Constitución Nacional, complemento indispensable del artículo 58 ya comentado, en forma terminante, consagra que "la actividad económica y de iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común". La "iniciativa privada" no es nada más que la expresión que nuestro constituyente, que sin muy buena táctica, escogió para consagrar la garantía de lo que, más técnicamente, se viene llamando autonomía privada, como fuente de derechos y obligaciones en un contexto de libertad económica.

Véase, cómo dicha autonomía, se garantiza dentro de los límites del bien común. Ahora bien, se diría que esos límites sólo pueden ser establecidos de manera general por el legislador, a quien corresponde determinar en sentido objetivo el contenido en un momento histórico concreto de ese bien común. Sin embargo, al lado de la clara competencia del legislador en este campo, la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces, quienes interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada, que se traduzca en inferioridad para la parte débil de la relación contractual, la cual representa, en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional.

La contratación en masa, la impronta de la estandarización que dicho fenómeno requiere, hace imposible que se tenga el contrato como una relación económica aislada, precisamente, por cuanto la manifestación implica la potencialidad dañosa, no para un individuo aislado, si no para una gran parte de la sociedad, configurando así, la contraposición de dos intereses meramente privados, sino el conflicto con un interés generalizado y, por tanto social, cuyo aseguramiento constituye un claro límite a la autonomía privada, por el bien común involucrado. La intervención normativa del Estado para la protección al consumidor deja en evidencia para el juez que dicha protección al consumidor, parte adherente en este tipo de contratos, constituye un límite objetivo al ejercicio de la autonomía privada y lo habilita, suficientemente, para invalidar aquellas condiciones contractuales abusivas a las que nos hemos venido refiriendo.

Se olvida, a veces, que la norma constitucional prima ante la ley, así se trate del Código Civil. Sin necesidad de reformas puede el juez en Colombia equilibrar el contrato, tiene los fundamentos constitucionales para ello, pero no lo hace. De allí, la necesidad y conveniencia de introducir reformas que expresamente le adviertan la necesidad de jugar un papel más fuerte en el contrato de adhesión.

Otra norma constitucional, el artículo 13, nos trae un argumento contundente para sostener que las tres ramas del poder público, dentro de las cuales se encuentra la jurisdiccional, están llamadas a cumplir el derecho fundamental de la igualdad. Al respecto dice la citada norma:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión

política o filosófica. / El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. / El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Nos interesa, ante todo, el último párrafo, pues observamos allí con claridad el mandato que se da al Estado en todas sus manifestaciones. Nada tiene que esperar la jurisprudencia para equilibrar los contratos de adhesión. La orden constitucional es imperiosa y de una claridad absoluta y reivindica el papel del juez frente a la exégesis del contrato.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-070 de febrero 25 de 1993, se lee en el salvamento de voto correspondiente a los magistrados José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual. / La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual.

Al legislador le tocará hacer lo propio al momento de producir nuevas leyes en el campo negocial. Deberá tener en cuenta que el fenómeno social y las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, obliga a clasificar los contratos, como tal, en contratos de libre discusión y en contratos por adhesión y propenderá para que, en estos últimos, dispongamos de una normatividad que permita realizar ese mismo equilibrio que garantiza la Constitución Nacional, que hace responsable al Estado de la eficacia del mismo.

Es del caso agregar, en este somero análisis de la constitucionalización del derecho privado de los contratos, el alcance y la dimensión que puede tener la consagración en el artículo 83 de la Constitución Nacional, del principio de la buena fe. Dice la norma constitucional lo siguiente:

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllas adelanten ante éstas.

La función que cumple el principio de la buena fe en el derecho privado moderno, abarca una verdadera revolución en todas sus instituciones. Especialmente, en el contrato se extiende a todos sus estadios, impregnando al *iter contractus* de una dimensión ética que se le arrebató en el imperio de la escuela liberal.

Para concluir, la esencia de una teoría, que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato por adhesión, con relación a las cláusulas abusivas, la ofrece el artículo 871 del Código de Comercio, que le agrega al clásico precepto de la buena fe que debe acompañar a las partes en la ejecución de los contratos, ya predicado por el artículo 1603 del Código Civil, una simple palabra: “celebrarse”. Con ello dice todo, puesto que celebrar el contrato de buena fe implica abstenerse de introducir cláusulas abusivas, otra cara de la moneda nos dice que está prohibida para el formulante la introducción de las mismas. Desatender lo prohibido vicia del objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y, el objeto ilícito, genera nulidad absoluta que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

6. La trivialización de los principios y el deber de buena fe

Se trata de un principio general, de la más profunda raigambre civilista, que se redimensiona y expande en el Código de Comercio de 1.971 y que ha sido elevado a norma constitucional en 1991. Sin duda, es una regla que dinamiza y remozca las instituciones civiles, en los últimos tiempos; pero, también, a veces el discurso constitucional lo trivializa.

Para comprender mejor este fenómeno de trivialización del principio de la buena fe, nada mejor que al análisis de una sentencia C-068/99 sobre la venta de bienes entre cónyuges no divorciados. El artículo 1852 del Código Civil Colombiano prohibía la venta entre cónyuges no divorciados, siguiendo de cerca lo dispuesto en el artículo 1595 del Código de Napoleón, siempre entendida como una norma para capaces, en aras de brindar protección a los mismos cónyuges y a terceros y de evitar que la relación matrimonial, se convierta en un escenario de negociación y, por ende, de conflictos que puedan derivarse del mismo.

La Corte Constitucional, llega a la conclusión que tal norma y su equivalente en el derecho comercial, artículo 906, son inconstitucionales por violar el principio de la buena fe, cuando señala:

“6. Inexequibilidad parcial de los artículos 1852 del Código Civil, 3° de la Ley 28 de 1932 y 906, numeral 1° del Código de Comercio. / Como ya se vio, la ratio juris de la nulidad que se instituye por las normas legales mencionadas respecto de las compraventas celebradas entre cónyuges no divorciados, según se desprende de su evolución histórica, tiene como fundamentos: primero, la necesidad de evitar que entre cónyuges se lleven a cabo donaciones irrevocables, ocultas tras la apariencia de una compraventa; segundo, la necesidad de establecer por ley esa prohibición, como un medio de protección a la mujer casada, sometida a la potestad marital y, por consiguiente, a la incapacidad relativa que, así, se transforma en incapacidad absoluta; y por último, como norma de carácter preventivo para precaver la comisión de fraudes por uno de los cónyuges en contra de terceros. / Ello significa, entonces, que ninguna de las tres razones a que se ha hecho mención puede subsistir para legitimar la sanción de nulidad a los contratos celebrados entre cónyuges no divorciados, -es decir, no separados de cuerpos por sentencia judicial conforme a lo dispuesto por la ley 1ª de 1976-, pues se parte del supuesto de que los contratantes podrían ocultar mediante la compraventa una donación irrevocable, o simular con su cónyuge tras la apariencia de un contrato de supuesta enajenación de bienes de su propiedad, en perjuicio de terceros, lo que es tanto como dar por preestablecida la falta de rectitud, lealtad y probidad de quien así contrata, es decir su mala fe, lo que resulta contrario a la norma constitucional consagrada en el artículo 83 de la Carta Política que, precisamente, dispone lo contrario cuando en ella se instituye como deber el proceder conforme a los postulados de la buena fe, sin que existan razones valederas para que pueda subsistir en la ley la presunción de que los contratantes, por ser casados entre sí actúan de mala fe, como igualmente tampoco resulta admisible la suposición implícita de que, en tal caso, los cónyuges dejan de lado el cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 95, numeral 1 que impone como deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, el de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. / Además, si conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional se consagra “la igualdad de derechos y deberes de la pareja”, resulta obvio que no podría tener existencia en nuestro régimen jurídico de hoy la potestad marital, la cual, como se sabe, aún antes de promulgada la Constitución 1991, fue abolida en nuestro ordenamiento positivo en cuanto hace a los bienes de la mujer, por la Ley 28 de 1932 que le dio plena capacidad civil para disponer y administrar los de su propiedad, sin limitación de ninguna especie; y, en cuanto hace a la persona de la mujer casada, el Decreto 2820 de 1974, estableció que en las relaciones familiares ella se encuentra en pie de igualdad con el hombre. / Agrégase a lo anterior que la nulidad que se predica en la norma acusada de los contratos de compra venta celebrados entre cónyuges no divorciados, que según algunos tendría como propósito preservar la unidad familiar, evitando los conflictos que podrían surgir entre ellos por la celebración de tales actos jurídicos, no comprendería a quienes se encuentran ligados, sin matrimonio, por la decisión libre de un hombre y una mujer para fundar una familia, lo que significaría una desigualdad de trato para situaciones familiares similares, ya que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que la familia, como “núcleo fundamental de la sociedad”, puede constituirse o en virtud del matrimonio

o por la libre decisión de conformarla, aún sin contraerlo. / Siendo ello así, habrá de declararse la inexecutable parcial del artículo 1852 del Código Civil, así como, también de manera parcial del artículo 3° de la Ley 28 de 1932 y la del artículo 906, numeral 1° del Código de Comercio, sin que ello signifique que en casos de simulación o de fraude a terceros, estos o el otro contratante queden desprovistos de defensa de sus intereses legítimos, como quiera que podrán ejercer o la acción de simulación, o la acción paulina, o en general, cualquiera de los derechos auxiliares que la ley autoriza para los acreedores, sin que en nada afecten porque desaparezca la sanción de nulidad que en tales normas hoy se establece, tal como ocurre en el Código Civil del Perú (Decreto Legislativo No. 295 de 24 de julio de 1984, inspirado en el derecho alemán), así como en el Código Civil Español, cuyo artículo 1458, que contenía norma semejante al artículo 1852 del Código Civil Colombiano, fue modificada por la Ley 11 de 1981, que dispuso, de manera expresa que el “marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente”, y, como se establece, también, en el Código Civil Italiano de 1942, que no contiene la incapacidad especial de los cónyuges para celebrar la compraventa entre sí, lineamientos estos que se acogen en el Proyecto de Código de Derecho Privado elaborado por una comisión encabezada por el profesor Arturo Valencia Zea, publicado por la Superintendencia del Notariado y Registro, Bogotá, 1980.

Los mismos salvamentos de voto dan razón de la mala utilización del principio. Con esta forma de argumentar, habría mala fe en todo el régimen de incapacidades especiales, en la reglamentación de incompatibilidades y de inhabilidades en el sistema jurídico colombiano.

Conclusiones

Como colorario de todo lo expuesto, podemos señalar que, sin duda alguna, el derecho privado no puede permanecer estático frente a las grandes evoluciones de la vida social. Por el contrario, si alguna disciplina está llamada a atender las exigencias de la contemporaneidad, es la disciplina que regula las relaciones elementales entre los seres humanos. En este sentido, el derecho privado ha cumplido su papel, realizando grandes aportes a la disciplina jurídica que, incluso hoy, dan contenidos a normas de raigambre constitucional y, por tanto, debe ser un ordenamiento permeable a los cambios y transformaciones que se requieran para cumplir las necesidades de justicia y de convivencia social en paz, provengan de donde provengan.

La constitucionalización del derecho privado es de urgencia manifiesta y los académicos, legisladores y jueces de la república deben ponerse a tono con las directrices que marca la carta política, como una nueva expresión de la sociedad colombiana, que traza nuevas rutas en busca de dignificar al ser humano y de hacer más justo su actuar social.

Sin duda, la iniciativa privada tiene que impregnarse de todos esos postulados que hoy se consideran necesarios para lograr la justicia social, pero, debe manejarse una especial prudencia, en el afán desmedido de revisarlo y cambiarlo todo, pues, en esa carrera se sacrifica el contenido científico para trivializarlo.

En un estado constitucional del derecho, el respeto por la autonomía privada tiene que ser una de sus grandes directrices, pero, la potestad normativa de los particulares debe estar sometida al régimen jurídico que le es superior, especialmente, debe encausarse teniendo, como limitantes, la prevalencia de los derechos fundamentales y la protección especial que se le concede por la carta fundamental al consumidor en los procesos de comercialización de bienes y servicios.

En el mundo entero se ha criticado a los jueces de la jurisdicción ordinaria de una falta de “conciencia constitucional”. Existe la necesidad de que el juez profundice más en la interpretación constitucional y que el proceso se vuelva permeable a la garantía del derecho fundamental.

Morello insiste en el deber de los jueces de las instancias ordinarias para: a) asumir el tratamiento de las cuestiones constitucionales que matizan los litigios; b) que en las motivaciones aparezcan consideraciones de ese linaje cuando sea necesario o conveniente; y c) que el juicio de admisibilidad pronunciado en el recurso extraordinario sea profundo y cabal.

La relativa “desconstitucionalización” del servicio de justicia ordinaria se traduce en una cierta restricción de competencia en materia constitucional. No deben los jueces ceder su competencia como jueces constitucionales dentro del proceso, ni tampoco permitir que el examen de la constitucionalidad se realice al margen de la actuación procesal.

El proceso es la máxima garantía para la tutela de los derechos fundamentales. En caso tal que cumpla con su función, debe cambiarse el proceso, volverse permeable al examen de constitucionalidad, pero, de ninguna manera, puede tolerarse que se imponga un tercero para que realice el examen constitucional por encima del proceso, afectando, gravemente, el sentido de especialidad; ello, equivaldría a socavar la competencia del juez y restarle autonomía a la decisión judicial.

Para afrontar los peligros del neoconstitucionalismo, nada será mejor que invocar la cordura de los jueces constitucionales y esperar una autorregulación adecuada de sus competencias; propugnar por un desarrollo más profundo de las leyes, de tal modo que se restablezca el equilibrio entre los diferentes poderes públicos; incentivar el estudio científico de los pilares del derecho privado, a fin de que los operadores jurídicos no trivialicen sus principios.

Referencias

- Arrubla, Jaime (2004). *Contratos Mercantiles Tomo II*. Medellín: Dike.
- De castro y Bravo, Federico (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: civitas
- Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En: Vigo, Rodolfo (2007). *El neoconstitucionalismo y la función judicial: Límites, Riesgos y perspectivas*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.
- Legaz Lacambra (1961). *Filosofía Del Derecho*. Madrid: Bosh
- Mosset Iturraspe, Jorge & Soto Coaguila, Carlos (2004). *El contrato en una economía de Mercado*. Perú: Normas Legales.
- Soto, Carlos Alberto. "Tutela Constitucional del Contrato. Límites a la libertad de contratación". No publicada.
- Vigo, Rodolfo (2007). *El neoconstitucionalismo y la función judicial: Límites, Riesgos y perspectivas*. La Protección de los Derechos Fundamentales y La jurisdicción Ordinaria. Autores Varios. Bogotá: Corte Suprema de Justicia. Bogotá. 2007.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia de T-594/1992.
- _____ Sentencia T-107/1993. M.P. Fabio Morón
- _____ Sentencia T -340/1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz
- _____ Sentencia T-511/1993. M.P. Eduardo Cifuentes.
- _____ Sentencia C-747/1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- _____ Sentencia T 105/05.
- _____ Sentencia T-1243 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____ Sentencia T-240/ 93. M.P. Eduardo Cifuentes.
- _____ Sentencia T-594/92.
- _____ Sentencia T-17/02/2004. M.P. Silvio Fernando Trejos B
- _____ Sentencia de Tutelade 5 de Octubre de 2004, proceso 01051. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena
- _____ Sentencia de 6 de Julio de 1.999, proceso 6555. M.P. Rafael Romero Sierra.
- _____ SU 167/99. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

————— Sentencia de agosto 29 de 1980. M.P. DR. Humberto Murcia Ballén.
————— Sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss
————— Ref: Exp. No. T- 1100122030002004-01000-01. 10/02/2005. M.P. Jaime Alberto
Arrubla Paucar.
————— Sentencia febrero 2 de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de septiembre de 2002, exp. No. 004134-01