

La constitucionalización del derecho privado

La verdadera historia del impacto
constitucional en Colombia

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

PRÓLOGO
DIEGO LÓPEZ MEDINA

TERCERA EDICIÓN

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

LA VERDADERA HISTORIA DEL IMPACTO
CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

LA VERDADERA HISTORIA DEL IMPACTO
CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA



Bogotá - Colombia
2011

Calderón Villegas, Juan Jacobo, 1979-

La constitucionalización del derecho privado : la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia / Juan Jacobo Calderón Villegas. -- Bogotá : Editorial Temis, 2010.

192 p. ; 23 cm.

Incluye bibliografía e índice.

ISBN 978-958-35-0808-0

1. Derecho civil - Colombia 2. Control de constitucionalidad
3. Colombia - Derecho constitucional I. Tít.

346 cd 21 ed.

A1275571

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Juan Jacobo Calderón Villegas, 2011.

correo elec.: juan.calderon@urosario.edu.co

© Universidad de los Andes - Facultad de Derecho

Carrera 1ª, núm. 18A-10, Bogotá

Tels.: 339 4949 - 339 4999 ext. 2382

<http://derecho.uniandes.edu.co>

correo elec.: infderec@uniandes.edu.co

© Universidad del Rosario

Calle 14, núm. 6-25

Tel.: 297 0200

<http://www.urosario.edu.co>

© Editorial Temis S. A., 2011.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá

www.editorialtemis.com

correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Diseño de carátula: Magda Salazar

ISBN 978-958-35-0808-0

2487 201100000700

Hecho el depósito que exige la ley

Impreso en Talleres Editorial Nomos

Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

*Para Valeria, Susana y Juliana, quienes en
silencio me decían el lugar de las palabras.
Para mis padres Aurelio y Gloria, siempre allí.*

AGRADECIMIENTOS

Cuando empecé a escribir el texto, cuya vocación inicial era la de acreditar el cumplimiento de las exigencias académicas de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes, la primera idea fue que probablemente nunca terminaría. La segunda preocupación se asociaba a los inquebrantables momentos de duda sobre el rigor y validez de los argumentos que intentaba redactar. La tercera gran cuestión, la más importante, era el tiempo que debía dejar a un lado a mi familia para dedicarme a escribir.

Durante el tiempo que duró la elaboración del presente trabajo, siempre permanecieron esas tres ansiedades. Se incrementaron cuando advertí la posibilidad de publicar el libro. Ampliar los destinatarios del trabajo y someterlo entonces a un escrutinio cada vez más exigente demandaba mi compromiso, en primer lugar, de terminarlo, en segundo lugar, de asegurar mis razonamientos y, nuevamente, de sacrificar momentos de Valeria, Susana y Juliana.

Cada preocupación creo que, finalmente, fue enfrentada con relativo éxito. Ello fue así gracias a muchas personas.

Primero a Vale, Susi y Juliana, quienes a pesar de encontrarme escribiendo siempre me acompañaron. El corazón necesita de personas como ellas.

Mi familia, las palabras las prefiero cortas y los recuerdos largos. Mi papá, el abogado, el profesor de derecho y el abuelo que más admiro, siempre me ha dejado claro por sus palabras y su práctica, que la profesión se ejerce pensando pero más importante aún, actuando bien. Mi mamá dedicada a nosotros, siempre dispuesta a ofrecernos un *consejo*; asombro me causa su entrega desinteresada. Con Ale, Saris, Pily y Lauris he compartido lo mejor de ser hermanos.

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y su Decano, el Dr. Alejandro Venegas Franco, me abrieron desde el principio sus puertas. Los sueños de ser profesor de derecho se hicieron realidad por su generosidad. Nunca nada diferente de una amistad sincera he encontrado. La gratitud es infinita. Aquí con los profesores, colegas y amigos, he podido disputar varios argumentos de este libro, convenciéndome de ellos o concluyendo su incorrección. Muchos son y no me atrevo a intentar una mención completa para no consumir alguna inadvertencia. Todos ellos sabrán. Debo sí agradecer a Yira López, a Erwin Santamaría y a Iván Páez, que alcanzaron a leer en más de una oportunidad este libro. El Dr. Juan Pablo

Cárdenas, el Dr. Fabricio Mantilla y el Dr. Jaime Tobar fueron referentes ineludibles para probar mis argumentos. Erick Rincón, Francisco Bernate, Juan Ramón Martínez, Marcela Roa y Paola Herrera han sido siempre amigos en la Universidad del Rosario.

La Universidad de los Andes me permitió conocer grandes profesores. De ellos he aprendido mucho. Helena Alviar, Diego López, Isabel Cristina Jaramillo, Daniel Bonilla y muchos más me dieron otra perspectiva.

La Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana y su Director de Derecho Público, el Dr. Hernando Yepes Arcila, me ofrecieron y guardaron un espacio. Ser profesor de derecho constitucional ha sido un verdadero honor. Con Jorge y Liliana, a quienes considero mis amigos, compartimos ideas y proyectos.

Diego López siempre trató de poner a prueba lo que yo decía. En ocasiones, ante una especie de tropiezo, bastó con una idea para emprender nuevamente el rumbo. Su altura científica y su desprendimiento académico, consiguieron motivarme a invertir cada vez más tiempo en la investigación de lo que estaba ocurriendo con el derecho privado. Creo que conseguí, gracias a su dirección, desprenderme de ataduras formalistas y enfrentarme críticamente a un asunto impregnado de dogmática rígida. Me parece que por eso, hoy puedo ser un mejor abogado.

Solo sentimientos auténticos de amistad por mis amigos de la Universidad de Caldas, que nos dio la oportunidad de encontrarnos en Manizales para ser abogados. Husso, Magda, Franco, Carlos, Felipe, Juliana, Jorge, Alejandra, Federica, Esteban y Juan Bernardo. Mi deuda de amistad solo puede ser reconocida por la admiración que siento por la vida y el trabajo de cada uno de ellos.

De los estudiantes que me acompañaron en alguno de mis cursos siempre recibí una gran idea para este libro. Gabriela Villota, que en medio de sus vacaciones guardó un espacio de su tiempo para la lectura crítica de este libro, es un ejemplo de dedicación, sinceridad e inteligencia.

En el ejercicio de la profesión siempre he podido compartir con grandes abogados. Las enseñanzas de mis compañeros y *jefes* en el Fondo de Inversión para la Paz y en Acción Social no han tenido límites. Siempre he tenido allí una oportunidad.

La Universidad del Rosario, la Universidad de los Andes y Temis me han permitido concluir este libro y cumplir este sueño. Tatiana González, con paciencia y energía, me orientó en cada uno de los momentos del proceso de edición. Estoy en verdad, profundamente agradecido.

La manifestación de gratitud es escasa siempre, porque para expresarla no hay suficientes palabras. Espero que del contenido del texto puedan tomar nota de mi intento por corresponderlos.

PRESENTACIÓN

La constitucionalización del derecho en general y del derecho privado en particular constituye, en la actualidad, uno de los asuntos más importantes para la dogmática y la jurisprudencia. La actividad de la Corte Constitucional ha generado un impacto sustancial de la Constitución en el derecho común a tal punto que sus determinaciones parecen haber incidido en diferentes grados en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Usualmente, el efecto de la Constitución en las relaciones entre particulares ha sido tratado por las teorías de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales asociadas, en su inicio, a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán. A pesar de ello, el trabajo que ahora se presenta a la comunidad académica en un esfuerzo al que han concurrido la Universidad del Rosario, la Universidad de los Andes y la Editorial Temis, pretende avanzar en el análisis de este fenómeno desde una perspectiva diversa que inicia por discutir la distinción entre derecho público y derecho privado. Este punto de partida le ha permitido al autor destacar que a pesar del cuestionamiento académico de la distinción, la misma, de forma aguda, sigue inspirando la práctica de los agentes de derecho privado.

El trabajo de JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS presenta el estado actual de específicas disputas localizadas en escenarios tradicionalmente vinculados con la teoría y la práctica del derecho privado.

De los profesores y practicantes del derecho privado se demanda conciencia acerca de lo que puede implicar el fenómeno examinado en este libro. Además de los cambios que se discuten y suceden en los códigos de derecho privado como consecuencia de los procesos de internacionalización y de ajuste doctrinal de la forma en que se comprenden sus categorías, la constitucionalización suscita debates muy complejos acerca de las fuentes del derecho privado, del papel del mercado, del lugar ocupado por el contrato y, finalmente, del futuro de la autonomía de la voluntad.

Excluir las posiciones extremas, en el inevitable proceso de constitucionalización, es una tarea que solo se consigue cuando los argumentos son expuestos libre y seriamente. El resultado no puede ser la disolución del derecho privado en el derecho constitucional. Tampoco puede ocurrir su aislamiento definitivo. Deben encontrarse caminos que conduzcan a una constitucionalización *sensata* o *prudente* que permita no eliminar la libertad

individual constitucionalmente reconocida pero que tampoco renuncie a las pretensiones reformadoras y emancipadoras del texto constitucional.

Estos caminos solo son posibles si existe voluntad para comprender, con mirada crítica, los fenómenos que están afectando la comprensión del derecho privado y que llevan a experimentar nuevas formas de entender su funcionalidad y su propio futuro. La obra *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, que ahora se presenta, apunta en esa dirección.

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Universidad del Rosario
Decano Facultad de Jurisprudencia

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Universidad de los Andes
Decano Facultad de Derecho

PRÓLOGO

Para mí constituye un gusto enorme prologar, por encargo de su autor, el libro que con el título *La constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia de su impacto en Colombia*, publican la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Editorial Temis. Este texto es el producto final del proyecto de investigación que su autor inició dentro del programa de maestría en derecho de nuestra Facultad y que, ahora, después de varias rondas de perfeccionamiento, ve la luz pública. Como tuve la fortuna de ser Director de la investigación, tengo un conocimiento profundo de su desarrollo hasta el producto final que tiene en sus manos hoy el lector. Sobre este punto solo quisiera remarcar lo siguiente en beneficio de los muchos abogados que hoy adelantan cursos avanzados de maestría o de doctorado: el camino entre la tesis y la publicación es todavía arduo y, si se quiere, crucial. El trabajo posterior a la entrega final de la tesis, incluso si esta es ya juzgada meritoria, resulta definitivo para afianzar y profundizar los contenidos y para acabar de definir el estilo y la voz del autor. Este libro es ya un producto acabado y muy personal de un autor que siguió enriqueciendo su narración a pesar de que, ya desde su grado, se había juzgado como de alta calidad. El trabajo subsiguiente se nota e influye enormemente en la actualidad de la información, que cubre jurisprudencia hasta el año 2010 y la calidad y profundidad del análisis. En mi calidad de Director puedo certificar que estas ideas han madurado intensamente y que ya han encontrado plenamente a su autor.

Como se indica en su título, el autor estudia aquí el nivel de constitucionalización que se ha dado en el derecho privado colombiano en los últimos años. Como se reconocerá de inmediato, este es uno de los temas más polémicos de la labor de la jurisdicción constitucional en Colombia. En este debate abundan posiciones altisonantes y alarmadas que defienden ideológicamente alguna de las posiciones posibles, bien sea en defensa de la libertad de mercado o del papel redistribucionista del Estado. El primer, e inestimable, mérito de la presente obra es que su autor es un competente iusprivatista que, al mismo tiempo, tanto por sensibilidad generacional como política, es capaz también de entender el proyecto constitucional de 1991 y la incidencia que ha tenido en la esfera de los intercambios voluntarios. Los lectores encontrarán aquí, pues, ponderación y buen juicio en un tema que aún sigue siendo discutido con apasionamiento ideológico. Con esta equidis-

tancia, que no convierte en aguas tibias sus conclusiones, JUAN JACOBO produce en el presente texto conocimiento jurídico pertinente y valioso; me incumbe a mí, como prologuista, dar al lector algunas pistas de la importancia de lo ganado en la presente obra.

Lo primero que debe decirse es que el presente libro es altamente innovador dentro de la disciplina del derecho privado. Lo notará desde el comienzo el lector: puede decirse, afortunadamente, que algo está pasando en la investigación jurídica colombiana y de ella es un buen ejemplo el libro. Desde el estilo de escritura, que es fresco e incluso rupturista, hasta los contenidos, que son innovadores, los lectores notarán una clara distancia con las formas tradicionales de pensar y escribir el derecho privado. Pero más allá del estilo, algo también está pasando en la sustancia.

La primera opción teórica es muy significativa y marcará el desarrollo de toda la investigación: JUAN JACOBO no parte de definiciones tradicionales de derecho privado, ni de la forma como los abogados usualmente hablamos de la distinción entre derecho público y privado como dos esferas distintas en las que debería mantenerse una saludable distancia. En su lugar, en vez de definiciones o axiomas bien conocidos, JUAN JACOBO investiga qué usos políticos y jurídicos dan los operadores a la distinción entre lo público y lo privado. En vez del concepto sociológico de “operadores jurídicos” (tan en boga), el texto prefiere hablar de “agentes” que buscan o evitan, según sea el caso, la “constitucionalización” de sus “intercambios voluntarios”. En ese sentido, más que reproducir definiciones dogmáticas sobre el tema, Juan Jacobo realiza un verdadero análisis del discurso de tales agentes: describe así muy acertadamente las formas actuales, que en el debate constitucional y jurídico de Colombia, utilizan las expresiones “derecho público” y “derecho privado”. La convicción de JUAN JACOBO es que este análisis del discurso, extraído de la jurisprudencia de los jueces, de los memoriales de los litigantes, de las discusiones de la alta gerencia corporativa, es una herramienta mucho más sensible para identificar las distinciones entre estas dos esferas que acudir a las definiciones dogmáticas que para el efecto creó la ciencia jurídica europea de los siglos XVIII a XX en contextos muy diversos. El análisis del discurso que aquí intenta el autor es una herramienta mucho más fértil para llegar, en trabajos posteriores, a una nueva dogmática que capture, de forma más precisa, las distinciones que entre derecho público y derecho privado hacen juristas, jueces y ciudadanos colombianos en el curso de sus polémicas jurídicas. Este análisis del discurso es también según Juan Jacobo, una “fenomenología” donde se muestra los usos estratégicos que hacen los “agentes sociales” de la distinción entre lo público o privado y los correspondientes poderes que ganan o pierden en esos campos de significación. Por esta razón este libro es uno de los primeros que habla sobre derecho privado desde una metodología “realista” y que toma en cuenta las realida-

des políticas y argumentativas del derecho colombiano y no la dogmática histórica del europeo que ya muestra déficits explicativos importantes.

El segundo punto de quiebre que propone el libro es tremendamente significativo: no basta con estudiar las formas discursivas como los jueces distinguen entre público y privado. Desde el plano de los discursos podría decirse que el proceso de constitucionalización en Colombia ha sido muy profundo. Pero, como han advertido los realistas jurídicos, siempre existe una distancia notoria entre el “derecho en los libros” y “el derecho en la práctica”. Esta distinción teórica permitía lanzar una sospecha práctica: es posible que la jurisprudencia constitucional de los últimos años pueda exhibir un buen número de sentencias de tutela que buscan la constitucionalización del derecho ordinario en campos como los seguros de vida, los seguros médicos y, en general, la intermediación financiera. Sin embargo de estos casos paradigmáticos no se deduce con claridad si, en realidad, las organizaciones privadas que han sido sus destinatarias han cambiado de forma sistemática sus comportamientos frente a sus usuarios o clientes. La constitucionalización del derecho privado sería mucho más profunda si las organizaciones económicas, en respuesta a las sentencias, hubiesen adaptado, por ejemplo, sus contratos proforma, sus reglamentos y, en general, su actuación administrativa a las renovadas exigencias de los jueces de tutela. La investigación sugiere que en estos campos las empresas pueden perder casos específicos pero que difícilmente ajustan su comportamiento estructural a las exigencias iusfundamentales. Trasladan así a cada usuario el costo del litigio concreto y cumplen en caso de perder. La relación entre litigio y cambio corporativo, por tanto, no se puede observar simplemente leyendo las sentencias de tutela que los profesores enseñamos en las clases de derecho constitucional. Para ello se debía hacer un trabajo de campo con gerentes, directores jurídicos, miembros de juntas directivas y otros miembros del personal administrativo de aseguradoras, empresas prestadoras de salud y entidades financieras para conocer cómo han sido sus reacciones y cuáles han sido los ajustes de las políticas corporativas frente al impacto creciente de la constitucionalización de los contratos. Con esta metodología, JUAN JACOBO nos ofrece un panorama realista del actual nivel de constitucionalización del derecho privado: más intenso al nivel de la retórica y menos profundo y menos transformador de las prácticas de la Colombia corporativa en sus relaciones con clientes y consumidores.

Con este marco general, el libro también ofrece rendimientos jurídicos prácticos de la mayor importancia. En él se examinan, en su capítulo tercero, las líneas jurisprudenciales que tocan con aseguradoras, empresas prestadoras de servicios de salud y, finalmente, con entidades financieras. Allí JUAN JACOBO ofrece explicaciones perspicaces sobre el desarrollo de la jurisprudencia, especialmente de aquella donde actores privados utilizan el derecho privado como un espacio de inmunidad frente a posibles intervencio-

nes del derecho constitucional. En todas estas líneas jurisprudenciales el autor nos ofrece descripciones muy convincentes de cuáles casos habrán de tener éxito y cuáles habrán de fracasar frente a los jueces de tutela gracias a la identificación de aquellos factores que permiten la intervención de la Constitución en los intercambios voluntarios. De la literatura que existe en Colombia al respecto, el presente libro logra identificar factores de éxito en este tipo de litigio y, por ello, se constituye en un insumo fundamental para jueces y practicantes que quieran entender y predecir el sentido de fallos en estas materias.

El libro, por tanto, no se queda en el choque genérico entre el liberalismo individualista y el Estado social de derecho, o entre mercado e intervención económica de los jueces. Más allá de estos clichés facilistas, el autor describe con precisión los elementos jurídicos específicos que llevan a los jueces a ampliar o negar la extensión del derecho constitucional sobre el derecho privado y a, por tanto, predecir los comportamientos y las reacciones de los jueces o los argumentos de las partes.

Finalmente, el libro es profundamente interdisciplinario como no podía ser de otra forma en el tema que examina: obviamente acude a las herramientas del derecho constitucional y del privado. A estas disciplinas centrales, empero, va añadiendo otras que resultan fundamentales para enriquecer su análisis: hace análisis de discurso, como ya hemos visto, introduce análisis económico del derecho y finalmente, en una contribución muy interesante, hace análisis de comportamiento corporativo del que se estila en facultades de administración de empresas. En este último tema, en particular, el libro ofrece importantes descripciones sobre la forma como organizaciones empresariales colombianas han reaccionado ante decisiones judiciales en las que la constitucionalización del derecho privado es profunda y evidente. El análisis de estas reacciones empresariales permite entender mucho mejor la profundidad del proceso de constitucionalización del derecho ordinario, más allá de las declaraciones discursivas que hacen magistrados y jueces en sus sentencias.

El libro, por otro lado, tiene algunos vacíos, que más que deficiencias, son invitaciones a la investigación futura: la información que tienen libro sobre las reacciones de las empresas prestadoras de salud, las aseguradoras y las entidades financieras frente a las tutelas que interfieren con contratos de derecho privado todavía debe ser incorporada en una nueva dogmática que permita estabilizar jurídicamente esta información que, en la presente etapa de elaboración, presenta los resultados mayormente desestabilizadores y destructivos. De esta manera el autor muestra las insuficiencias de la doctrina tradicional para mostrar que el derecho en realidad no se comporta según las predicciones de la dogmática civil europea del siglo xx. Este resultado, por más natural y obvio que pudiera parecer, sin embargo, no ha sido alcan-

zado en nuestra literatura que hace rato perdió las claves que le permitirían la creación de una dogmática nacional autónoma que responda a las realidades económicas, jurídicas y políticas de nuestro propio derecho contractual. El libro de JUAN JACOBO trae información esencial para tal intelectual, pero no lo culmina plenamente: he ahí un camino fructífero para futuras investigaciones en derecho constitucional y en derecho privado. De la misma forma, los resultados sobre la interrelación entre derecho y comportamiento empresarial son enormemente promisorios pero no pueden considerarse definitivos a esta altura. El estudio formalista del derecho ha puesto un énfasis, quizás excesivo, en las reglas que regulan el comportamiento económico y empresarial; se echan de menos, sin embargo, estudios sobre los efectos específicos que tales reglas tienen en la estructura y el gobierno corporativos. El libro hace avances muy significativos en esa dirección pero, como todo esfuerzo inicial, sus resultados podrán ser mejorados cuando nuevas metodologías y nuevos estudios permitan una mejor descripción del tema.

Por todas estas razones, el libro que el lector tiene en sus manos es fundamental para la comprensión de la constitucionalización del derecho ordinario en Colombia. En un tema tan cruzado de ideologías jurídicas y políticas, parecía difícil proponer argumentos innovativos que hicieran avanzar la reflexión. El libro de JUAN JACOBO logra esto de forma suficiente y merece, por tanto, ser leído y discutido con atención. La promesa que esta primera publicación entraña nos hace esperar más y mejores resultados académicos del profesor JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS. Desde ahora estamos a la espera y, mientras ello ocurre, enhorabuena por esta obra prima tan importante en el derecho colombiano.

DIEGO LÓPEZ MEDINA

PROEMIO

Y MIENTRAS TANTO ELLO OCURRÍA EN COLOMBIA...

Aterrada se encontró Luz Marina, en 1992, cuando a su lugar de trabajo se acercó un hombre con un “llamativo atuendo compuesto de sacoleva, sombrero y maletín color negro que lleva[ba] la inscripción «deudor moroso» [...]” quién quería, por instrucciones de un eufórico acreedor, acelerar el pago al que Luz Marina estaba obligada. El acreedor se encontraba dispuesto a obtener, pasara lo que pasara, el desembolso¹.

Se trataba de un día cualquiera del año 2000. La Administración del Conjunto Residencial Macaregua al comprobar que Don Gonzalo, casado y padre de cuatro hijos —uno de ellos autista—, debía algunas cuotas de administración, decidió suspender el servicio de citófono de su apartamento. Afirmaba, el preocupado padre, que en alguna oportunidad —y como consecuencia de la decisión de la administración— tuvo que llamar a gritos al portero y en otra, ante un problema de salud con su hijo, no pudo utilizar el citófono².

Corría el mismo año y mientras se suspendía el servicio de citófono, una impotente organización de personas discapacitadas recibía la noticia de que la sociedad aseguradora a la que acudían, se abstendría de expedir una póliza que amparara accidentes personales. Según la opinión del importante comerciante, su determinación de no contratar resultaba decididamente legítima³.

Era el año 2002 y la señora Ramos Castillo se disponía a utilizar su teléfono. A continuación, al llevarlo a su oído, alguien le decía: “El servicio se encuentra suspendido por falta de pago. Lo invitamos, señor usuario, a arreglar su situación financiera con la empresa”. A su vez, la empresa que empleaba el ingenioso medio de “persuasión” señalaba que tal mecanismo no afectaba, de ninguna manera, los derechos de la preocupada ama de casa⁴.

¹ Corte Const., Sala Cuarta de Revisión, sent. T-412 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

² Corte Const., Sala Plena, sent. SU-509 de 200, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³ Corte Const., Sala Tercera de Revisión, sent. T-1118 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Corte Const., Sala Quinta de Revisión, sent. T-814 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Tiempo después, en 2005, García Romero —pastor de una iglesia cristiana— había recibido una tarjeta de crédito con el propósito de activarla si así lo estimaba necesario. Interesado en dicho servicio procedió a solicitar la anunciada activación a la entidad bancaria. Sin embargo, la subgerencia de crédito determinó que ello no era posible pues no correspondía a las políticas de crédito del Banco, otorgar dicho servicio respecto de personas que, como el inquieto Pastor, desarrollaban ese *tipo de actividades*. La respuesta, así formulada por el Banco *concluía indicando que en ausencia de norma expresa que rija una determinada fase del negocio, las normas que imponen la libertad contractual se aplican en todo su esplendor*⁵.

Transcurría el año 2006. El maletero Sánchez había sido expulsado de la asociación de *equipajeros* del Terminal de Transporte de Cali como consecuencia, según se contaba en la historia, de la comisión de varios actos de indisciplina. Por ello y dado que la asociación había suscrito un convenio con el mencionado terminal que implicaba que los maleteros debían estar afiliados a dicha asociación, el señor Sánchez no pudo seguir en el oficio del cual, afirmaba, derivaba su sustento. Sentía, sin embargo, que algo así como “el derecho al debido proceso” le había sido violado. La asociación advertía, luego de referirse a su condición de organización privada y a pesar de no señalar el trámite de expulsión, que los actos de indisciplina constituían una falta que daba lugar, irremediamente, a dicha expulsión. Ello era lo que se decía en la inexpugnable acta de constitución⁶.

De allí, al club privado. El Club los Lagartos se niega a afiliarse como hijo de socio a un niño extramatrimonial. Así se encuentra establecido por los estatutos de la asociación en los que se prevé que se permitirá la inscripción de los hijos de los socios que tengan la calidad de hijos legítimos o adoptivos, o los legítimos del cónyuge. No otros. Se trataba entonces de un asunto de derecho privado⁷.

La modelo no conseguía terminar el acuerdo contractual que la vinculaba con la agencia que la representaba. Ello a pesar de que la ejecución del contrato daba cuenta de retardos en los pagos a que tenía derecho y de un ingreso mensual inferior al salario mínimo. Los intentos de la modelo de vincularse a otra agencia habían sido bloqueados por la contratante inicial quien aducía que el vínculo contractual existente le impedía a la joven modelo —legítimamente— la elección de otra agencia⁸.

⁵ Corte Const., Sala Sexta de Revisión, sent. T-763 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ Corte Const., Sala Séptima de Revisión, sent. T-632 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Corte Const., Sala Primera de Revisión, sent. T-433 de 2008. M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁸ Corte Const., Sala Octava de Revisión, Sent. T-160 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Podríamos intuir que todos esos casos, son problemas de deudores y de acreedores, de propiedad, de negocios, de transferencia y producción de riqueza, de asociados y asociaciones. Realmente sería posible decir que se trata de asuntos privados y con ello, de controversias relevantes para el conjunto de prácticas y normas que usualmente denominamos “derecho privado” y cuya adjudicación corresponde, principalmente, a la justicia ordinaria. Un tipo de “derecho” especial con sus propias premisas, sus propias conclusiones, sus propias estrategias interpretativas, sus propias preferencias, a cuyo amparo se desarrollan actividades de intercambio.

Pues bien, esos asuntos de derecho privado fueron decididos, finalmente, por la Corte Constitucional de Colombia. Utilizó, para eso, normas que se consideran, usualmente, manifestaciones prototípicas del derecho público. Empleó referentes constitucionales. Enunciados abiertos y, por ello, especialmente indeterminados en su significado y alcance⁹. Adicionalmente, todos los casos fueron resueltos en favor de las personas reclamantes definiendo, para cada una, un derecho constitucional fundamental. En verdad, se trataba de casos en los que los derechos fundamentales eran exigidos en relaciones establecidas entre particulares y, en esa medida, se trataba de la cuestión acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Bajo esta última denominación se agrupa un conjunto de teorías orientadas a ofrecer una explicación dogmática de la forma en que las normas de derecho fundamental pueden tener efecto en las relaciones que se suscitan entre dos particulares que, por tanto, son titulares de derechos fundamentales. La visión más conservadora acerca de la eficacia de los derechos fundamentales estima que estos son oponibles únicamente frente a los agentes estatales que además, en principio y en tal condición, no son titulares de derechos fundamentales.

No es necesario indicar nada adicional y espero que el lector se encuentre, a esta altura, motivado en algún sentido. Lo que pasó en cada uno de estos asuntos es aquello que hace parte de un proceso que puede designarse como constitucionalización del derecho privado. Y, es de eso, de lo que se quiere ocupar este trabajo. La pretensión consiste en presentar un fragmento de la historia desde los discursos y prácticas efectivas del litigio constitucional.

Con tal propósito, el trabajo se divide en cuatro partes.

La primera de ellas se ocupa de precisar el alcance de algunas categorías fundamentales para la comprensión de la constitucionalización del derecho

⁹ Coincide con la caracterización de ALEXY según la cual las normas con estructura de principio se encuentran afectadas por una indeterminación semántica y estructural elevada.

privado fijando, aquí mismo, las estrategias con las cuales puede adelantarse la comprensión del fenómeno. El capítulo permite concluir, de una parte, que la constitucionalización del derecho privado se enfrenta, en su explicación, a un problema de relativa indeterminación del significado académico y judicial de “derecho privado”. El derecho privado es comprendido y usado en diferentes sentidos y, por ello, su empleo como estrategia de litigio en casos de eventual constitucionalización tiene un contenido marcadamente estratégico. De otra, el análisis que se desarrolla en esta primera parte, sugiere la necesidad de llevar a cabo una revisión antiformalista del proceso de constitucionalización que tome nota no solo de aquello que ha ocurrido en el plano de las palabras sino también de lo que se produce o suscita en la dimensión de las acciones y del pensamiento de los agentes de la constitucionalización.

A continuación, en la segunda parte, se presenta una imagen de las diferentes narraciones de la constitucionalización del derecho privado. Ellas se expresan en discursos oficiales y no oficiales de variadas características y hostilidad. Tales narraciones parecen impactar las actitudes que los agentes expresan respecto de la incidencia de la Constitución en el derecho privado. Las cosmovisiones de la presencia de la Constitución en el derecho privado se mueven entre posturas legalistas y conservadoras, por un lado, y actitudes constitucionalistas y arriesgadas por otro. Es indudable que las miradas académicas y litigiosas de la constitucionalización puestas de presente en este capítulo, interfieren o inciden en la manera en que actúan los agentes constitucionalizados o constitucionalizadores. Encontrará el lector una deliberada disputa con la cual, en algún punto, podrá identificarse.

En la tercera parte se presenta una historia de la jurisprudencia de la constitucionalización de las operaciones de los bancos, de las aseguradoras y de las empresas de medicina prepagada. Este capítulo destaca la manera en que el programa de constitucionalización adoptado por la jurisprudencia constitucional incide en el tratamiento dogmático de algunas categorías que constituyen el alma del derecho privado. Es por ello por lo que el capítulo se decide por privilegiar aquellos aspectos que se refieren a la autonomía de la voluntad y, en particular, en los que se suscitan con ocasión de la autonomía de la voluntad en la etapa precontractual y contractual. Según se demostrará la constitucionalización judicial del derecho privado tiene como principal efecto la imposición de intercambios forzosos de intereses que los agentes constitucionalizados pretendían mantener libres de interferencia.

Este capítulo, que permitirá conectar al lector con el siguiente, puede suscitarle una preocupación acerca de la eficacia real de la jurisprudencia constitucional en el derecho privado. Esto es así dado que a pesar de la extendida reiteración de reglas por parte de la Corte Constitucional, parece no existir un incentivo suficiente para su seguimiento espontáneo.

El trabajo concluye, presentando las líneas generales que resultarían útiles para comprender la dimensión *documental* y la dimensión *real* de la constitucionalización del derecho privado. Sugiero que razones asociadas a la definición de norma jurídica en el derecho privado, de una parte, y vinculadas al impacto que la constitucionalización puede tener en los negocios que nacen bajo las reglas del derecho privado, de otra, pueden causar una especie de ineficacia relativa del fenómeno. Trato entonces en este punto de conectar dogmática y práctica del derecho privado.

El camino recorrido hasta este lugar permitirá arribar a algunas conclusiones que, en realidad, pueden considerarse cuestiones abiertas que, en mi opinión, deben constituir preocupaciones para la teoría y la práctica del derecho privado si pretende ser una disciplina consciente de sus límites y de su alcance.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Agradecimientos	IX
Presentación	XI
Prólogo	XIII
Proemio. Y mientras tanto ello ocurría en Colombia	XIX
Introducción general	1

CAPÍTULO I

LAS DIMENSIONES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. Introducción	5
2. El misterio de los usos posibles del “derecho privado”	7
A) Los esotéricos casos de “derecho privado”: la definición difusa en los litigios de la jurisdicción constitucional	12
B) La insubordinación estratégica del “derecho privado”	24
3. El laberinto epistemológico de la constitucionalización del derecho privado	25
A) Una mirada a través del problema del acceso a los servicios financieros	25
a) Una elección: las palabras o la conducta de la constitucionalización	27
b) La predilección por las palabras: la ilusión formalista	28
c) La objeción antiformalista: la predilección por la conducta	32
4. La sinceridad de una estrategia compleja en la exploración de la constitucionalización del derecho privado en Colombia	35

CAPÍTULO II

LAS TRES HISTORIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. Entre la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización	38
A) El enérgico tránsito entre historias y el minotauro: de la sobreconstitucionalización a la infraconstitucionalización	39

	PÁG.
B) La búsqueda del equilibrio: la constitucionalización adecuada	55
C) El alegato en contra de la reconfiguración judicial de la autonomía de la voluntad y el sermón de la desconfianza	62
2. Recapitulación	68

CAPÍTULO III

LOS ESCENARIOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: EL CAMINO SEGUIDO PARA LA IMPOSICIÓN DE INTERCAMBIOS FORZOSOS

1. Del contratante al usuario: las cuentas empiezan a fallar	74
A) La definición del servicio público en la actividad bancaria: su enérgico poder estratégico	75
B) De la alegoría del comerciante cuentacorrentista a la leyenda del usuario agobiado	81
C) En búsqueda del verdadero usuario	86
D) Recapitulación	93
2. El caso de las preexistencias y la batalla por desconstitucionalizar: la jurisprudencia constitucional se resiste y prepara el camino de constitucionalización de toda la actividad aseguradora	95
A) La limitada discusión del problema procesal	95
B) La lucha por el control de la buena fe	97
C) Recapitulación	111
3. Las aseguradoras pierden su último espacio: los efectos demoleedores de la constitucionalización de las pólizas de salud	113
A) El inicio de la aventura: un caso dulce para la constitucionalización	114
B) ¿Es posible establecer una obligación constitucional de contratar?	115
C) Recapitulación	125
4. La interacción de los discursos de la constitucionalización y los signos de ineficacia relativa de la constitucionalización del derecho privado	127

CAPÍTULO IV

ENTRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN JUDICIAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN REAL

1. Presentación	129
-----------------------	-----

	PÁG.
2. La constitucionalización del derecho privado y el impacto “ex post” y “ex ante” en los comportamientos de los agentes privados	131
A) La seguridad de los negocios: su imagen en el derecho privado	132
B) La intervención de la Constitución en la técnica del negocio privado: la resistencia de los agentes	137
a) Riesgos relevantes en el negocio: el riesgo de selección adversa y el riesgo moral	141
b) El efecto de la exigencia judicial de una “justificación objetiva y razonable”	144
c) El efecto de la prohibición de las cláusulas genéricas	150
3. La constitucionalización del derecho privado y las razones de su ineficacia	153
Epílogo	159
Bibliografía	163

INTRODUCCIÓN GENERAL

Es posible que al emprender la lectura de este texto, quienes lo hacen dispongan de un amplio e importante cúmulo de ideas acerca de lo que significa la constitucionalización del derecho. Este proceso puede evocar las más diversas reacciones de aceptación y oposición. Inmediatamente pueden venir a la mente del lector ideas asociadas a la Corte Constitucional, al control de constitucionalidad, a la jurisdicción de tutela, a las tensiones que el control suscita frente al Congreso y frente a otros poderes, al carácter prudente, arriesgado o irresponsable de las actividades de la Corte Constitucional. Es así porque se trata de aspectos centrales para la comprensión del impacto constitucional.

Cuando además el lector comprueba que el libro se refiere a la constitucionalización del derecho privado, florecen ideas asociadas a la necesaria y tradicional distinción entre derecho público y derecho privado, a la complejidad de la intervención constitucional en el conjunto de reglas definidas en los Códigos de Comercio y Civil, al impacto que la acción de la Constitución puede tener en los procesos de producción y circulación de riqueza y, finalmente, podrán mostrar una aguda preocupación acerca de lo que le puede ocurrir a la autonomía de la voluntad.

Este trabajo, consciente de esas ideas, intenta organizar y presentar una historia reciente del impacto de la Constitución en el derecho privado. Ello se pretende a partir de una estrategia metodológica comúnmente ausente en los trabajos de derecho privado en Colombia. De una parte, busca establecer una relación entre las comprensiones teóricas del fenómeno y la actividad del litigio constitucional precisando, en consecuencia, la manera en que las propuestas académicas y políticas de constitucionalización o “desconstitucionalización” se tornan realidad en la jurisprudencia. De otro lado, y a partir de la distinción que desde la teoría del derecho realista se hizo entre las normas en el papel y las normas en la vida, el trabajo procura diferenciar la manera en que la constitucionalización se ha producido en uno y otro nivel, demostrando que su intensidad se sucede con diferente energía según se analice aquí o allá.

Bajo la vigilancia de la propuesta mencionada, el libro se divide en cuatro partes. Cada una de ellas espera conectarse con las otras de diferente

manera. En la primera, se presenta la metodología que, según creo, puede ofrecer un mayor rendimiento explicativo de la constitucionalización del derecho privado indicando, de antemano, las dificultades existentes, verificadas en la dogmática y en la jurisprudencia nacionales, para diferenciar lo que es objeto del derecho privado y lo que ocupa la atención del derecho público.

Podrán después encontrar los lectores una propuesta de ordenación de las narraciones acerca de la constitucionalización usualmente presentes en los trabajos académicos, en las posturas políticas y en el litigio constitucional. Allí entonces, descubrirán la narración de la “sobreconstitucionalización”, de la “infraconstitucionalización” y de la constitucionalización adecuada. La identificación de sus premisas permitirá descifrar las verdaderas batallas que se encuentran en el corazón del impacto de la Constitución.

Presento, a continuación, tres escenarios de constitucionalización de evidente importancia en la jurisprudencia. Se trata de los ámbitos del derecho bancario, del derecho de seguros y del derecho de los contratos de medicina prepagada. Lo que se encuentra en la evolución que allí se describe no es nada diferente a una disputa por delimitar el alcance y los límites del impacto de la Constitución en las actividades contractuales y, más allá de eso, en la legendaria idea de la autonomía de la voluntad. Allí se vive una verdadera lucha por el derecho privado y por el derecho constitucional. Están allí quienes consideran que las cuestiones llevadas a la jurisdicción de tutela son problemas de derecho privado, a las que son aplicables las reglas de la ley y del contrato y, finalmente, que deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria. Se encuentran también los que argumentan que tal demarcación es imposible, que la trascendencia del contrato debe en ocasiones desaparecer y que la activación de la jurisdicción de tutela y de las disposiciones iusfundamentales es absolutamente inevitable.

La comprensión de la evolución de la jurisprudencia deja una enseñanza que constituye el prefacio del último paso del trabajo. A pesar de la existencia de reglas judiciales relativamente delimitadas por la jurisdicción constitucional, los agentes de derecho privado siguen discutiendo su alcance en la jurisdicción de tutela y, en ocasiones, parece que su práctica negocial solo las considera *ex post*. Aquí se ofrecerá una explicación de lo ocurrido. Se sugiere que razones asociadas a la imagen de seguridad en el derecho privado y motivos vinculados al impacto en los negocios de las reglas judiciales que se constitucionalizan en el papel, suscitan incentivos de no cumplimiento *ex ante* o espontáneo de manera tal que, en ocasiones, la pérdida constitucional es administrada como un riesgo de litigio. Pues bien, esta perspectiva de análisis permite advertir que la constitucionalización real, aquella que se presenta en los practicantes de derecho privado, es mucho menor de lo que alguien podría creer si se ocupa solo de leer la jurisprudencia constitucional.

Al concluir con el epílogo, el trabajo espera dejar un punto de partida para reflexiones futuras que hagan posible que académicos, litigantes y jueces puedan afianzar su propia comprensión de aquello que resulta privado. Ello intenta entonces acreditar que el libro, más allá de ser un trabajo de derecho constitucional es, fundamentalmente, un aporte a las pautas de pensamiento y acción que se denominan usualmente derecho privado.

CAPÍTULO I

LAS DIMENSIONES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. INTRODUCCIÓN

La *constitucionalización del derecho privado* es una expresión que encierra con gran potencia, opiniones y reacciones, defensores y adversarios, optimistas y escépticos. Es entonces, más que un estado de cosas, una narración impactada por visiones acerca de lo bueno y lo malo y, al mismo tiempo, de miradas de lo eficiente y lo ineficiente.

Estas opiniones y, más que ello, el abandono de toda diferenciación acerca de la perspectiva que se adopta cuando se alude a la constitucionalización, puede producir confusiones acerca de su alcance. En efecto, la carencia de una distinción clara entre los problemas político-filosóficos¹, los problemas jurídicos² y los problemas fácticos³ de la constitucionalización del derecho privado conduce a que, en ocasiones, de la afirmación consistente en que ella es indeseable o ineficiente se transite, ingenuamente, a la afirmación de encontrarse prohibida o, permitida. Igualmente, su carácter deseable o eficiente puede suponer, para quienes lo afirman, que se encuentra definitivamente ordenada. En otra direc-

¹ No obstante que su separación de los problemas jurídicos no es siempre sencilla, por problemas político-filosóficos entiendo aquellos vinculados con cuestiones tales como la función que según el modelo de Estado correspondiente deben cumplir los derechos en la modelación de las relaciones privadas. Igualmente, en esta dimensión pueden inscribirse las diversas variantes críticas orientadas a descartar el papel emancipador del discurso de los derechos.

² En el marco de los problemas jurídicos puede distinguirse entre asuntos descriptivos, asuntos analíticos y asuntos prescriptivos. Estos niveles de la dogmática han sido explicados con claridad, entre muchos otros, por ROBERT ALEXY en su *Teoría de los derechos fundamentales*.

³ Tal y como podrá comprobarse, la referencia a problemas fácticos en este contexto tiene como finalidad referirse a problemas de eficacia, esto es, a cuestiones vinculadas a lo que efectivamente sucede en el marco de un ordenamiento jurídico.

ción, en ocasiones se sostiene que el hecho de que la constitucionalización esté ordenada implica, al mismo tiempo, que opera en la práctica. Incluso se sostendrá, que la práctica real de la constitucionalización supone, necesariamente, que ella se encuentra ordenada o que resulta eficiente.

Esta confrontación de perspectivas, no obstante la imposibilidad de negar sus conexiones, no hace posible una revisión adecuada del asunto dado que si no se distingue correctamente el sentido en el que se emplea la expresión “constitucionalización del derecho privado”⁴ y las finalidades que se persiguen con tal empleo, puede confundirse el tipo de fenómeno que se aborda alentando el libre e indiferenciado tránsito entre espacios dominados por el discurso político, por el discurso de la validez, por el discurso de la eficacia o por el discurso de la eficiencia. Con eso no se quiere afirmar que estos ámbitos resulten plenamente distinguibles o que no tengan entre sí estrechas conexiones⁵; de lo que se trata es de advertir que una aproximación a la constitucionalización del derecho privado debe ser consciente de cada uno de ellos y advertir con claridad las circunstancias en las que se vinculan.

El propósito de esta primera parte del trabajo, cuya lectura ahora emprende el lector, consiste en describir las dimensiones a partir de las cuales puede adelantarse el estudio de la constitucionalización del derecho privado para comprenderlo como una narración compleja que describe disputas constitucionalmente muy violentas.

Antes parece imprescindible explorar las ideas que apoyan, de manera más o menos extendida, el uso de la expresión “derecho privado”. Su empleo no se asocia únicamente a problemas conceptuales. Por el contrario, su uso también tiene pretensiones estratégicas más o menos manifiestas que hacen posible afirmar que el derecho privado es un recurso violentamente disputado por los agentes económicos. Esta condición de recurso disputado se asocia a la posibilidad que su uso ofrece para fundamentar (i) espacios amplios de intercambio voluntario, (ii) las reglas

⁴ La preocupación por el uso de la expresión coincide con un abierto escepticismo frente a la posibilidad de establecer usos únicos y específicos de las palabras. En esa medida, esta perspectiva se opone a las tesis que podrían agruparse bajo la idea del realismo verbal.

⁵ Es clásico, por ejemplo, en el contexto de las relaciones entre derecho y moral el texto de CARLOS SANTIAGO NINO, *Derecho, moral y política* (Barcelona, Ariel, 1994) en el cual, con particulares pretensiones analíticas, el escritor argentino expone (i) la conexión conceptual, (ii) la conexión justificatoria y (iii) la conexión interpretativa.

que lo hacen factible y (iii) escenarios de litigio sensibles a la defensa de tales espacios⁶.

2. EL MISTERIO DE LOS USOS POSIBLES DEL “DERECHO PRIVADO”

¿A qué se llama, usualmente, derecho privado? Ello es un enigma.

Para una respuesta podrían utilizarse diferentes caminos. Por ejemplo, sería posible acudir a criterios formales y tautológicos que dirían que el derecho privado es un conjunto de enunciados normativos y de normas que se encuentran contenidos o se adscriben al Código de Comercio o al Código Civil. Podría también indicarse, partiendo de una mirada jurisdiccional y nuevamente tautológica, que el derecho privado regula el grupo de cuestiones cuya definición le corresponde a la jurisdicción civil.

Esas definiciones impiden conocer las verdaderas variables que motiven desde la perspectiva del litigio constitucional, el empleo de la distinción entre “derecho público” y “derecho privado”. Semejante aproximación haría imposible, igualmente, apuntalarse en las funciones de tales variables para ofrecer un margen de comprensión ampliado de la constitucionalización del derecho privado en Colombia que supere aquellas descripciones que podrían calificarlo como un fenómeno económica o políticamente inmotivado.

Puede esperarse la objeción de los que advierten que la determinación de si un asunto es de derecho público o de derecho privado resulta irrelevante o solo tiene interés en las exposiciones que se preocupan por las clasificaciones. VALENCIA ZEA indicaba esto con particular fuerza:

“La división del derecho en público y privado no tiene más valor que el indicado, es decir, permitir una mejor especialización de las diferentes normas [...]. Sin embargo, durante mucho tiempo la ciencia jurídica dio valor excesivo a esta distribución y propuso criterios diversos, los cuales se encuentran completamente revaluados”⁷.

⁶ Como se verá en este trabajo, existe una conexión muy intensa entre los intentos por desconstitucionalizar una controversia para conservar espacios de libre intercambio y la pretensión de que el asunto sea conocido por la jurisdicción ordinaria. Los problemas sustantivos y procesales tienen un vínculo extraordinario en la constitucionalización del derecho privado.

⁷ ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 21. Es dudosa, en la actualidad, la asignación de una escasa relevancia a la distinción.

Esta perspectiva se inscribe en la discusión, planteada ya con fuerza por KELSEN en su intento de construir una Teoría Pura, de los problemas asociados a los dualismos que, desde la teoría del derecho natural intentaban imponerse. Dice KELSEN:

“No ha de hablarse ahora de ese dualismo, por así decir, inmanente y no manifiesto, sino de aquel paladinamente transistemático, que se presenta en la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, y en otros numerosos pares de oposiciones, y no en última instancia en el antagonismo de Estado y Derecho. La función de este dualismo, que aparece en forma tan variada y en aspectos tan diversos, no es solo la de legitimar el orden jurídico positivo, sino también la de poner barreras a la estructuración de su contenido.

”[...]

”La oposición de derecho público y privado es extraordinariamente fecunda en significados, por lo que su función ideológica no puede determinarse de modo unitario”⁸.

En los litigios en los que se plantea la posibilidad de hacer exigibles, en relaciones entre agentes privados, normas de derecho fundamental, la determinación de tratarse o no de un caso de derecho privado adquiere relevancia simbólica y los agentes disputan el control de la definición del derecho privado y la posibilidad de usar el argumento de su presencia en el debate constitucional. Tiene entonces un propósito definitivamente ideológico. En asuntos como estos, el derecho privado es una especie de recurso escaso que pretende crear imágenes, según se verá, de libertad de intercambio, de imposibilidad de injerencia de la jurisdicción de tutela y de proscripción del uso de determinados cánones interpretativos.

La afirmación de que un nuevo caso es de derecho privado pretende *hacer cosas*. Este argumento será usado (i) por los agentes que pretenden escapar de la presión de intercambios forzosos o (ii) por la jurisdicción de tutela a efectos de aislar una cuestión del escenario iusfundamental o de reconocer, *prima facie*, que se trata de un asunto de derecho privado para, posteriormente, elegir una estrategia de intervención. Se trata, entonces, de una cuestión central.

En tal sentido, la consideración que fundamenta la oposición de KELSEN a los dualismos es precisamente una de las razones que determinan la importancia de la distinción entre derecho público y derecho privado

⁸ HANS KELSEN, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, págs. 68 y 69.

en este trabajo: su extraordinaria funcionalidad. Por ello, se plantean a continuación los usos de los componentes de tal dualismo.

BOBBIO ha establecido un catálogo de categorías que permitirían diferenciar lo público y lo privado y, a partir de allí, explicar o justificar la existencia de un ordenamiento de derecho público y uno de derecho privado. Este punto de partida supone que las ideas asociadas a los espacios privados y a los espacios públicos determinan el derecho privado y público. Por ello, muchas de las referencias a la idea de derecho privado se encuentran antecedidas de una definición fenomenológica de lo que se considera privado.

Quisiera emprender con el lector del trabajo una exploración de este enigmático asunto.

El derecho público se ocupa de aquello que pertenece a la colectividad y, por eso, atiende las cuestiones de la sociedad globalmente entendida⁹. Por el contrario, el derecho privado se vincula a asuntos relacionados con los miembros o, también siguiendo a BOBBIO, con los grupos menores¹⁰. Igualmente, el derecho público podría ser el derecho de las cuestiones de utilidad común mientras que el privado se refiere a la utilidad de los individuos¹¹.

Con BOBBIO serán asuntos de derecho privado o de derecho público según se trate de una situación de igualdad o de desigualdad de las personas que establecen la relación¹². Por ello, al paso que el derecho público se ocupará de relaciones entre desiguales mediadas por vínculos de subordinación, el derecho privado se referirá a relaciones entre iguales atadas a vínculos de coordinación¹³. Tal distinción es funcional para

⁹ NORBERTO BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 13.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 13.

¹¹ Una perspectiva semejante puede verse en SALVADOR PUGLIATTI, *Introducción al derecho civil*, México, Porrúa, 1943. Allí dice, no sin dejar de advertir los problemas de la distinción entre derecho público y derecho privado: “Bajo este aspecto se manifiesta como insuficiente la distinción entre intereses generales o colectivos e intereses particulares e individuales: es necesario, por lo tanto, hablar de intereses estatales y no estatales. Y sobre la base de esta clasificación podemos definir con mayor precisión el criterio distintivo propuesto: serán por esto, normas de derecho público aquellas que tienden a garantizar la realización de un interés secundario estatal; normas de derecho privado las que tienden a garantizar la realización de un interés secundario no estatal” (págs. 27 y 28).

¹² BOBBIO, *op. cit.*, pág. 15.

¹³ Esta fórmula, además de encontrarse en BOBBIO, puede verse expuesta en autores como RADBRUCH quien, analizando la misma cuestión, sostuvo: “*El Derecho privado no tiene que ver más que con relaciones jurídicas o entre personas jurídicamente equiparadas*”.

diferenciar la sociedad política de la sociedad económica pues mientras la primera solo puede explicarse por relaciones de sujeción, la segunda, en economías de mercado, se explica de mejor manera mediante la existencia de relaciones entre iguales. Por ello, la posición de las personas será diferente en cada uno de los escenarios debido a que mientras en el primero se hablará de súbdito o ciudadano, en el segundo se hará referencia al “comerciante”, al “vendedor”, al “comprador”, a la “madre”, “al vecino”, “al deudor”, “al acreedor”, al “buen padre de familia”, al “buen hombre de negocios”¹⁴.

De cualquier forma, las propuestas de distinción entre el derecho público y el derecho privado tienen otros referentes. La “ley” en tanto norma de carácter obligatorio definida por la autoridad política, cuyo cumplimiento se encuentra respaldado por la coacción y de la cual no es posible separarse, es el mecanismo por el cual podrán regularse las relaciones de sujeción propias del derecho público. Por el contrario, el contrato será el instrumento privilegiado por el derecho privado a fin de permitir la libre regulación de las relaciones particulares¹⁵. Esta perspectiva sugiere que el derecho privado, a diferencia del derecho público marcado por la poderosa influencia del principio de legalidad y del principio de

radas”. GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1939, pág. 80. En el derecho colombiano, esta perspectiva es defendida por VALENCIA ZEA quien cita específicamente a RADBRUCH concluyendo: “En consecuencia, pertenecen al derecho público las normas que crean una relación jurídica entre personas de derecho público y personas de derecho privado; y al derecho privado, las que establecen una relación jurídica entre personas de derecho privado”. VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 18.

¹⁴ A pesar de lo indicado, en la actualidad la pretensión de asimilación de los conceptos igualdad-sociedad económica-derecho privado resulta contrariada por la evidencia dado que negocios, en principio disciplinados por reglas conocidas como “derecho privado”, son *acordados* o celebrados entre sujetos con reducida capacidad de negociación y que, incluso en algunas ocasiones, son destinatarios de una regulación especial y, para ello, son calificados como consumidores o usuarios. Más adelante se volverá sobre ello.

¹⁵ BOBBIO, *op. cit.*, pág. 17.

Coincidente con este análisis se encuentra la siguiente afirmación de RADBRUCH: “Pero, ¿qué es Derecho público y qué es Derecho privado? Contentémonos con la siguiente afirmación: si hay un deber que tiene su fundamento en el mandato de otra persona, pertenece regularmente al derecho público; mientras que los deberes jurídico-privados surgen, por autosumisión del obligado: pagar impuestos y prestar servicio como concejal o jurado es algo que se tiene que hacer, quiérase o no; pagar las cosas compradas o ejecutar los trabajos que se han pactado es algo que tiene que hacerse, solamente porque al efectuar un contrato de compraventa o de trabajo se han aceptado sus consecuencias” (RADBRUCH, *op. cit.*, pág. 80).

constitucionalidad, se ocupa de ofrecer un dilatado campo de acción para los intercambios voluntarios mediante el otorgamiento de un extendido margen de configuración y autorregulación de los intereses privados. Derecho privado sería, en consecuencia, el derecho que se ocupa de regular espacios de acción en los que las intervenciones del poder estatal son especialmente reducidas y, entonces, sus competencias de intervención son —o deben ser— mínimas. Tales competencias se activarían principalmente para forzar la ejecución de un acuerdo o declarar las condiciones en que debería ejecutarse o haberse ejecutado.

A la distinción mencionada subyace la idea del carácter distributivo o conmutativo de la justicia, implicada en la conducta de quienes participan en la relación de subordinación o de coordinación. Por ello, con BOBBIO una vez más, el derecho público presupone, de manera predominante, un comportamiento de distribución en el que los intercambios no se presentan como equivalentes mientras que el derecho privado tendrá como referente la idea de conmutación en la medida en que los intercambios aparecen, ellos sí, como semejantes¹⁶. Tal imagen del derecho privado se muestra particularmente poderosa en los argumentos de los críticos de la jurisprudencia constitucional en aquellas oportunidades en las cuales, por ejemplo, decisiones de la Corte Constitucional, con marcados propósitos de redistribución establecen, a cargo de agentes privados, obligaciones de actuación no previstas expresamente en un acuerdo preliminar o en la ley.

Así pues, los criterios de distinción entre derecho privado y derecho público podrían ser, entre otros, los siguientes:

DERECHO PRIVADO	DERECHO PÚBLICO
Individuo-Grupos menores	Comunidad-Sociedad global
Utilidad particular	Utilidad común
Relaciones de igualdad	Relaciones de desigualdad
Relaciones de coordinación	Relaciones de subordinación
Sociedad económica	Sociedad política
Comprador-vendedor	Súbdito-funcionario
Contrato-ley subsidiariamente obligatoria-ley derogable por los particulares	Ley principalmente obligatoria-ley inderogable
Justicia conmutativa	Justicia distributiva

¹⁶ BOBBIO, *op. cit.*, pág. 20.

Esta comprensión de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, tal y como lo sugiere la presentación anterior, pone de presente la ausencia de criterios únicos y emite una alerta acerca de la posibilidad de su uso estratégico. Es posible estimar también que el esclarecimiento de aquello que es derecho público o privado, en tanto recurso disputado, obedece a una decisión *calculada*, que resulta afectada por los intereses en juego y, principalmente, por las consecuencias asociadas a la *publicación* o a la *privatización* de una disputa. Su pretensión central consistirá en demarcar un espacio en el que la regulación y las restricciones a las posibilidades de intercambio es limitada, de una parte, y son reducidas, de otra. Ello consta en algunos de los usos paradigmáticos de tales ideas en la jurisprudencia constitucional. Vale la pena, por ahora, dar una mirada a esos usos.

A) *Los esotéricos casos de “derecho privado”: la definición difusa en los litigios de la jurisdicción constitucional*

El enigma doctrinal sobre la definición del derecho privado se manifiesta, nuevamente, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que no adopta un criterio unívoco para determinar cuándo se enfrenta a un problema de derecho privado. Incluso, el planteamiento de tal definición ha estado mediado, en algunas oportunidades, por pretensiones claramente retóricas. En otras oportunidades, el problema asociado a si un asunto constituye o no una cuestión de derecho privado ha ocupado un lugar central. Es posible establecer la existencia, entre otros, de tres vectores para determinar si un asunto es de derecho privado o no lo es. Así será si se trata de una cuestión contractual, de un problema de mercado (o marcadamente económico) o de un problema entre agentes iguales.

El contrato, paradigma de circulación voluntaria de riqueza y autorregulación, ocupa un lugar importante en la definición judicial de derecho privado. Agentes económicos que intercambian libremente, en ausencia de limitaciones severas, es una de las imágenes que con mayor fuerza representan el concepto. Es la imagen asociada al Código Civil: más allá de imponerle límites externos al ejercicio de la autonomía de la voluntad se trata de establecer las condiciones internas que permiten establecer cuándo una voluntad ha sido libremente expresada. Los contratos con intervención restringida constituyen o forman parte de la definición de derecho privado. En la medida en que se va restringiendo la autonomía de los contratantes el asunto empieza a presentarse como una cuestión ajena al derecho privado.

Así, por ejemplo, el planteamiento de litigios constitucionales que impactan la libertad de contratación en la actividad bancaria y aseguradora o la ejecución de los denominados contratos de medicina prepagada, ha sugerido la importancia de la distinción entre derecho privado y derecho público. Gran parte de las cuestiones constitucionales debatidas alrededor de tales asuntos puede reconducirse a la discusión general acerca de la oponibilidad de los derechos fundamentales en relaciones de naturaleza contractual o precontractual. Por eso, al tratarse de un contrato, la cuestión podría considerarse —fundamentalmente— de derecho privado y, en consecuencia, la jurisdicción constitucional no tendría razones suficientes para ocuparse de la resolución de las cuestiones sustantivas que su ejecución supone. El debate debería transitar el camino fijado en el contrato que, a su vez, se encontraría protegido por la exigencia atada con fuerza a los códigos de derecho privado, de no intervenir en las decisiones adoptadas por los particulares a menos que las mismas pudieran oponerse a las cláusulas del orden público y las buenas costumbres. Abordar iusfundamentalmente la cuestión implica una intervención de normas de derecho público en la solución de un asunto de derecho privado.

Pues bien, tal es una de las premisas que orientan la jurisprudencia constitucional en esta materia y los reclamos de los agentes económicos que litigan alrededor de esta cuestión: el asunto es, en principio, un problema propio del derecho privado y, al mismo tiempo, de la jurisdicción ordinaria. A pesar de ello, situaciones específicas en las que se evidencia un vínculo iusfundamental, pueden resultar constitucionalmente relevantes.

La Corte Constitucional plantea una distinción entre derecho público y derecho privado a partir (i) de la existencia o inexistencia de normas imperativas o (ii) de la presencia o ausencia de un contrato. Tal planteamiento supone que una determinada cuestión será de derecho público cuando la fuente que la gobierna se encuentra compuesta por normas imperativas respecto de las cuales ningún acuerdo particular cabe efectuar. Por el contrario, se tratará de un asunto dominado por el derecho privado cuando el contrato ocupa el papel fundamental en la relación que se establezca y, en esa medida, la autonomía para modificar o inaplicar normas expedidas por una autoridad estatal legitimada, es particularmente dilatada¹⁷. Se podría decir entonces que el derecho público es el derecho de

¹⁷ Esta perspectiva de argumentación puede encontrarse expuesta en los debates asociados a la relevancia constitucional de los conflictos referidos a los contratos de medicina prepagada. Ha dicho la Corte Constitucional: “Adicionalmente, la Corte ha

las normas imperativas en el que la capacidad normativa de los sujetos que intervienen en la relación es restringida; el derecho privado, por el contrario, es el derecho de las normas supletivas en el que la capacidad normativa de los contratos se encuentra ampliada¹⁸.

No es posible, en todo caso, derivar de la jurisprudencia constitucional en esta materia una distinción absoluta y constante entre derecho público y derecho privado. Por el contrario, la Corte Constitucional emplea tales categorías para expresar, en un primer momento la existencia o no de un margen de acción de regulación privada. No obstante, no renuncia a la referencia del posible impacto constitucional de la materia

indicado que las relaciones jurídicas que se generan entre los afiliados y las empresas de medicina prepagada, a pesar de estar enmarcadas dentro de las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se originan en la libre voluntad de los afiliados, quienes deciden contratar los servicios de un plan de medicina prepagada para mejorar la calidad de los servicios de salud que reciben, razón por la cual se rigen por el derecho privado. [...] *De esta manera, mientras la relación entre una E.P.S. y un afiliado es de derecho público —en tanto deriva de normas imperativas propias de la seguridad social—, la que surge entre una empresa de medicina prepagada y un usuario es eminentemente de derecho privado*, aunque tenga ciertas dimensiones públicas, por cuanto involucra la garantía de derechos fundamentales del contratante [...].

”En este orden, los contratos de medicina prepagada, en tanto contratos de carácter privado, se rigen por las normas de derecho privado, especialmente por aquellas que obligan a las partes ligadas por el contrato a ejecutarlo atendiendo a los postulados de la buena fe y de la autonomía de la voluntad. En este sentido, los contratantes deben cumplir con todo lo dispuesto en las cláusulas y no pueden ser obligados por la otra parte a hacer lo que en ellas no está dispuesto, lo que significa que las empresas de medicina prepagada sólo están obligadas a suministrar los medicamentos, tratamientos, utensilios, etc., previstos en los contratos suscritos con sus usuarios.[...]: “Al respecto, cabe recordar que esta Corporación ha sido enfática en señalar que las enfermedades, servicios y medicamentos, etc., que las empresas de medicina prepagada no se encuentran dispuestas a suministrar, deben estar expresamente excluidos en los respectivos contratos, pues de lo contrario, lo no excluido se entiende debe ser atendido de manera integral por la entidad [...]” (Cursivas no son del texto original). Corte Const., Sala Sexta de Revisión, sent. T-348 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸ En la sent. T-240 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte señaló: “La importancia del contrato en el proceso de intercambio social explica el cuerpo legal —en parte dispositivo— que regula el derecho de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, con lo cual se previene la inestabilidad de los mercados y se estimula el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que su ordenada y uniforme formulación y ejecución aparejan”.

hasta el punto de advertir que el problema podría tener ciertas dimensiones públicas dado su contacto con exigencias de derecho fundamental¹⁹.

En cualquier caso se sostiene, con alguna firmeza, que el derecho público es el derecho de la ley imperativa y el derecho privado es el derecho del contrato. Los agentes económicos son conscientes de ello y sus argumentos formalizan esta manera de comprender la *magia* de lo privado.

Así, por ejemplo, las empresas de medicina prepagada exigen, ordinariamente, que el problema planteado ante la jurisdicción constitucional se califique como “de derecho privado” o amparado, en el caso de las aseguradoras y bancos, por la autonomía de la voluntad. Ello con el doble propósito de inhibir el desconcertante impacto de normas iusfundamentales indeterminadas y de conseguir el desplazamiento del litigio a la jurisdicción ordinaria. Los usuarios, por el contrario, amparan sus exigencias en normas constitucionales mediante las cuales pueden canalizar efectivamente sus reclamos.

La distinción de la fuente (el contrato o la ley) no agota, sin embargo, las armas levantadas para la definición del derecho público y del derecho privado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta comprensión es una fiel socia de la idea del derecho privado como el derecho del mercado cuyo control, a pesar de la centralidad del contrato, se produce por medio de la ley.

Al contrato entonces se une el mercado dominado por la ley. El mercado es el espacio para el intercambio libre. Su imagen autoriza a los particulares para definir organizaciones propias así como sus reglas de disciplina pudiendo entonces excluir e incluir agentes, asociarse como elijan y definir las reglas de comportamiento²⁰. La exigencia de una intervención constitucional restringida tiene como correlato la asignación de competencias amplias de regulación a los particulares o a las autoridades políticas por medio de la ley, no de la Constitución.

¹⁹ La insistencia de la Corte Constitucional en el sentido de tratarse, *prima facie*, de asuntos de derecho privado se encuentra desprovista, hasta el momento, de efectos prácticos en su jurisprudencia de medicina prepagada si se tiene en cuenta el hecho de que en la casi totalidad de *casos resueltos en esta materia* ha determinado la posibilidad de su conocimiento por parte de la jurisdicción de tutela.

²⁰ Una presentación general de la constitucionalización del derecho de las asociaciones privadas y en particular de su impacto en las expectativas de gobierno autónomo y exclusión libre en tales asociaciones puede encontrarse en JUAN J. CALDERÓN VILLEGAS, “El derecho privado de los contratos de asociación y la constitucionalización: el caso especial de los clubes privados”, en *Estudios de derecho privado*, t. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009 pág. 177.

De esta manera parecería ser que el derecho privado es el derecho del contrato y es el derecho del mercado sometido a la ley. No es el derecho de la Constitución. El mercado entonces limita la acción de la Constitución y, al mismo tiempo, factura a la ley una obligación para la corrección de sus defectos. Basta citar un ejemplo.

La Corte Constitucional, tuvo que establecer en 1996, entre otras cosas, si resultaba constitucionalmente legítima la actuación de un conjunto de asociaciones médicas que, ante la determinación de algunos de sus asociados de contratar directamente con empresas promotoras de salud decidieron, entre otras cosas, *expulsarlos de la asociación, publicar, en las primeras páginas de la prensa nacional y local, las razones de tal determinación, solicitar, a las empresas con las cuales se hubiese alcanzado un acuerdo, para que los excluyeran de sus cuadros médicos y se abstuvieran de contratar los servicios del médico expulsado y el cobro de una multa*²¹.

La relevancia constitucional de este asunto fue determinada así por la Corte:

“En este sentido, es relevante reiterar que las asociaciones que defienden los intereses económicos de los médicos especialistas están constitucionalmente autorizadas (C. P. , art. 38) para adoptar medidas de disciplina interna que, de ordinario, comportan una restricción de los derechos de sus asociados. Empero, la situación de predominio puede determinar la realización de prácticas arbitrarias que constituyen, entre otros, un abuso del derecho de asociación. En principio, *la controversia sobre la legitimidad de estas medidas debe realizarse al amparo del derecho legislado*, toda vez que es este y no el derecho constitucional, el que adscribe derechos y deberes a las personas que constituyen voluntariamente una asociación de derecho privado y, en general, *a los agentes que intervienen en el mercado*. En suma, *los comportamientos presuntamente patológicos de la economía de mercado son, en principio, un problema de orden legal*”. (Las cursivas no son del texto original).

Es claro que el vínculo “mercado—derecho legislado” que propone la Corte Constitucional implica la aceptación de que los problemas económicos suscitados entre particulares en un contexto de mercado, deben resolverse por normas no constitucionales. De esta manera, los asuntos de relevancia económica causados entre particulares son captados por el derecho privado y allí deben resolverse los denominados “comportamientos patológicos de la economía de mercado”.

²¹ Corte Const., Sala Tercera de Revisión, sent. T-697 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La relación entre mercado y derecho legislado es relevante si se considera que permite *desconstitucionalizar* una cuestión al señalar que su regulación es legislativa como consecuencia de su vínculo con un problema de mercado. A la exposición de la Corte subyace la idea de que el derecho privado es el derecho de la economía de los particulares en el que la Constitución se realiza o concreta mediante las recetas legislativas. En esos espacios, según esta línea de argumentación, las manifestaciones de la voluntad tienen un amplísimo campo de determinación, apreciación y configuración²².

El contrato y el mercado son acompañados, finalmente, por la igualdad. Se afirma que el derecho privado atrae los *casos* de relaciones de coordinación y horizontalidad y el derecho público los asuntos en los que aparecen relaciones de supremacía. Este constituye uno de los argumentos más poderosos para atraer o resistirse a la influencia constitucional.

Lo anterior explica, por ejemplo, que la jurisprudencia constitucional se haya encontrado dispuesta a evaluar, a partir de disposiciones constitucionales, una disputa suscitada entre dos particulares —con ocasión de una controversia contractual o precontractual— cuando uno de ellos se ubica en una posición de poder que aniquila las posibilidades de defensa efectiva de la persona que, en el otro costado, ha concurrido a la relación²³. Ello ha ocurrido, según se verá, en las cuestiones constitucionales que se han suscitado ante bancos, aseguradoras y empresas de medicina prepagada.

La Corte Constitucional ha afirmado:

“En el plano constitucional estas distintas situaciones de desigualdad inicial tienen consecuencias distintas. En los ámbitos que ordinariamente funcionan sobre la base de un modelo de igualdad formal, la posibilidad de que las condiciones de igualdad negocial se tornen en asuntos de relevancia constitucional es reducida. Por el contrario, cuando se trata de espacios en los cuales la desigualdad negocial se torna en elemento

²² La huida metodológica de la Constitución frente a problemas de mercado se evidencia, por ejemplo, con el empleo del criterio de inconstitucionalidad manifiesta para evaluar aquellos asuntos o normas que se refieren al ejercicio de la libertad económica. Sobre este asunto pueden consultarse, entre otras, las sents. C-707 de 2005 y C-378 de 2008.

²³ Fue evidente, en esta dirección, el esfuerzo de la Corte Constitucional a fin de sistematizar, en la sent. T-222 de 2004, el empleo del argumento del derecho a la igualdad en la definición de los ámbitos regulados, predominantemente, por el derecho privado y ámbitos disciplinados, principalmente, por el derecho público.

central para la definición de las modalidades contractuales y la definición de cargas, la posibilidad de que el asunto sea considerado en clave constitucional aumenta²⁴.

La referencia a ordenamientos que se explican adecuadamente a partir de la funcionalidad de la igualdad formal implica que se trata de espacios de regulación en los que la Constitución ostenta menor relevancia y, en ese sentido, tal tipo de vínculos se encontrarían vigilados por el derecho privado. Por el contrario, en los casos en que se comprueba una mayor funcionalidad de la igualdad sustancial para explicar la relación correspondiente, la pertinencia y poder de captación de la Constitución adquieren, según la jurisprudencia constitucional, mayor potencia.

La jurisprudencia constitucional se ha mostrado, por lo dicho, dispuesta a aceptar que aquellas relaciones en las cuales la igualdad formal cumple un poder de explicación más intenso —lo que equivale a desechar, ordinariamente, argumentos fundados sobre la base de desigualdad sustancial— se encontrarán reguladas *prima facie*, por el derecho privado. En un sentido diferente, cuando el *discurso* mediante el cual se explica un determinado tipo de relaciones hace énfasis en su carácter materialmente desigual, resulta exigible formular argumentos sobre la base de pretensiones constitucionales.

Esta fundamentación empleada para delimitar aquellos asuntos que serían de derecho privado, ha ocupado lugar importante en la línea de argumentación constitucional dirigida a sostener la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en las relaciones precontractuales o contractuales que se establecen, por ejemplo, con las aseguradoras o con las entidades bancarias. Igualmente, ha permitido excluir la relevancia constitucional de forcejeos en que participan agentes financieros pero que vinculan a particulares con similar poder de negociación y respuesta²⁵.

En el primer caso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dirigido a señalar que las personas que establecen relaciones con sociedades aseguradoras se encuentran en una situación de indefensión que permite hacer oponibles los derechos fundamentales y acudir, para ello, a la acción de tutela. Igualmente, sobrepasando la barrera impuesta por la igualdad que de los sujetos que ejecutan actos de comercio pretende

²⁴ Corte Const., Sala Séptima de Revisión, sent. T-222 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

²⁵ Corte Const., Sala Sexta de Revisión, sent. T-587 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

el Código de Comercio ha señalado que los contratantes en un acuerdo de cuenta corriente bancaria son, en verdad, usuarios *exhaustos*. Así ha advertido que las entidades bancarias prestan un servicio público cuando desarrollan determinadas operaciones a su cargo y, en consecuencia, las personas que con tales agentes se relacionan se encuentran encadenadas a una situación de hegemonía. Esta indicación permite, de una parte, demostrar que la acción de tutela resulta procedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y, por otra, estructurar una relación desigual que probaría la pertinencia del derecho público de la Constitución en tal tipo de casos.

En la segunda clase de eventos se ha mostrado desconcertada frente a los intentos de agentes privados, con notable poder de litigio, de llevar a la jurisdicción de tutela problemas de marcada naturaleza económica y que no ha dudado en calificar —por esas razones— como evidentes casos de derecho privado. Así, en la sentencia T-910 de 2009 al abordar el asunto Gilinski Bacal contra HSBC Fiduciaria S. A., la Corte señaló:

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, y teniendo en cuenta las públicamente conocidas circunstancias personales y comerciales del cliente que en este caso obra como accionante, así como las del negocio que le vincula con la fiduciaria demandada, no se aprecia una situación de desequilibrio como la que es usual encontrar, por ejemplo, entre los bancos y sus deudores. Por el contrario, en este caso se trata de un sujeto plenamente hábil, tanto en sentido legal como material, en capacidad de desplegar una activa defensa que le permita afrontar con todos los instrumentos jurídicos disponibles el incumplimiento contractual de que podría ser objeto, mientras que la relación jurídica analizada es un negocio que involucra cuantiosos intereses económicos de varios sujetos en relativo equilibrio negocial entre sí y frente a la entidad fiduciaria, todo lo cual desvirtúa la posible existencia de una posición preeminente o la existencia de subordinación o indefensión en perjuicio del accionante.

”De otra parte, no sobra recordar que desde la interposición de esta tutela, y al pretender sustentar el perjuicio irremediable que el actor sufriría en caso de no accederse a lo pedido, se explicó ampliamente que aquél consistiría en «la absoluta imposibilidad de acceso al depósito en garantía», la que a su vez se traduciría en «un lucro cesante de grandes proporciones». Así las cosas, resulta claro entonces, no solo que no se reúnen los elementos que según lo ha explicado la jurisprudencia configuran el denominado *perjuicio irremediable*, sino que en realidad se trata de un conflicto de contenido económico o patrimonial, situación frente a la cual la acción de tutela es improcedente.

”Recapitulando, visto que el asunto planteado es un típico conflicto de derecho privado y de contenido patrimonial, para cuya resolución existen otras acciones judiciales efectivas a través de las cuales podría, de ser procedente, obtenerse lo que en este caso pretende el actor, y dado que no se observa una situación de subordinación o indefensión, ni ningún otro aspecto de evidente relevancia constitucional que justifique el análisis en sede de tutela del reclamo planteado por el accionante, concluye la Sala que esta acción es claramente improcedente”.

Afirmar entonces la funcionalidad o disfuncionalidad de la igualdad formal hace posible la negación —en el primer caso— o la creación —en el segundo— de un ambiente sensible a la constitucionalización. El cambio de ambiente que así se consigue resulta útil en la jurisprudencia constitucional para aislar o reprimir los intentos de los “litigantes del derecho privado”.

Los “litigantes” actúan de manera relativamente uniforme y se oponen a la constitucionalización afirmando que el asunto debatido se asocia a una cuestión de derecho privado que debe ser examinada por la jurisdicción ordinaria con sujeción a lo dispuesto en el contrato o en la ley. Estos argumentos son recibidos de diferente forma por las instancias judiciales generando en algunas oportunidades una desvinculación constitucional fuerte mediante el argumento de la existencia de un escenario judicial alternativo y de la pertinencia de las reglas especiales del derecho privado²⁶. Sin embargo, esta conclusión no ha sido aceptada por la Corte Constitucional al advertir que la existencia de un problema contractual no excluye su examen constitucional si la posición deficitaria de uno de los contratantes hace posible explicar el vínculo contractual como un verdadero problema de igualdad material. Parece entonces que la Constitución tiene mayor posibilidad de extender sus tentáculos cuando se trata de reasignar cargas en una relación que se pretendía, adecuadamente gobernada, por la justicia conmutativa.

Esta mirada ha sido objeto de diferentes anuncios en la jurisprudencia constitucional. En la sentencia T-160 de 2010 —el caso de la modelo encadenada— la Corte dijo:

²⁶ En la sent. T-160 de 2010 —a la que se hace referencia a continuación— y en la que tuvo que determinar la legitimidad constitucional del comportamiento contractual de una agencia de representación de modelos que se negaba a concluir un contrato de representación, la Corte Constitucional resumía así la posición de los litigantes y los jueces de instancia: “Los jueces de instancia denegaron el amparo solicitado porque consideraron que la demandante contaba con otros medios de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales, mientras que la entidad accionada sostuvo que en el presente caso se trataba de una controversia estrictamente contractual que carecía de relevancia iusfundamental”.

“Ahora bien, en el caso concreto, tanto la Agencia como la Sra. Castillo Múnera se acusan mutuamente de haber incumplido sus obligaciones contractuales, asunto que no le corresponde dilucidar al juez de tutela porque se trata de controversias que deben ser resueltas mediante los mecanismos idóneos para este tipo de conflictos. Sin embargo, de los hechos planteados y de la lectura de alguna de las cláusulas contractuales sí puede establecerse que la situación de igualdad formal entre las partes, alegada por la Agencia para descartar que la demandante esté en una situación de indefensión fáctica, en este caso es solamente aparente y no real, pues uno de los contratantes —la Agencia— ocupa un evidente plano de preeminencia respecto de la modelo que justifica la intervención del juez de tutela de conformidad con lo señalado en acápites precedentes de esta decisión”.

El uso de este criterio se encuentra directamente conectado con la determinación del papel de la ley y del contrato. De esta manera, se ennoblecera el papel ocupado por el contrato y por la ley no imperativa y, por esa vía, la activación de la autonomía de la voluntad, cuando se trata de relaciones en las que predomina el argumento de la igualdad formal al paso que tal predominio tenderá a desvanecerse en los supuestos en los que se fortalecen las explicaciones a partir de la igualdad sustancial.

Es evidente que la idea del derecho privado como derecho entre iguales y del derecho público como derecho entre desiguales, se localiza en la construcción jurisprudencial del concepto “estado de indefensión” y la interpretación de la noción de servicio público en las actividades bancarias como supuestos de eficacia horizontal de los derechos constitucionales fundamentales. El paulatino desarrollo de tales categorías refleja una posición que, aunque ha sido afectada por la jurisprudencia constitucional, asume la idea de que una especial protección de las personas en sus relaciones con particulares no se justifica dada su situación, al menos *prima facie*, de igualdad y coordinación²⁷. La constitucionalización

²⁷ La Sala Tercera de Revisión de la Corte Const., en sent. T-1042 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) explicó así el asunto señalado: “El criterio por excelencia que ha primado en la doctrina y la jurisprudencia constitucionales para admitir el examen constitucional de actuaciones particulares respecto de su respeto a los derechos fundamentales es la existencia de una clara relación asimétrica de poder entre los particulares, que de entrada descarta, limita o elimina la autonomía de la persona y justifica una intervención estatal para evitar el envilecimiento, la instrumentalización absoluta o la degradación del ser humano. Es así como en relaciones contractuales, comerciales o de ejercicio pleno de la autonomía individual la Corte ha sostenido que, en principio, no es pertinente otorgar la protección constitucional de los derechos fundamentales. En cambio, tratándose de relaciones particulares donde se presentan relaciones de subordinación o de indefensión —como es el caso en materia laboral [...], pensional [...], médica

forma parte entonces de un conjunto de ideas orientadas a desmitificar²⁸ la presupuesta relación de equiparación entre particulares y, a su amparo, las normas iusfundamentales —como estrategia de contención de poder— resultan pertinentes cuando la libertad se encuentra en riesgo. Ello ocurre en los casos en que el predominio de un agente privado tiene fuerza suficiente para aniquilar las alternativas de acción de otro particular.

La tríada contrato—mercado—igualdad funciona entonces de manera compleja. Su centralidad en la determinación del derecho privado se representa con intensidades que operan de forma variable para constitucionalizar o desconstitucionalizar una determinada controversia. Los elementos de la tríada se activan o se sofocan, según el caso, cuando se definen las posibilidades de intervención del derecho constitucional en un asunto calificado, previamente, como de derecho privado.

Alegar que una cuestión es de derecho privado tiene, entonces, como consecuencia, la protección de los intercambios voluntarios pues su secuela es la ampliación de las posibilidades de acción de quienes participan en tales relaciones oponiéndose, a diferencia de lo que puede ocurrir cuando el asunto se califica como constitucionalmente relevante, bien a la imposición de obligaciones constitucionales de contratación o bien a la interpretación constitucional en favor de uno de los agentes, conside-

[...], de ejercicio de poder informático [...], de copropiedad [...], de asociación gremial deportiva [...] o de transporte [...] o religiosa [...], de violencia familiar [...] o supremacía social [...]—, la jurisprudencia constitucional, siguiendo los parámetros que la propia Constitución establece, ha intervenido para dejar a salvo la efectividad de los derechos fundamentales en dichas situaciones”.

²⁸ Esta desmitificación se ha venido también produciendo desde el derecho comercial. Ello se comprueba, por ejemplo, en los regímenes de protección al consumidor y en la aplicación práctica de la prohibición del abuso del derecho. Tal proceso se ve, por ejemplo, en la formulación que de la tercera condición para calificar como abusiva una cláusula ha planteado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “En este sentido, aun cuando el contrato de leasing es —por regla— un negocio jurídico por adhesión a condiciones generales, conforme se pinceló en acápite que anteceden, entre las que se suele encontrar la de exclusión de responsabilidad por defectos de calidad y vicios rehdibitorios, esa sola circunstancia, de por sí, no torna abusiva o vejatoria y, por tanto, ayuna de eficacia la cláusula en cuestión, si se tiene en cuenta que son «características arquetípicas de las cláusulas abusivas —primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes” (cas. civ. de 2 febrero 2001, exp. 5670)”. C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 13 diciembre 2002, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

rando su debilidad o necesidad. Así pues, el incremento de los intercambios voluntarios o no intervenidos constitucionalmente se producirá destacando la importancia del contrato, describiendo la relación como una relación de mercado o indicando que la relación se despliega en un plano de igualdad.

Una presentación general de las categorías que inciden en la calificación de un asunto como relevante para el derecho privado o para el derecho constitucional, puede ser la que sigue:



B) *La insubordinación estratégica del “derecho privado”*

Derecho privado, en la jurisprudencia constitucional, tal y como lo es también en la doctrina, no ostenta un significado o alcance uniforme. No era la pretensión de este capítulo, de ello podrá haberse dado cuenta el lector, demostrar lo contrario. Es claro, no obstante, que a partir de la revisión de algunos de sus usos en la jurisprudencia constitucional el reclamo de la calificación de un asunto como de derecho privado se encuentra asociado a la pretensión de contar con un ancho espacio de autonomía o configuración que impida la fijación del aterrador gravamen de los intercambios forzosos. Esta calificación dependerá, por ejemplo, (i) de la importancia que los acuerdos privados ostenten en la cuestión debatida —perspectiva del contrato—, (ii) del marcado contenido económico de las pretensiones formuladas por los agentes concernidos —perspectiva del mercado— y (iii) de la posibilidad de equiparar a los particulares que intervienen en el problema de que se trate —perspectiva de la igualdad—. En general, pueden establecerse algunas relaciones de complementariedad entre cada uno de los criterios mencionados en tanto y, por vía de ejemplo, un asunto será cada vez más una cuestión contractual y menos un asunto constitucional cuando los sujetos afectados pueden ser equiparados o cuando el tipo de reclamos alude a la insatisfacción o satisfacción inadecuada de una prestación económica contractualmente definida.

La calificación como “de derecho privado” no se lleva a cabo, sin embargo, de manera preliminar. Esta determinación, no en todos los casos explícitamente formulada, es empleada con la pretensión de ampliar o reducir el grado de relevancia de las normas constitucionales y, en particular, de las normas de derecho fundamental. El resultado, en realidad, es un borroso panorama sobre los criterios bajo los cuales es posible hacer uso de la expresión “derecho privado”. Su empleo, marcado por su fuerza retórica y simbólica, tiene una dimensión estratégica. Con VALENCIA ZEA, no tiene importancia clasificatoria pero, en el litigio constitucional, permite aislar o atraer las normas de la Constitución.

No puede sorprender que el derecho privado sea entendido, en el marco del litigio constitucional, como un recurso disputado por los agentes particulares y que comprende las pautas de pensamiento que defienden un vasto y profundo margen de acción protegido por la autonomía de la voluntad y a las que repugnan los intercambios forzosos. Su condición de recurso disputado y escaso se explica por el hecho de que su aceptación o no aceptación puede incrementar los costos para quienes debaten. Tales

costos pueden ser de diferente naturaleza. Por ejemplo, puede tratarse de costos económicos por cubrimiento de prestaciones (medicina preparada), costos por pérdida de *intimidación* (clubes sociales), costos por alteración de las reglas usuales del negocio (bancos y aseguradoras) o costos por reducción del control privado de la organización (propiedad horizontal). Así la admisión del argumento del derecho privado puede marcar la diferencia entre la existencia de una obligación de prestar o no un servicio pretendidamente excluido mediante una cláusula genérica de preexistencia, entre el deber de aceptar o no como miembro de una asociación privada a una persona que no se quiere, entre la necesidad de contratar o no con personas que no se ajustan a las políticas de crédito o de asunción de riesgo, o entre la posibilidad o no de instrumentar medidas de cobro efectivo.

La disputa por el derecho privado en las causas constitucionales es una trama clave a pesar de su desprestigio clasificatorio.

Cabe decir, antes del paso siguiente, que no existe en la jurisprudencia constitucional un criterio único y excluyente para definir el derecho privado. Son diversas sus posibilidades de uso aunque su delimitación a partir de la igualdad tiene un peso específico importante. La determinación de un asunto como “de derecho privado” exhibe un marcado propósito estratégico, conocido por quienes sobre él litigan, en la medida en que permite o bien amparar un uso conservador de la doctrina sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales u oponerse a tal eficacia. El argumento de derecho privado, recurso costoso y poderosamente luchado, adquiere una importancia inusitada en el litigio constitucional dado que permite contener la producción de los costos derivados de la afectación de bienes considerados importantes en la actividad privada. La constitucionalización del derecho privado es la historia de la batalla por el control y definición de los efectos de la efigie de intercambio libre que ha liderado el derecho privado.

3. EL LABERINTO EPISTEMOLÓGICO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

A) *Una mirada a través del problema del acceso a los servicios financieros*

Es un problema de la constitucionalización del derecho privado en Colombia el relacionado con la posibilidad de los agentes financieros de negarse a prestar los servicios propios de su objeto social disculpándose, para ello, en la autonomía de la voluntad.

En relación con esta cuestión podrían formularse respuestas de diversa naturaleza. Cada una de ellas tiene relaciones de dependencia con explicaciones políticas y éticas más amplias. Así, por ejemplo, alrededor de la cuestión sería posible presentar las siguientes proposiciones:

- (i) “Según lo ordenado por el artículo 16 de la Constitución Política conjuntamente entendido con el artículo 333 del texto constitucional, las entidades financieras tienen el derecho a elegir el tipo y el alcance de las relaciones contractuales en las que pretenden participar de forma tal que pueden, de manera legítima, abstenerse de contratar con cualquier persona”.
- (ii) “Dado que según el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financieras ostentan la condición de actividades de interés público y, en ocasiones, caen en el ámbito cobijado por la noción de servicio público, en ningún evento puede una entidad financiera abstenerse de celebrar un contrato que se articule con el desarrollo de las actividades propias de su objeto social”²⁹.
- (iii) “Considerando, a la luz del principio de unidad constitucional, la necesidad de armonizar el principio de la autonomía de la voluntad con la naturaleza de interés público de las actividades financieras, las entidades solo pueden abstenerse de celebrar contratos cuando exista una justificación objetiva y razonable”.
- (iv) “Teniendo en cuenta lo señalado por la jurisprudencia constitucional se violan los derechos de las personas cuando las entida-

²⁹ En la sent. T-414 de 1992, aun sin referirse de manera específica a un derecho de acceso al sistema financiero, la Corte Constitucional anunciaba el carácter inaceptable de aquellas medidas que, “encarcelando el alma” y no el cuerpo, imponían limitaciones excesivas a quienes no participaban de los circuitos económico y comercial. Se refería a ello a raíz de un examen acerca de la admisibilidad constitucional del mantenimiento de un dato en una base de datos financiera. Decía la Corte: “El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo. Por eso vale la pena preguntarse si estos dos tipos de encarcelamiento se ejercen de manera discriminada y estratégica en Colombia como mecanismo de control frente a dos sectores de población diferente a saber: la cárcel tradicional para la clase marginada del circuito económico y comercial y la cárcel del espíritu contra los demás violadores de las reglas disciplinarias impuestas por dicho circuito. [...] Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de «personas virtuales» que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales”.

des financieras no aducen una justificación objetiva y razonable a fin de negarse a prestar los servicios propios de su objeto”.

Imaginémonos ahora que exista una regla jurisprudencial aprobada por la Corte Constitucional de Colombia que indica que se violan los derechos de las personas cuando las entidades financieras no presentan una justificación objetiva y se niegan a prestar los servicios propios de su objeto³⁰.

A partir de tal afirmación podrían plantearse las siguientes preguntas:

- (i) ¿Todos los jueces de la república se han encontrado dispuestos a aceptar y han aplicado, de manera efectiva, la regla definida por la Corte Constitucional?
- (ii) ¿Las autoridades encargadas de adelantar las actividades de supervisión del sector financiero han visto afectado el ejercicio de sus funciones como consecuencia de la regla fijada por la jurisprudencia constitucional?
- (iii) ¿Las entidades financieras, al momento de establecer sus relaciones contractuales, han considerado relevante la regla acogida por la Corte Constitucional?
- (iv) ¿Las decisiones judiciales que reconocen la regla indicada son tomadas en cuenta por los agentes financieros para valorar los riesgos futuros de una determinada operación contractual o para concebir el negocio?

Las preguntas y respuestas corresponden a perspectivas diversas acerca no solo del problema particular indicado sino que, al mismo tiempo, presuponen visiones diferentes acerca de aquello que es relevante para el empleo de la palabra derecho. De cierta forma, tales perspectivas remiten a la cuestión acerca de la preferencia de las normas o de la conducta.

a) *Una elección: las palabras o la conducta de la constitucionalización.* La constitucionalización del derecho privado en Colombia puede observarse, entonces, desde perspectivas diversas. La mirada que se elija para examinarla puede incidir en el tipo de sucesos cobijados por ella. Lo anterior sugiere que no existe ninguna conexión esencial o necesaria entre el término constitucionalización y una situación específica. El significado de la mencionada expresión corresponde al tipo de acuerdos o imposiciones que sobre su alcance se definan.

³⁰ En la tercera parte de este trabajo se analiza el comportamiento de jurisprudencia constitucional asociada a la libertad contractual de las entidades bancarias, de las entidades aseguradoras y de las empresas de medicina prepagada.

En general, es posible sostener que la constitucionalización del derecho concebida como un proceso en virtud del cual las categorías constitucionales y la jurisprudencia constitucional inciden, de diferentes formas y en diversos grados, en la forma en que se resuelven los conflictos *prima facie* de derecho privado³¹, hace posible que su examen se lleve a cabo privilegiando la revisión de las proyecciones puntuales del fenómeno, reflejadas en las decisiones de las autoridades estatales productoras de derecho para, a partir de allí, derivar conclusiones generales —con impactos conceptuales— respecto de la imagen de un derecho *constitucionalizado* o se desarrolle examinando la incidencia efectiva del proceso en los comportamientos y actuaciones de los *agentes concernidos*³² con dicho proceso.

Se trata de las dos caras de una misma moneda. Una de ellas resalta la forma en que interactúan normas y decisiones en el proceso de construcción de un orden normativo constitucionalizado, al comprobar los reflejos que tal proceso tiene en las categorías a partir de las cuales, ordinariamente, se funda la comprensión del derecho privado. Esta línea de análisis puede tener —y ordinariamente así parece ocurrir— réplicas distantes en los agentes que deben enfrentar sus prácticas negociales a partir de las reglas constitucionalizadas. La manera en que tal réplica se produce es la otra cara de la moneda, dirigida a examinar la forma en que un derecho conceptualmente constitucionalizado es fácticamente puesto en práctica o seguido por los agentes destinatarios del mismo.

Cada una de tales aproximaciones, hacia las palabras y los conceptos o hacia las conductas y las prácticas es relevante pero, de cualquier manera, incompleta.

b) *La predilección por las palabras: la ilusión formalista*. La primera perspectiva pretende explorar la constitucionalización del derecho pri-

³¹ Esta definición no pretende contradecir el argumento de acuerdo con el cual no existe una conexión esencial entre la expresión “constitucionalización del derecho privado” y determinada situación o estado de cosas. Sin embargo, una definición estipulativa del tipo mencionado puede ser, por ahora, bastante útil. Además, esta definición deja abiertas cuestiones tales como (i) en qué consiste la *incidencia*, (ii) cómo se *resuelven* los problemas, (iii) quién *resuelve* los problemas y (iv) cuándo un conflicto es, *prima facie*, de *derecho privado*.

³² Con la expresión “agentes concernidos” o, en general “agentes” pretendo abarcar el conjunto de instituciones y personas públicas o privadas, cuya actuación en el mercado o fuera de él, puede resultar afectado por la influencia de las normas constitucionales en el conjunto de normas constitutivas del derecho privado. Puede decirse que existen agentes constitucionalizados y agentes constitucionalizadores.

vado a partir de un enfoque doblemente limitado. Su análisis se restringe a evaluar la incidencia de la Constitución en el derecho infraconstitucional considerando como material jurídico relevante únicamente el conjunto de reglas y principios que producen las autoridades estatales. En particular, esta perspectiva tiende a preferir la agenda judicial de la jurisdicción de tutela. Así entonces, la constitucionalización examinada desde este punto de vista, se limita a comprobar la manera como las reglas y principios constitucionales —normas canalizadas y desarrolladas por la jurisdicción constitucional— afectan en su comprensión, en su interpretación o en su estructura, las normas legisladas (ley) o acordadas (contrato).

Esta posibilidad de análisis privilegia la revisión de la manera en que las cuestiones constitucionales determinantes de la validez formal y material del ordenamiento se proyectan en la regulación del derecho privado. El proceso de constitucionalización del derecho privado se revela como un procedimiento de intervención conceptual mediante el influjo de las normas constitucionales. Semejante posibilidad de investigación permite, en consecuencia, dar respuesta al siguiente tipo de cuestiones:

(a) ¿Cómo debería resolverse un problema jurídico de derecho privado en un ordenamiento jurídico constitucionalizado? (b) ¿Bajo qué condiciones es posible afirmar que una relación de derecho privado se encuentra constitucionalizada? (c) ¿Cuál es el órgano competente para definir que un asunto se encuentra constitucionalizado? (d) ¿Cuál es el esquema procesal al amparo del cual resulta posible debatir si un asunto se encuentra efectivamente constitucionalizado? (e) ¿Cuáles son las consecuencias específicas derivadas de considerar que un asunto se encuentra constitucionalizado? (f) ¿De qué manera y con qué intensidad, categorías tradicionalmente estructurantes del derecho privado, se han visto afectadas por el proceso de constitucionalización?

Estas preguntas suscitan cuestiones ubicadas en el plano de las investigaciones que se ocupan de *aquello que define el ordenamiento jurídico*³³. Esta aproximación no implica preguntas acerca de la efectividad real de la constitucionalización asociadas a su verdadera incidencia en el comportamiento o conducta de los actores participantes en el proceso. Por ejemplo, no se preguntaría si las empresas de medicina prepagada se abstienen, ante el reclamo de un usuario planteado a partir de las reglas

³³ Es importante destacar que esta actividad “descriptiva” se refiere no a lo que efectivamente se reconoce, en la práctica, como ordenado, prohibido o permitido por un ordenamiento jurídico sino a lo que según el ordenamiento jurídico existente se encuentra ordenado, prohibido o permitido.

judiciales definidas en la materia, de aducir la inclusión de una preexistencia genérica o si las empresas promotoras de salud ajustan su comportamiento a las reglas definidas por la Corte Constitucional para el reconocimiento de medicamentos y tratamientos no incluidos en el POS³⁴. Tampoco examinaría si las sociedades aseguradoras exponen con detenimiento y según lo exigido en las reglas derivadas de las sentencias T-517 de 2006 y T-416 de 2007, los motivos —razonables— que determinan su decisión de no amparar un riesgo. Igualmente no se ocuparía de establecer si los clubes sociales actúan de acuerdo con la regla definida en la sentencia T-433 de 2008 y, entonces, no sería una preocupación definir si tales clubes consideran el origen familiar de los hijos para determinar su admisión. En otros términos, en esta revisión existiría un predominio de las cuestiones asociadas con la validez en su versión más formalista.

La actividad jurisdiccional en el proceso de constitucionalización ocupa un lugar central. En efecto, dado que la constitucionalización del derecho privado en Colombia se ha desarrollado, principalmente, mediante la activación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, este nivel *de las palabras* tiene como referencia ineludible aquello que los jueces han dicho.

En conclusión: la aproximación descrita corresponde, de manera principal, a la pregunta ¿cómo puede explicarse la constitucionalización del derecho privado en Colombia a partir del ordenamiento jurídico existente? Es muy importante no confundir esta pregunta con aquella que se relaciona con el nivel deseable de constitucionalización de un determinado ordenamiento jurídico. En efecto, la primera corresponde a un asunto propio de los análisis de validez³⁵, al paso que la segunda se asocia con problemas vinculados a una dimensión deontológica.

³⁴ La sent. T-760 de 2008 da cuenta de la gran distancia que existe entre la constitucionalización en las palabras y la constitucionalización en las prácticas. Así, no obstante la excesiva producción de decisiones judiciales que se limitaban a reiterar la obligatoriedad de una regla judicial previamente definida y relacionada con la obligación de protección de una dimensión específica del derecho a la salud, los casos continuaban planteándose y litigándose y, por esa vía, se demostraba que los agentes no se encontraban determinados constitucionalmente de manera efectiva y que, por ejemplo, continuaban advirtiendo las limitaciones derivadas de los reglamentos del Plan Obligatorio de Salud. Incluso, en algunos casos la sugerencia de litigio constitucional provenía de la empresa de salud.

³⁵ Diversos trabajos en la dogmática nacional y extranjera se han llevado a cabo a partir de esta perspectiva. Así, recientemente, ROBERT ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colom-

El nivel exclusivo de las palabras constituiría, sin embargo, un nicho adecuado para la disputa entre los encomiásticos y los mentores del desastre. En efecto, examinar la constitucionalización exclusivamente a partir de las palabras da lugar a dos vicios.

Por un lado los encomiásticos o los apologeticos —preocupados por las palabras— de la constitucionalización del derecho privado advertirán que el ordenamiento jurídico colombiano está profundamente constitucionalizado por las múltiples decisiones de la Corte Constitucional que han incidido en el alcance conceptual de categorías como la autonomía de la voluntad, la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, la imposibilidad de intervenir los mecanismos de cobro en relaciones de propiedad horizontal, entre otras. De esta manera, serán particularmente exigentes frente al papel de la Constitución en la solución de problemas de derecho privado y así mismo criticarán a quienes se oponen a tal proceso advirtiendo, por ejemplo, que se trata simplemente de un inevitable proceso de sensibilización constitucional. Sin embargo, este optimismo frente al papel de las normas será la causa de su propio engaño dado que, sin saberlo, probablemente solo se estarán refiriendo a una situación normativa que, en nada o en muy poco, ha afectado la conducta de los agentes a la luz de su comportamiento en el litigio constitucional.

Como consecuencia del mismo problema que aqueja a los apologeticos, los mentores del desastre o los *trompeteros del caos* no dudarán en decir que el Estado, mediante sus jueces constitucionales, ha forjado la destrucción de axiomas invariables del derecho privado dado que ha

bia, 2003, págs. 50 y ss. Así mismo, puede tenerse como referente en tal dirección algunos apartes del trabajo *El neoconstitucionalismo a debate* en el cual, entre otras cosas, se aborda el problema asociado con la delimitación de competencias del Tribunal Constitucional frente al legislador y a la jurisdicción ordinaria (CARLOS BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006). Igualmente, aproximaciones particularmente conceptuales con referencias constantes a la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede verse, entre muchos otros, en JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 y ALEXEI JULIO ESTRADA, *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. Del mismo autor “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Unam, 2007, pág. 121. Igualmente puede confrontarse el libro *Neoconstitucionalismo y derecho privado-El Debate*, Bogotá, Universidad Javeriana-Dike, 2008.

intervenido en todos los asuntos posibles y como consecuencia de tal conducta, muy poco pueden ya decidir los particulares como resultado de la inserción de problemas constitucionales a partir de enunciados indeterminados que propician la incertidumbre y el desasosiego. Se ha producido, entonces, la disolución y el aniquilamiento del derecho privado en y por el derecho constitucional.

Sin embargo, seguramente en la práctica no es esto lo que ha ocurrido sino, por el contrario, mucho menos.

La objeción realista demuestra las limitaciones de un examen concentrado en las palabras. Dicha objeción, en general, podría designarse como *la ilusión formalista*.

c) *La objeción antiformalista: la predilección por la conducta*. A pesar de su uso dominante, la dimensión anterior se enfrenta a una objeción fundamental. Esta objeción fue así precisada por LLEWELLYN:

“[...] Y parece que se podría aceptar sin demostración que los aspectos más significativos (no digo que sean los únicamente significativos) de las relaciones entre derecho y sociedad residen en el campo de la conducta, y que las palabras adquieren importancia bien porque reflejan o influyen de forma palpable a otra conducta, o bien porque y en tanto que reflejan o influyen de forma palpable a otra conducta. Su verdad es absurdamente evidente. Y con todo, invierte, molesta a todo el enfoque tradicional del derecho. Pone a la teoría aceptada sobre su cabeza. El enfoque se realiza en términos de palabras; se centra en las palabras; tiene su máxima dificultad en ir más allá de las palabras. A falta de comentario sobre la conducta, la asunción tácita es que las palabras reflejan de hecho la conducta, y a falta de comentario sobre las palabras de las reglas de derecho, la asunción tácita es que influyen de hecho sobre la conducta, y que la influyen de forma tan efectiva y precisa que ésta se conforma completamente a tales palabras. Aquí reside la clave del embrollo”³⁶.

Y un poco más adelante advierte:

“Aquí, otra vez sin solución de continuidad y sin investigación, suponemos que la práctica de los jueces se conforma a los deberes aceptados en los códigos; suponemos que las formulaciones verbales de los deberes describen de manera precisa los dimes y diretes de la práctica; suponemos que los jueces dictaminan en efecto tal juicio sobre tales hechos. Una situación paradójica, en derecho o en cualquier otro aspecto de la

³⁶ KARL LLEWELLYN, *Una teoría del derecho realista: el siguiente paso, en el ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, págs. 257 y 258.

vida. ¿Desde cuándo la ideología de los hombres sobre su propia actividad, sobre lo que constituye una buena o mala práctica, es o ha sido nunca una descripción adecuada de su práctica efectiva [working practice]”³⁷.

Es claro que esta réplica es lo suficientemente seria como para no ser considerada. El hecho de que se afirme a partir de premisas normativas, que un ordenamiento jurídico está constitucionalizado no significa, necesariamente, que se corresponda con la conducta de los sujetos que, según las palabras en que se funda tal afirmación —por ejemplo “la Constitución es norma de normas” o “la acción de tutela procede contra particulares”— están obligados a *practicar la constitucionalización*. A un tránsito simple desde el nivel de lo que dicen las normas —normas sobre el papel— a su aplicación efectiva —normas en acción— dirige su atención esta crítica.

La perspectiva metodológica *formalista* no implica un distanciamiento absoluto del análisis orientado a examinar la conducta de quienes participan en el proceso de constitucionalización. Es claro que en tal examen incide, de manera importante, la forma en que la jurisprudencia constitucional ha reconocido o canalizado el proceso. Esta importancia se liga al hecho de que la constitucionalización se diseña y construye jurisprudencialmente a partir de normas particularmente indeterminadas. Eso es especialmente claro si se tiene en cuenta que en un número importante de casos se aducen como normas de constitucionalización las que se adscriben interpretativamente a la cláusula general de igualdad (art. 13), a la cláusula general de libertad (art. 16), a la libertad de empresa (art. 333), a la libre competencia económica (art. 333), al deber de respeto a la personalidad jurídica (art. 14), a la obligación de actuar conforme al deber de solidaridad (art. 95), a la exigencia de respetar el principio de la buena fe (art. 83), entre otros. Por tanto, dada la importancia de la Corte Constitucional en el proceso de definición de la *medida correcta de la constitucionalización* el análisis de las razones de sus decisiones se ubica en el plano de las palabras, en el ámbito de las normas, en el papel. Sin embargo, a medida que el transcurso del tiempo permita que ese proceso se despliegue, podrá considerarse cuál es el grado de incidencia de *las normas sobre el papel —sobre las sentencias*, sería más claro indicarlo— en las prácticas de los tribunales, agentes oficiales y particulares cobijados por ellas (agentes concernidos).

³⁷ *Ibidem*, pág. 258.

Sin embargo, detenerse en este punto y considerar enfrentada satisfactoriamente la objeción realista por la observación de aquello que los jueces deciden, resultaría más que dudoso. Ello hace necesario avanzar en la pesquisa preguntándose, entre otras cosas, si de manera efectiva las órdenes de constitucionalización del derecho privado contenidas o expresadas en la Constitución —y activadas por la jurisdicción de tutela—, inciden o pueden incidir en la conducta de los agentes concernidos y, en caso de ser así, la manera en que ocurre.

LLEWELYN explica lo siguiente, luego (i) de distinguir entre las diversas interacciones que presupone un análisis realista del derecho y (ii) de destacar el aporte de SPYKMAN en la determinación del alcance de la expresión “oficial” en la definición de interacciones relevantes para el derecho:

“Estoy completamente de acuerdo en que estas pautas son una parte esencial de cualquier fenómeno al que denominemos derecho. Y más completamente aun porque la formulación de SPYKMAN infunde un nuevo aliento a la diferencia entre reglas sobre el papel y conducta resultante, hasta el punto que la conducta que resulta (si es que hay alguna) de la formulación oficial de una regla depende de las pautas de pensamiento y acción de las personas de cuya conducta se trata”³⁸.

Este avance en la revisión de la conducta de los sujetos tocados por la constitucionalización es importante debido a que centra su atención en la revisión de la efectividad del fenómeno y, por ese camino, de su intensidad. Considerar que la constitucionalización del derecho privado se ha producido como consecuencia de la intervención puntual de la jurisprudencia constitucional en ciertas categorías o instituciones del derecho privado es dar una imagen reducida y quizás falsa del asunto. Esa intervención puntual no describe de manera efectiva lo que hacen, lo que piensan ni lo que desean los agentes. Inclusive en la actitud de algunos de los agentes involucrados en el litigio judicial ante la jurisdicción de tutela puede evidenciarse una escasa sensación de obligatoriedad de las reglas jurisprudenciales definidas en las sentencias.

Adicionalmente, un acercamiento preocupado únicamente por cuestiones de validez, constituiría el reflejo de un optimismo excesivo frente al papel que cumplen las normas. Es aquí, en este preciso punto, donde pueden establecerse conexiones intensas entre el problema de la constitucionalización del derecho privado y los problemas de la teoría del derecho. Parece que en una buena medida, los intentos por examinar la consti-

³⁸ *Ibidem*, págs. 272 y 273.

tucionalización del derecho privado desde una perspectiva anclada en cuestiones de validez responde a una mirada que le ofrece a las normas una función determinante en el comportamiento de las personas.

Pretender abarcar la constitucionalización del derecho privado como “norma en el papel” y “norma en la práctica” es especialmente complejo. Sin embargo, si se quiere hacer un esfuerzo por comprender adecuadamente lo que está ocurriendo con el derecho privado, ser consciente de esa diferenciación es necesario. Ello además hace posible incorporar un lenguaje relativamente crítico frente a la dogmática “dura” del derecho privado. Por un lado, la distinción entre el derecho en el papel y el derecho en la realidad supone, aunque sea preliminarmente, una desconfianza sobre el impacto efectivo del discurso constitucional en las prácticas de derecho privado. Igualmente, la constitucionalización del derecho privado como “discurso de los derechos en el derecho privado” puede ser observada como un mecanismo de promesas incumplidas si se considera como un discurso que genera expectativas que, finalmente, son insatisfechas, incumplidas o simplemente desconocidas.

4. LA SINCERIDAD DE UNA ESTRATEGIA COMPLEJA EN LA EXPLORACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA

Las representaciones de la realidad a que me he referido apuntan a diversas formas de entender lo que es derecho. Ellas pueden ser objeto de críticas más o menos severas cuando se presentan como un cauce único y excluyente para explicar lo que es y lo que hace el derecho. Sin embargo, si tales miradas tienen razón en alguna medida, no es posible su exclusión.

La doble mirada propuesta pretende estructurar un concepto amplio de constitucionalización del derecho privado que incorpore *las normas sobre el papel y las normas en acción; las palabras y las conductas*. Ello permitiría (i) determinar cuál es la medida jurídicamente debida de la constitucionalización del derecho privado y (ii) establecer cuál ha sido, de manera efectiva, el grado de constitucionalización del derecho privado en Colombia.

La distinción señalada sugiere que la constitucionalización del derecho privado en Colombia debe considerarse una cuestión de grado. Si bien esta no es una hipótesis exótica³⁹ dado que la doctrina ya ha acepta-

³⁹ Así, puede verse en RICARDO GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003.

do que existen ordenamientos más o menos constitucionalizados, tales tesis no parecen haber incorporado la constitucionalización de los ordenamientos desde la perspectiva de las conductas de los agentes. Lo importante será señalar que un ordenamiento se encuentra más constitucionalizado en la medida (i) en que *las normas en el papel* supongan que la validez del ordenamiento jurídico infraconstitucional depende de manera cada vez más intensa de lo dispuesto en el texto de la Constitución y (ii) en que *las normas en acción* tomen en consideración las *normas sobre el papel* que ordenan y definen la constitucionalización o incluso superen su alcance⁴⁰.

La constitucionalización de las normas en acción resultará más intensa en la medida en que la práctica de los agentes frente a los asuntos constitucionalmente claros —a la luz de la jurisprudencia— se encuentre distante de la necesidad de activar la jurisdicción para que las conductas sean compatibles con ella. Existe entonces una relación inversa entre el grado de constitucionalización real o efectivo de un asunto y, por ejemplo, el nivel de asistencia de la jurisdicción para resolverlo. Un escaso nivel de intervención judicial evidenciaría que los sujetos obligados incorporan *ex ante* la obligación constitucional de actuación y, por ello, que sus prácticas efectivas se encuentran constitucionalizadas desde el inicio. Por el contrario, un intensivo nivel de ocupación judicial en estos litigios daría cuenta de que las exigencias constitucionales son asumidas como un riesgo *ex post*, esto es, un riesgo cuyo control no debe producirse desde el inicio del negocio sino que su contención solo se llevará a cabo cuando exista una decisión judicial que obligue a asumirlo.

En el tránsito de las normas a las prácticas existe un camino tenso. La imagen de espacios de acción no intervenidos, la exigencia de certidumbre propia de los agentes que discurren por el derecho privado y los costos que pueden derivarse del seguimiento de las reglas judiciales de constitucionalización, son dispositivos que tienen una potencia suficiente para paralizar la constitucionalización. Esta parálisis solo puede ser reconocida si la poderosa objeción realista es tomada en serio. Por ello, la distinción entre el derecho en el papel y el derecho en acción supone una desconfianza acerca del impacto efectivo del discurso constitucional en las prácticas de derecho privado. Su combinación abre las puertas para una representación más fiel de aquello que ahora ocupa la atención de este libro.

⁴⁰ Sobre el particular podrá admitirse que existe una constitucionalización más o menos intensa si la actuación de los agentes presupone la consideración *ex ante* y no *ex post* de las *normas sobre el papel*.

CAPÍTULO II

LAS TRES HISTORIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Una parte importante de los debates alrededor de la constitucionalización se encuentra determinada por el concepto de Constitución que cada uno de los partícipes o agentes defiende o presupone al aproximarse al asunto. El conjunto de presuposiciones impacta su actuación. Así, por ejemplo, si existen ideas muy extendidas acerca de una incompatibilidad entre la contratación de derecho privado y las estrategias de redistribución asociadas a la constitucionalización, dados los propósitos conmutativos de la primera, existirá una menor disposición a admitir la corrección o la obligatoriedad de reglas de la jurisdicción de tutela dirigidas a imponer intercambios forzosos. Por el contrario, para las posturas orientadas a sostener que las pretensiones de redistribución pueden impactar la actuación de los agentes privados y, por esa vía justificar la imposición de límites constitucionales a la autonomía de la voluntad, menos intensas resultarían las objeciones a algunas de las reglas de intercambio no voluntario.

A continuación se intenta una descripción de las narraciones que sobre la constitucionalización pueden encontrarse, de manera más o menos clara, en algunas de las fuentes que han determinado el influjo de la Constitución en el derecho privado. El desarrollo de este apartado permitirá encontrar y descifrar el significado de las posturas frente a la constitucionalización. Todas ellas conviven en un ambiente de nutrida tensión y demandan para sí la explicación y a veces el control en el avance de la constitucionalización.

Como suele ocurrir en el derecho, en este asunto existen perspectivas extremas y perspectivas moderadas. Algunas dispuestas solo a criticar el proceso de constitucionalización y otras encantadas con su suceso y por ello su defensa. Sin embargo, detrás de todas ellas existen pautas de pensamiento que definen lo que es público y lo que es privado y, desde allí, intentan regularizar estándares interpretativos o ideas épicas en cuya incidencia reside el carácter problemático de la constitucionalización.

La sobreconstitucionalización, la infraconstitucionalización o la constitucionalización adecuada son historias de la constitucionalización. Cada una de ellas se encuentra impregnada por lo que piensan los narradores ordinariamente enfrentados a cruentas disputas por conservar o minar específicos estatutos epistemológicos, por controlar las fuentes del derecho o por mantener a salvo de injerencias *extrañas* su propia actividad.

El curso de esta historia no está predeterminado. Sus resultados dependerán del balance o desbalance que se derive de la batalla de sus actores. En verdad es eso. El curso del derecho privado, desde la perspectiva de la constitucionalización, no está definido ahora ni siquiera en aquellos aspectos en los cuales la jurisprudencia constitucional ha avanzado con mayor decisión.

A continuación quisiera continuar con su compañía para explorar estas formas de narrar una historia cuyo final, lejos aún, suscita los más feroces encuentros.

1. ENTRE LA SOBRECONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA INFRACONSTITUCIONALIZACIÓN

Según las premisas desde las cuales se observe la constitucionalización, pueden resultar diferentes formas para su definición e intensidad. Ellas discurren, siguiendo a ALEXY, entre la sobreconstitucionalización, la infraconstitucionalización y la constitucionalización *adecuada*¹. Se trata de discursos diversos, que pueden activarse con la finalidad de criticar o defender la descripción que presentan del proceso de constitucionalización y que, de otro lado, operan con intensidad variable respecto de cada una de las materias que pueden llegar a tornarse *relevantes* desde una perspectiva constitucional. De esta forma el grado de constitucionalización se encuentra determinado por la materia de la que se trate y, por ello, puede presentarse una mayor o menor resistencia a su impacto. Así, por ejemplo, al paso que parece ser posible aceptar que existe una mayor disposición a constitucionalizar intensamente áreas como el dere-

¹ Es importante advertir que el uso que de tales categorías se hace en este lugar del trabajo, difiere de las pretensiones dogmáticas que fundamentan su uso por parte de ALEXY. En efecto, la distinción entre los tres conceptos es relevante para ALEXY al precisar su dogmática de los márgenes de acción, inoperante en los dos discursos extremos de la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización. ROBERT ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

cho de familia², el derecho laboral o el derecho procesal penal, también es posible comprobar un rechazo más o menos intenso a que tal proceso ocurra en áreas como el derecho contractual civil o el derecho comercial.

Sin considerar el efecto real de la constitucionalización en cada una de las materias es posible enunciar tres modelos de constitucionalización que operan de diferentes maneras en la mente de los jueces, de los litigantes y de los profesores de derecho. A continuación se describen tales modelos para, luego, descubrir dos rostros que reflejan el laberinto por el que transita el proceso de constitucionalización y que llamaré el alegato de la reconfiguración judicial de la autonomía de la voluntad y el sermón de la desconfianza entre jurisdicciones.

A) *El enérgico tránsito entre historias y el minotauro:
de la sobreconstitucionalización
a la infraconstitucionalización*

Podrían decir algunos que la Constitución define, de manera completa y exhaustiva, lo prohibido y lo ordenado en un determinado sistema jurídico. De esta manera, resultaría posible derivar de la Constitución la totalidad de reglas, prácticas y principios a los que deben someterse las autoridades y los particulares. Al ser la Constitución el centro de imputación de la totalidad del ordenamiento jurídico, ningún actor del sistema tendría competencia para decidir, esto es, para elegir entre alternativas posibles. Se trataría entonces de una actividad de exclusivo descubrimiento de aquello que define la Constitución hasta el punto de establecer un monopolio interpretativo en el que, fundado en una especie de esquema deductivo, sólo existirían las ideas “de lo ordenado” y “de lo prohibido”, “de lo posible o permitido”, no sería posible hablar.

Semejante idea acerca del alcance y concepto de Constitución conduciría, lo anota ALEXEY, a una situación de sobreconstitucionalización que traería consigo impactos sobre el principio democrático, la independencia judicial y la autonomía privada. Así, de una parte, los órganos democráticamente legitimados por elecciones periódicas se encontrarían privados de toda competencia de *decisión* y, por ello, su facultad se orien-

² Incluso, como se sabe, el derecho de familia —incorporado tradicionalmente en códigos de derecho privado—, se ha visto influido por numerosas normas de orden público orientadas a proteger al menor o a la mujer. Adicionalmente, gran número de distinciones establecidas entre, por ejemplo, el tipo de hijos, han sido excluidas por desconocer mandatos constitucionales.

taría, de manera exclusiva, a aplicar la Constitución. De otra parte, la competencia interpretativa de los jueces sería inexistente en tanto no podrían reclamar margen alguno de valoración o discreción para establecer la pertinencia, peso y alcance de las normas aplicables. Igualmente y dado que todos los asuntos de un determinado ordenamiento se encontrarían decididos por la Constitución, la posibilidad de autorregulación de intereses por los particulares no sería posible y, entonces, las garantías de decisión asociadas a la autonomía de la voluntad no podrían desplegarse.

Esta comprensión de la Constitución tiene como consecuencia la indicación de que existe una Corte Constitucional *todopoderosa* que define la totalidad de cuestiones que se plantean en la comunidad. Ningún otro órgano o particular gozaría de la capacidad para determinar lo que la Constitución ordena o prohíbe. Se tratará del ocaso de la ley y de la voluntad.

Esta perspectiva es expuesta por SÁCHICA al iniciar su trabajo *La Corte Constitucional y su jurisdicción*:

“Está tomando nuestro constitucionalismo un sesgo más que interesante, curioso. Con consecuencias que todavía es difícil calcular.

”En efecto: a partir de 1991, se quiere tratar de definir todo problema jurídico como una cuestión constitucional. Lo que, de entrada, es un despropósito mayúsculo y un inconveniente desfase del ordenamiento jurídico.

”Una sobrevaloración del estatuto constitucional o de sus normas, llevándolas hasta todos los ámbitos y recodos del orden jurídico, impregnándolo todo con sus mecanismos y voces, procedimientos y fórmulas, empobrece las alternativas jurídicas. Pues equivale a saltar las instancias inferiores, previas, en donde no se ventilan los altos asuntos del poder y la política, las cosas mayores de interés público —que son la órbita propia del derecho constitucional— sino los negocios de alcance particular y subjetivo, que se dicen laborales, civiles, comerciales, policivos o penales.

”Nada de eso. Ahora toda situación está implícita en un principio constitucional o se traduce en una acción o un recurso tutelado, como si la Constitución fuera omnipresente y omnicompreensiva. Un panconstitucionalismo. ¿Qué otra palabra para nombrar esta intoxicación constitucional?, que convierte a todo juez o funcionario administrativo de cualquier nivel en contralor de constitucionalidad, y a cada ciudadano en un promotor natural de la supremacía e integridad de la Constitución, en el

designio ineludible de que, en todo tiempo y lugar, sus reglas decidan cada paso de la sociedad, el modelo de la nación, del Estado, de los grupos o individuos”³.

Este tipo de narraciones —que pueden ser representadas con la metáfora de la intoxicación— no son defendidas ordinariamente de manera explícita por aquellos que se muestran de acuerdo con el proceso de sensibilización constitucional, quienes preferirán, seguramente, el empleo de un lenguaje moderado⁴. Por el contrario, serán los críticos de la constitucionalización quienes advertirán que la práctica judicial de la Corte Constitucional supone que este tribunal, sin que la Constitución así se lo ordene ni lo permita, “se mete en todo” y por esa vía invade las competencias de otros órganos. Ordinariamente, la afirmación acerca de que existe un proceso de sobreconstitucionalización será formulada acom-

³ LUIS CARLOS SÁCHICA, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993, pág. 1. Más adelante complementa su presentación: “Tengo la impresión de que al impulso de esta tendencia totalizadora, que algunos califican de benéfica y eficaz porque, dizque acerca la Constitución al pueblo —y esto no es más que vulgar populismo constitucional— y porque así se realizan sus derechos y sus libertades, como exigibilidades directas e inmediatas que no requieren del desarrollo o intermediación de las leyes y los reglamentos, llegaremos más que a una exaltación de la Constitución y del dogma de su supremacía, a una devaluación y desjerarquización de su normas”.

⁴ Debe señalarse, sin embargo, que existen posiciones que miran con pocas reservas y con optimismo un proceso de constitucionalización intenso de áreas del derecho privado. Así por ejemplo, RIVERA SIERRA luego de emplear, al referirse a asuntos específicos del derecho de familia, expresiones tales como “desde el punto de vista de la acción de tutela difícilmente se encuentra un tema de derecho de familia que no haya sido fallado por la Corte Constitucional” o “tal vez no hay un tema que la Corte Constitucional no haya tocado en este punto”, advierte en su conclusión que “a diferencia de los procesos de constitucionalización del derecho de familia chileno, la experiencia colombiana muestra que ha habido a partir de 1991 una innegable constitucionalización del derecho de familia, desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, lo que ha dejado al Código Civil con la necesidad de emprender reformas profundas. Los jueces colombianos, a diferencia de los franceses, aplican directamente el texto constitucional en todas las instituciones básicas del derecho de familia, ello ha permitido una abundante jurisprudencia, con algunas líneas claras que aplican los jueces, muchas veces en reemplazo de la ley. Nos falta un importante camino por recorrer y conservamos la convicción de que a pesar de la existencia de sectores conservadores, el ideal de la igualdad y libertad en el marco de un Estado social de derecho tengan una mayor concreción” (JAVIER RIVERA SIERRA, “Comentarios a las ponencias de los Doctores Rafael Encinas de Munagorri y Mauricio Tapia”, en *Constitucionalización del derecho privado*. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, pág. 172.

pañándola de la indicación, por ejemplo, de que el ejercicio del control constitucional se encuentra hipertrofiado.

HUGO PALACIOS MEJÍA, al criticar el comportamiento de la Corte Constitucional en su ejercicio de control de constitucionalidad, refleja el uso crítico del argumento de la sobreconstitucionalización:

“A lo anterior se añade que las decisiones de la primera Corte colombiana han sido, en cierta forma, agresivas, como ordenadas para llenar todos los espacios que los otros órganos del poder público no le disputen y, en particular, para adoptar funciones de legislador «positivo».

”No son muchas las voces que salieron de la primera Corte en defensa de lo que en otras latitudes se denomina el *judicial restraint*. Por el contrario, no se contentó la primera Corte con ejercer una función legislativa «negativa» sino que fue más allá: hasta modificar los textos legales para asegurar que, según su juicio, se cumpliera con la Constitución. Extendió la Corte sus sentencias a normas «conexas» aunque no hubiesen sido acusadas por nadie; y las fundamentó en argumentos que ninguno de quienes actuaron ante ella habían conocido o defendido durante el proceso.

”Llegó la Corte, inclusive, a dar plazos al Congreso para legislar [...]; y a establecer aspectos muy particulares de las normas que debería dictar el Congreso sobre ciertas materias, como la financiación de vivienda, para que pudieran considerarse conformes con la Constitución. Además, la Corte dictó sentencias «condicionales», en las que declaró que una norma era constitucional solo si se la interpretaba en determinada forma y no en otra. Y proclamó la Corte su derecho a definir si el efecto de sus sentencias se producía desde que una ley o decreto había entrado en vigencia, o desde el día en el que [la] sentencia había quedado en firme, o desde una fecha posterior [...]. Por último, al decidir asuntos de constitucionalidad, llegó a dar órdenes al gobierno para reintegrar dineros percibidos en virtud de una norma declarada inexecutable [...].

”No es posible encontrar, en «los estrictos y precisos términos» del artículo 241 de la Constitución una facultad para dictar sentencias como las que acabo de aludir. Pero es bien interesante que la primera Corte, en lugar de apoyarse en el artículo 241 de la Constitución, invocó, para justificar su conducta, la práctica de tribunales constitucionales en otros países del mundo [...]. Como si las reglas o prácticas constitucionales de otros países pudieran ser invocadas para definir las facultades de las autoridades colombianas.

”En asuntos de «tutela» la Corte ha dado órdenes a las autoridades para acometer proyectos de gasto público en interés general; y, sobre todo, ha dado a las autoridades y a los particulares la orden de prestar servi-

cios a personas que no han cumplido los requisitos legales y contractuales para recibirlos, con el argumento de que ello es indispensable para proteger sus «derechos fundamentales»⁵.

En el contexto de la revisión del proceso de constitucionalización del derecho arbitral en Francia y Latinoamérica y, reivindicando el lugar ocupado por la ley formal, ALFREDO DE JESÚS O. ha sostenido:

“Después de todo y a pesar de lo que puedan argumentar los normativistas, la supremacía de la Constitución no es más que una decisión política para organizar el poder público y el ordenamiento de un Estado. La Constitución no es necesaria para la creación de derecho y más de dos mil años de documentación histórica sobre el derecho lo comprueban. Como bien lo recordaba recientemente el Decano GEORGE VEDEL: «la Constitución se construyó sobre el derecho y no el derecho sobre la Constitución [...]». La Constitución no es sino un concepto reciente, y más que un concepto jurídico su contenido es esencialmente político [...], un instrumento de organización del Estado moderno. Volviendo al tema del desplazamiento de la ley por la Constitución y el tema de la supremacía deberíamos señalar que si la ley formal es uno de los elementos claves sobre los que se construye el Estado moderno es insensato que la Constitución tenga por vocación competir con las leyes formales o suplantadas como parecieran plantear algunos de los autores estudiados y algunas de las sentencias comentadas por los conferencistas de esta mesa redonda”⁶.

Y más adelante, al destacar el *preocupante* hecho de que los *asuntos arbitrales* ya no se solucionan por el derecho del arbitraje sino, por el derecho constitucional, concluye:

“Esta constatación no puede sino llamarnos a la reflexión. Como no tiene sentido la coexistencia de sistemas paralelos de justicia dentro de un mismo ordenamiento jurídico, la reflexión tiene que estar orientada a determinar en qué momento y en dónde nos equivocamos. Creemos que esto nos llevará necesariamente a redefinir el rol de las Constituciones dentro de los ordenamientos jurídicos especialmente el supuesto carác-

⁵ HUGO PALACIOS MEJÍA, “El control constitucional en el trópico” (en línea), disponible en http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/cap1a—hpalacios—control_cons_tropico.pdf [consulta 4 de mayo de 2008].

⁶ ALFREDO DE JESÚS O., “El arbitraje entre constitucionalización y fundamentalismos jurídicos”, en *Constitucionalización del derecho privado*. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, pág. 397.

ter normativo y su supremacía, reestableciendo el valor de la ley como eje central del ordenamiento jurídico”⁷.

La idea de un proceso de sobreconstitucionalización parece emplearse con mayor potencia por los críticos del comportamiento de la Corte Constitucional. El argumento consiste pues en advertir que la Corte Constitucional ha excedido sus competencias de manera tal que en todos los asuntos, con independencia de las atribuciones conferidas a los órganos a cuyo cargo se encuentra su regulación, desarrollo o juzgamiento o, de las facultades de negociación otorgadas a los particulares, la Corte siempre tiene algo que decir. En diversas oportunidades, el argumento concluye advirtiendo la necesidad de reformar la Constitución.

Es paradigmática, en este sentido, la Declaración de la Corte Suprema de Justicia de fecha 3 de marzo de 2004. Allí, procurando defender su autonomía institucional y observando críticamente el comportamiento de la Corte Constitucional en relación con otros de los órganos del poder, advirtió en comunicado presentado por su presidente:

“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 más 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, para someter 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.

”La usurpación no atañe únicamente con la justicia. Son muy conocidos los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han sobrepuesto a las legítimas atribuciones del gobierno y del legislador. Así, entre otros temas, ha intervenido para modular los instrumentos de participación ciudadana; ha impuesto que se expidan leyes, desconociendo la autonomía del legislador y el origen popular que lo legitima; las políticas monetaria, cambiaria, fiscal y tributaria están hoy prácticamente en cabeza de los jueces constitucionales; la política de ingresos y salarios no ha sido ajena a su intromisión; en materia de orden público se

⁷ *Ibidem*, pág. 404.

verifica su turbación según el diseño de los jueces constitucionales y no del gobierno encargado de preservarlo; y aun las relaciones internacionales, que debe dirigir el presidente de la república, se han visto comprometidas. En fin, tal acopio de poder en una institución, además de ser altamente peligroso e inconveniente, representa un atentado contra la democracia y la división de los poderes; y evidentemente quien irrespetta tales valores no puede llamarse demócrata, ni verdadero guardián de la Constitución”⁸.

El empleo de la sobreconstitucionalización como argumento crítico tiene una dimensión marcadamente competencial⁹. Sin embargo, el argumento también se dirige a sostener que la sobreconstitucionalización puede afectar el contenido del derecho privado o de alguno de los rasgos que siempre lo han caracterizado. Es en este punto donde se evidencia el puente, que fácilmente se cruza, entre la narración crítica de la sobreconstitucionalización y la defensa inequívoca de la infraconstitucionalización.

⁸ Declaración Corte Suprema de Justicia [en línea]. Disponible en http://www.rama.judicial.gov.co/csj_portal/assets/Revista%20No.%2018.pdf [consulta 4 de mayo de 2008].

⁹ La posición de TULIO ELÍ CHINCHILLA sigue un camino semejante: “Si el poder de supremo intérprete de la norma fundamental sólo tradujera una cierta jerarquía mesurada de la Corte Constitucional sobre las demás altas Cortes en materia de derechos fundamentales, las discrepancias entre aquella y éstas serían pacíficas. Sin embargo, la Constitucional ha terminado invadiendo los íntimos rincones competenciales de las otras Cortes al sostener una tropical concepción expansiva (maximalista) de tales derechos, según la cual, todo problema jurídico —sea de rango legal, reglamentario, contractual, procesal, etc.— comporta en sí mismo un asunto de derecho fundamental. [...] Por esta vía, con escaso sentido de autocontención nuestro Tribunal Constitucional se siente legitimado para «corregir» las interpretaciones de la Corte Suprema y del Consejo de Estado en temas tales como el reparto de una herencia, la liquidación de la sociedad conyugal, la forma de indexar una pensión cuantiosa, la dosimetría de la pena impuesta a un sindicato, la naturaleza de un contrato (si es estatal o privado), el carácter de trabajador oficial o empleado de un servidor público, etc. En apariencia esta doctrina del “panconstitucionalismo” —todo el universo jurídico está contenido en la Constitución— enriqueció la jurisdicción constitucional. En realidad ha generado confusión, concentración y desequilibrio de poderes. Lo cual hace recordar a GÓMEZ DÁVILA cuando sentenciaba: «La exuberancia suramericana no es riqueza, sino desorden». [...] Bastaría, entonces, con volver a circunscribir la tutela contra sentencias al amparo del núcleo esencial de los derechos fundamentales y, ojalá, sólo al del debido proceso. Todos los demás aspectos de un fallo judicial pertenecen a esa sabia y muchas veces milenaria elaboración del derecho ordinario —con su propio «órgano de cierre»— y no hacen parte del reino de los constitucionalistas”, [en línea]. Disponible en <http://www.elespectador.com/columna-tutela-contra-tutela> [consulta 23 de febrero de 2009].

Así, entonces, la sobreconstitucionalización, empleada como categoría de los críticos de la constitucionalización, conduce rápidamente a la exigencia de una infraconstitucionalización. Allí aparecen, constituyendo el enlace, el razonamiento *de la tradición*, el razonamiento *de la imposibilidad* y el razonamiento *del contenido*.

El primer tipo de razonamiento agrupa todos aquellos argumentos orientados a señalar que las instituciones del derecho privado y, en particular del derecho civil, ostentan un contenido y una lógica propios históricamente forjados que impiden la intervención de categorías constitucionales. Así, por ejemplo, SILVA ROMERO ha precisado que la justicia distributiva que se anuda a las normas de derecho fundamental es incompatible con la idea de justicia conmutativa vinculada con el derecho del arbitraje comercial. El derecho constitucional y el derecho comercial resultarían incompatibles en su funcionamiento y, sus pretensiones, serían irreconciliables:

“21. En realidad de verdad, la justicia distributiva solamente puede ser aplicada en una sociedad en la que «alguien» esté autorizado a repartir honores y bienes entre sus miembros de conformidad con los méritos de estos. En una sociedad civil nacional, el Estado —sobre todo si éste es un Estado “Social” o “Providencia [...]”— está llamado a hacer aplicación de la justicia distributiva y por ende a repartir bienes y honores entre los ciudadanos según los méritos de estos últimos. En la arena del comercio internacional —terreno de privilegio del arbitraje internacional—, por el contrario, no existe nadie que parezca autorizado a aplicar una justicia distributiva y a repartir bienes y honores entre los comerciantes internacionales de acuerdo con los méritos de éstos. En términos de filosofía política, los mercaderes internacionales coexistirían, bien o mal, moral o inmoralmemente, en una suerte de «estado de naturaleza» [...].

”[...]

”30. Con todo, el arbitraje internacional y el constitucionalismo de los derechos nacionales latinoamericanos colisiona en razón de los diferentes tipos de justicia subyacentes al uno y al otro. [...]”¹⁰.

¹⁰ EDUARDO SILVA ROMERO, “De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina”, en *Constitucionalización del derecho privado*. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, págs. 348 y 350. Allí mismo advierte: “En definitiva, la justicia distributiva propia de los derechos fundamentales/constitucionales —al ser aplicada al arbitraje internacional— colisiona con la aplicación de la justicia conmutativa o correctiva de la *lex mercatoria* [...]”. *Ibidem*, pág. 347.

Si se abstrae la anterior línea de argumentación puede indicarse que, según el autor, el discurrir de las relaciones entre particulares no puede encontrarse vinculado a pretensiones distributivas ajenas a su filosofía. Será el Estado quien se ocupe de ello. De esta manera, la actuación de la jurisdicción de tutela orientada a establecer, por ejemplo, obligaciones de contratación a cargo de agentes económicos particulares, resultaría incompatible con el *fundamento* del derecho privado.

También anclados en el razonamiento *de la tradición* se presentan argumentos que invocan *la institucionalidad clásica* con el propósito de aislar del impacto constitucional determinados asuntos. Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ ESPITIA indica lo siguiente al referirse a la interpretación de la Corte Constitucional en relación con la extinción de dominio:

“En desarrollo de las reglas constitucionales se han expedido sendas leyes [...] que han sido objeto de examen por la Corte [...] quien en una decisión compleja, expuso criterios que comportan el desconocimiento de instituciones tradicionales del derecho civil como la prescripción y la adquisición de derechos, lo cual puede explicarse por la necesidad de dejar vigente el texto constitucional sin excepciones, pero que genera confusión y dudas frente al derecho civil clásico”¹¹.

El argumento de la tradición ordinariamente se encuentra asociado a la idea de que la codificación del derecho privado está protegida por una clase de *presunción de exquisitez y corrección* que hace que sus categorías resulten inexpugnables y que, en caso de producirse una intervención sobre ellas, esta deba mirarse con desconfianza.

El razonamiento *de la imposibilidad* comprende todas aquellas líneas de argumentación que señalan una especie de restricción metodológica

¹¹ JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA, “Protección de la propiedad”, en *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains*, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, págs. 215 y 216. Es importante advertir no obstante el contexto en el que se hace esta cita, que RODRÍGUEZ ESPITIA no se opone absolutamente al proceso de constitucionalización sino que, advierte la necesidad de dejar a salvo las instituciones tradicionales. Es por ello por lo que en el texto referido concluye: “El derecho de propiedad hoy es definido, orientado y regulado a partir de textos constitucionales. El reto de los académicos, jueces, abogados en ejercicio y autoridades públicas, es la aplicación de las normas del derecho civil a la luz de los postulados de la Carta, procurando la realización de los fines, principios y valores fundamentales, sin que ello implique el abandono de instituciones clásicas que igualmente son necesarias en la construcción de relaciones comunes. En este contexto, los institutos del derecho civil, sin perder su esencia, se amalgaman con este nuevo fenómeno, adquiriendo una nueva orientación y contenidos”. *Ibidem*, pág. 220.

del derecho constitucional que hace reprochable el uso de normas constitucionales o de argumentos fundados sobre ellas, en el abordaje de cuestiones de derecho privado.

Así, por ejemplo, NAVIA ARROYO ha expresado lo siguiente al examinar la eventual influencia de la Constitución en la interpretación y alcance del régimen de responsabilidad civil:

“Como gran conclusión de este trabajo, podríamos afirmar que la responsabilidad civil no requiere, ni ha requerido, para construirse y evolucionar, del apoyo de normas constitucionales. Que si bien, es innegable una tendencia a la constitucionalización de la misma, las normas superiores son de tal modo generales, que el impacto sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad es mínimo. Y que, en ocasiones, de manera muy puntual, la constitucionalización podría poner trabas al adecuado desarrollo de la responsabilidad, incluso llegar a eliminar conquistas aparentemente irreversibles, como ocurre, por ejemplo, en los casos de dilucidación del concepto de daño antijurídico y de precisión del alcance del inciso final de la disposición que regula las acciones colectivas (respectivamente, artículos 90 y 88 de la Constitución Política de 1991)”¹².

DE JESÚS O., en una línea semejante y después de referir los efectos de la constitucionalización advertidos por FAVOREU, indica:

“Ante estos tres efectos, me limitaré [a] formular algunas reflexiones en base a las experiencias latinoamericanas que han sido mencionadas. Sobre la supuesta modernización: ¿la modernización del derecho le corresponde al juez constitucional o al legislador? Si pudiera admitirse una tarea en cierto modo compartida ¿cuáles son los límites? Y sobre todo: ¿quién impone los límites? En cuanto a la unificación del derecho, la propuesta teórica suena interesante, pero la práctica de muchos países latinoamericanos ha demostrado que muchos jueces constitucionales simplemente utilizan la Constitución para resolver el caso concreto sin entrar ni siquiera a ver lo que establecen las leyes formales. Entonces, ¿unificación del derecho o aplicación directa de las normas constitucionales sustituyendo la ley formal? El argumento de la simplificación es el que me resulta más incomodo porque muchas veces que me encuentro interpretaciones constitucionales como preámbulo para la solución de un conflicto privado me da la impresión de que la alusión a las normas

¹² FELIPE NAVIA ARROYO, “Constitucionalización y responsabilidad en Colombia”, en *Constitucionalización del derecho privado*. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, págs. 504 y 505.

constitucionales se hace simplemente para disimular el desconocimiento del derecho de los contratos, de los bienes, de la familia o del arbitraje y darle una apariencia o fachada jurídica a la motivación de sus sentencias”¹³.

Una perspectiva asociada al razonamiento de la imposibilidad se encuentra en textos en los que se plantean preguntas cuyas respuestas, no obstante que han sido formuladas en diferentes tratados dogmáticos, se echan de menos deliberadamente. Así, por ejemplo, MANTILLA ESPINOSA presupone un desorden incontrolable con el empleo de las categorías constitucionales:

“El objetivo que persigo con este breve análisis es simplemente tratar de poner de relieve una situación de incertidumbre respecto del significado y del uso de ciertas palabras muy comunes dentro del lenguaje del derecho constitucional contemporáneo.

”Sin embargo, después de este ejercicio, quedan aun varios interrogantes por resolver con relación a la utilización efectiva en la práctica de los vocablos en cuestión: ¿cómo se aplica la Constitución a las relaciones entre particulares?, ¿cuáles son los principios constitucionales?, ¿y cómo se identifican, interpretan y aplican? [...]”¹⁴.

La indeterminación de los enunciados constitucionales, su generalidad, la necesidad de evaluar su realización mediante el juicio de propor-

¹³ ALFREDO DE JESÚS O., *El arbitraje entre...*, pág. 398.

¹⁴ FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, “La «Constitucionalización» del derecho privado”, en *Constitucionalización del derecho privado*. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco—latino—américains, Bogotá, Universidad Externado, Universidad del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007, pág. 37. Es significativo en la construcción del argumento el aparte que MANTILLA formula al final de su trabajo. Dice: “Antes de terminar, quisiera hacer una acotación final: es muy importante que se defina claramente quién y cómo se va a responder a estas preguntas, ya que, de lo contrario, nos podríamos ver en situaciones como las que vivió la pequeña Alicia cuando tuvo su encuentro con Humpty Dumpty, en su célebre cuento de Lewis Carroll: «No sé qué quiere decir con ‘gloria’. —Humpty Dumpty sonrió desdeñosamente. —Por supuesto que no... hasta que yo te lo diga. ¡Quise decir ‘debe ser un argumento aplastante para ti!’ —Pero ‘gloria’ no significa ‘un argumento aplastante’ —objetó Alicia.

—Cuando yo uso una palabra —dijo Humpty Dumpty, en tono algo despectivo—, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique [...] ni más ni menos. —El asunto es —dijo Alicia—, si usted puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas. —El asunto es —replicó Humpty Dumpty— quién es el maestro aquí... eso es todo» [...]”.

cionalidad¹⁵, entre otras, son preocupaciones metodológicas que se plantean en relación con la constitucionalización del derecho privado dado que tal disciplina tendría sus propios cánones de argumentación apoyados, por ejemplo, en las pautas del Código Civil y en la mayoritaria conformación de sus estatutos mediante normas con estructura de regla. La invocación del problema metodológico se encuentra vinculada al respeto de esquemas hermenéuticos que exigen la satisfacción de estándares apropiados de seguridad jurídica, garantizados por reglas de interpretación incorporadas en textos positivos y que se perderían en el seno de procedimientos irracionales e incontrolados como la ponderación.

Finalmente, el razonamiento *del contenido* comprende todas aquellas posturas que consideran determinadas materias como constitucionalmente irrelevantes y, por ello, plantean una especie de abstinencia constitucional respecto de las mismas. Allí se inscriben los planteamientos que señalan la imposibilidad de restringir la autonomía de la voluntad a partir de disposiciones constitucionales o por parte de la jurisprudencia constitucional, las orientadas a advertir que un determinado debate se encuentra agotado por el contrato celebrado entre las partes entre quienes se plantea la cuestión constitucional o aquellas que, por ejemplo, atribuyen un margen de configuración excesivamente amplio a otras autoridades con el propósito de disciplinar o interpretar los problemas regulados por normas de derecho privado.

La manifestación de esta perspectiva se aprecia con particular intensidad, por ejemplo, (i) en la defensa que plantean determinados agentes privados o públicos en los casos en los que, por ejemplo, se discute si existe la obligación de establecer un determinado vínculo contractual¹⁶,

¹⁵ La dogmática del juicio de proporcionalidad es consciente de los debates alrededor de la posibilidad de extender o no la totalidad del juicio de proporcionalidad a conflictos existentes entre dos titulares de derechos fundamentales. En particular se plantea el problema de si el juicio de adecuación y necesidad deben o no estar presentes en tales casos o solamente cuando se trate de restricciones a normas de derecho fundamental —que protegen a los particulares— impuestas por el Estado. Sobre el particular puede consultarse GLORIA PATRICIA LÓPERA MESA, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares”, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, Bogotá, Universidad Javeriana-Diké, 2008, págs. 293-325.

¹⁶ Tal era el argumento del banco en la sent. T-763 de 2005 —el caso del pastor—. En la formulación de su defensa la entidad bancaria privada advertía que *en ausencia de norma expresa que rija una determinada fase del negocio, las normas que imponen la libertad contractual se aplican en todo su esplendor*. En la sent. T-517 de 2006 la defensa de una de las aseguradoras demandadas se apoyó en el argumento que, como sigue, cita la Corte: “Para sustentar la no obligación de asumir el riesgo, el representante cita el artículo 1056 del Código de Comercio según el cual, salvo las restricciones lega-

de comportarse de conformidad con el deber de solidaridad impuesto por la Constitución¹⁷ o de incorporar determinadas reglas de comportamiento en los reglamentos de organizaciones privadas¹⁸ y (ii) en el tipo de argu-

les, el asegurador, a su arbitrio, podrá asumir todos los riesgos a que estén expuestos, el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado. La decisión que tome la aseguradora la puede tomar en el marco de la autonomía de la voluntad que rige los contratos entre particulares”.

¹⁷ Este tipo de razonamiento se desprende, por ejemplo, del pronunciamiento del juez de primera instancia —Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá— en el caso examinado en la sent. T-520 de 2003 que abordó, entre otras cosas, la exigibilidad del deber de solidaridad en la etapa de ejecución de un contrato de mutuo. La Corte Constitucional resumió así uno de los argumentos del mencionado juez: “Afirma de otra parte que las entidades bancarias tienen pleno derecho de cobrar los saldos insolutos de sus créditos. Ni en los documentos suscritos por el demandante, ni en la ley, está previsto que un suceso de secuestro pudiera oponerse como excepción al cobro ejecutivo de una obligación. Por el contrario —continúa—, el juez de tutela no puede inmiscuirse en cuestiones atinentes a divergencias contractuales, las cuales deben ser resueltas entre las partes, y no existe prueba de que el demandante haya hecho solicitud alguna a los bancos demandados para cambiar los términos del contrato”.

¹⁸ Uno de los argumentos centrales del Club Los Lagartos frente al reclamo constitucional formulado por una persona cuyo hijo no había sido admitido como “hijo de socio” fue presentado así por la Corte Constitucional en la sent. T-433 de 2008: “Por último señala que el juez de tutela no puede pretender modificar las normas que rigen la actividad del club —aquellas contenidas en los estatutos— y que fueron el fundamento de la negativa de incluir al hijo del demandante como socio, sin que por esa vía se afecte el derecho de asociación de los demás socios que, *«con su voto, expresaron su decisión de aprobar las reglas reflejadas en los estatutos. El juez de tutela no puede llegar entonces al extremo de adoptar decisiones en contra del querer de una comunidad autónoma y organizada que ha optado por unas reglas determinadas y las ha aprobado observando los mecanismos que ella misma ha fijado para tal efecto»*[...]”. Argumento semejante, transcrito por la Corte Constitucional en la sent. T-853 de 2004, fue el presentado por la rectora de un colegio privado al exponer el fundamento de su determinación de excluir del colegio a una estudiante que había contraído matrimonio: “[...] 1. En la presentación general del Manual de Convivencia dice: «El colegio de la Sagrada Familia, es una sociedad privada, independiente, dedicada a la formación de niñas y señoritas» [...] 2. La filosofía del Colegio desde uno de sus principios, el de trascendencia, responde a los ideales de la Iglesia Católica, por lo que promueve una pedagogía de valores que rescate, acentúe y suscite valores en la persona-comunidad, sujeto de su propio desarrollo, para que asuma desde la vivencia de evangelio su compromiso histórico y trascendente [...] 3. En el apartado de normas generales, derechos y deberes, pág. 39 núm. 1, para referirse a los derechos de la estudiante expresa: «Recibir una formación integral de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, con un enfoque integral y de carácter confesional católico». Y en cuanto a los deberes, en la pág. 41 núms. 3 y 4, expresa: «Aceptar al firmar la matrícula la filosofía y la confesionalidad del colegio». 4. La conducta de la estudiante Espinosa violó el reglamento del colegio en su parte de deberes [...] El aceptar la estudiante, con estas infracciones estaríamos violando el derecho fundamental del resto de las alumnas a ser educadas en la filosofía y principios fundamentales y orien-

mentos formulados por los jueces de la jurisdicción ordinaria al definir si la acción de tutela es procedente para debatir asuntos vinculados con cuestiones de derecho privado¹⁹.

De esta manera, el alegato de una Constitución que conduce a la sobreconstitucionalización se apoya en diversas estrategias que podrían entonces agruparse en competenciales y materiales.

Así se construye el detonante que activa la exigencia de infraconstitucionalización. El minotauro, una especie de dos cabezas debidamente compactas, hace su aparición.

tación Católica que desarrolla el colegio en el Reglamento o el Manual de Convivencia. 5. De acuerdo con el carácter propio de la Institución, los padres y/o acudiente y la estudiante, aceptan la filosofía y principios fundamentales y se comprometen a rescatar y cumplir sus orientaciones [...]. 6. Teniendo en cuenta la situación que presenta la joven Cristina Espinosa Salinas, como ya se expresó al principio, considero suficientes las razones para no aceptar su matrícula para el curso lectivo del presente año 2004”.

¹⁹ Es paradigmática, en este sentido, la indicación del juez de segunda instancia en el caso resuelto por la sent. T-533 de 1996, que al determinar si era procedente la acción de tutela contra una empresa de medicina prepagada indicó lo siguiente —según memoria la sentencia de la Corte Constitucional—: “De acuerdo con la sentencia de segundo grado, la negativa de ‘Colsanitas’ a cubrir el tratamiento quirúrgico exigido encontraba pleno asidero en el convenio suscrito por los contratantes, por lo cual «no se ve cómo puedan estar vulnerados los derechos de la accionante, los que, precisamente, derivan del referido contrato» [...]”. Igualmente, en el asunto resuelto por la Corte Constitucional en la sent. T-1072 de 2000 en el que se debatía si constituía o no una vía de hecho judicial no acepte como excepción cambiaria, a la luz del art. 784 del C. de Co., la consistente en el incumplimiento del trámite necesario para la firma de los ciegos contemplado en el art. 828 del C. de Co. considerando el deber constitucional de proteger a personas en situación de debilidad, la Corte Suprema de Justicia al señalar que se trataba de una interpretación razonable indicó: “La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de enero 20 de 2000 decidió revocar el fallo de primera instancia, denegar el amparo solicitado por el accionante y en consecuencia dejar sin efecto todas aquellas decisiones que se hubieren tomado con base en la sentencia de primera instancia. [...] Estableciendo una diferencia entre una providencia sin fundamento jurídico y aquella en que, aun cuando errada, se apoye en criterios jurídicos, afirma que, sólo la primera constituye una vía de hecho susceptible de ser atacada mediante la acción de tutela. El que la decisión sea o no la más adecuada es un problema que debe decidirse a través de las facultades que el proceso mismo brinda a las partes, en particular, la de impugnar. [...] En el presente caso, afirma, el accionado optó por acudir a una interpretación sistemática de la legislación mercantil que, independientemente de que otros jueces la compartan, es una «vía de Derecho». Por lo tanto, concluye la H. Corporación, la decisión que se pretende controvertir no es una vía de hecho y, en esa medida, escapa el ámbito de protección de la acción de tutela”. Adicionalmente, la postura de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como juez de segunda instancia en el proceso que concluyó con la sent. T-1072 de 2000 (el caso del avalista ciego) refleja una pretensión de desconstitucionalización de una controversia cuya relevancia constitucional destacó con fuerza, posteriormente, la Corte Constitucional.

El argumento sobreconstitucionalización-infraconstitucionalización no parece ser defendido, en general, por aquellos que están interesados en la incorporación efectiva de los contenidos del derecho constitucional en el derecho ordinario y, en particular en el derecho privado. Por el contrario, la idea de que la jurisprudencia constitucional ha sobreconstitucionalizado el derecho privado es un argumento usado por algunos de los críticos de la Corte Constitucional y partidarios, posiblemente, de una estrategia dirigida a la desconstitucionalización. Tal razonamiento cumple una función negativa y a él pueden reconducirse gran parte de las posturas críticas frente al influjo de la Constitución en el derecho ordinario. Tal función negativa es satisfecha con potencia si se tiene en cuenta que incorporar el argumento de la violación del principio democrático, del principio de independencia judicial, de la coherencia o del principio de la autonomía de la voluntad —puestos en riesgo con la sobreconstitucionalización— puede llegar a tener gran eficacia. Dicha función negativa se asocia, en consecuencia, con el uso descriptivo del argumento de la sobreconstitucionalización dado que ello permite presentar el proceso de impacto constitucional como desorganizado, excesivo o poco respetuoso de las competencias de cada uno de los órganos del Estado.

Así entonces, de la afirmación de un ordenamiento sobreconstitucionalizado se transita a un ordenamiento en el que la Constitución no puede imponer límites materiales fuertes al derecho privado. La imagen del argumento en la forma en que lo he presentado sería la siguiente:



El programa infraconstitucionalizador puede presentar diferentes modalidades. Se encontrarán las que, añorando la existencia de un derecho constitucional estatal, advertirán que el objetivo jurídico de la Constitución se reduce a la organización del poder del Estado y a los instrumentos de actuación²⁰. Igualmente, podrían inscribirse aquí las posturas que estiman que puede entenderse que el texto de la Constitución reguló, en el sentido de establecer una disciplina jurídica obligatoria, aquellos aspectos enunciados a través de normas con estructura de reglas y que, cuando ello no ocurre, de las normas con estructura de principios, no pueden derivarse mandatos o prohibiciones de ninguna naturaleza²¹. Por ejemplo, algunos señalan, calificándola como la “tesis del camaleón”, que la definición de la iusfundamentalidad de un derecho constitucional es excesivamente abierta y permite, de manera incontrolada, afirmar que cualquier “cosa” es un derecho fundamental. Adicionalmente, aquí se instalan los argumentos que, de antemano, rechazan la posibilidad de que una controversia judicial de derecho ordinario llegue a ser conocida por la jurisdicción constitucional.

Conforme a lo anterior, la distancia entre el reclamo a la sobreconstitucionalización y la exigencia de una infraconstitucionalización es especialmente reducida en Colombia²². Se trata de dos formas de hablar que conducen, en un primer momento, a una crítica del proceso de constitucionalización describiéndolo como excesivo y, a partir de ella, a la fundamentación de un proceso de constitucionalización limitado.

²⁰ Así, por ejemplo, en las distinciones que entre derecho público y derecho privado proponen ediciones cercanas en el tiempo se precisa lo siguiente al referirse a la definición de aquel: “Es el conjunto de normas jurídicas sobre la constitución y organización del Estado, así como las referentes a las relaciones de los poderes públicos entre sí y del Estado con otros Estados o con particulares” (JORGE ANGARITA GÓMEZ, *Lecciones de derecho civil*, Bogotá, Edit. Temis, 2005, pág. 11).

²¹ Encontrar en la actualidad líneas de argumentación que sostengan —de manera absoluta— este tipo de tesis es ciertamente difícil. Sin embargo, lo que sí puede admitirse es que en contextos particulares a los que constitucionalmente se hace referencia mediante normas con estructura de principio, hay una mayor resistencia a concluir que exista una regulación específica de los mismos. En consecuencia, es posible encontrar menos oposiciones a la fundamentación de una regulación constitucional específica en materia de derecho procesal penal —dado que la Constitución establece normas al respecto con un bajo nivel de indeterminación— que, por ejemplo, en materia de derecho comercial —cuya regulación constitucional se despliega a través de normas con una intensa apertura semántica y estructural—.

²² Ello no equivale a decir, desde luego, que desde la perspectiva de la dogmática iusfundamental no exista diferencia alguna. De lo que se trata es de advertir que la línea crítica de aquellos que ven una sobreconstitucionalización ordinariamente los conduce a requerir una infraconstitucionalización.

La posibilidad de una constitucionalización adecuada es la respuesta al planteamiento, desolador, dejado por los infraconstitucionalizadores.

B) *La búsqueda del equilibrio: la constitucionalización adecuada*

Las narraciones descritas sugieren la posibilidad de una narración alternativa que algunos tramos de la jurisprudencia constitucional y algún sector importante de la doctrina aceptan cuando se refieren al efecto de la Constitución en el derecho privado. Tal narración admite, según la formulación de ALEXY, que la Constitución es un orden marco-fundamental cualitativo. Ello significa que el texto constitucional ha resuelto las cuestiones fundamentales de una sociedad pero no todas las preguntas que se suscitan en ella. Ha dicho:

“Una constitución establece un marco dentro del cual puede actuar el legislador, si le prohíbe algo —por ejemplo, mediante los derechos de defensa—, si le ordena algo —por ejemplo mediante los derechos de protección— y si confía los demás a su discrecionalidad, es decir, ni lo prohíbe ni lo ordena. [...] Lo discrecional o lo posible es lo que se ubica dentro del marco; unidos, lo prohibido o imposible y lo ordenado o necesario, conforman el marco. Sobre esta base, el concepto de margen de acción se define de suyo: todo y solo lo discrecional es aquello que conforma el margen de acción”²³.

Esta explicación pretende hacerle frente a la posición maximalista —la Constitución lo decidió todo— y a la posición minimalista —la Constitución no decidió nada o decidió casi nada— para en su lugar proponer que decidió lo fundamental pero no decidió todo. Esta perspectiva incrementa, en contravía de los infraconstitucionalistas, las posibilidades de la jurisdicción constitucional para tratar un mayor número de cuestiones y, en particular, un mayor espectro de problemas de derecho privado²⁴. Sin embargo deja abiertas las discusiones acerca de aquello

²³ ROBERT ALEXY, *Tres escritos...*, cit., págs. 54 y 55.

²⁴ BERNAL PULIDO ha aludido a la forma en que resulta posible a partir de esta comprensión de la Constitución, la delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, de una parte y entre aquella y el legislador, por otra. Ha explicado con una perspectiva marcadamente dogmática: “Por último, quisiera referirme de forma breve a la delimitación de competencias del Tribunal Constitucional frente al legislador y a la jurisdicción ordinaria. En primer término debe reiterarse la idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación no presupone necesariamente la defensa de la tesis de que los ámbitos semánticos de los derechos fundamentales constituyen una Constitución plena, coherente y determinada, así como tampoco que esta Constitución prescribe una única respuesta correcta

que es fundamental, trasladándole tal responsabilidad, según advierte ALEXY, a las teorías materiales de la Constitución.

Esta forma de contemplación puede constatarse en algunas presentaciones generales de la jurisprudencia constitucional mediante el empleo de expresiones que, como “margen de configuración”, “margen de apreciación”, “margen de acción”, “libertad de configuración”, “autonomía interpretativa” o “libertad contractual”, aluden a la existencia de una zona de actuación en la cual es posible la adopción de diversas decisiones que, al mismo tiempo, encuentran sus fronteras en límites que no pueden ser afectados sin violar, al mismo tiempo, la Constitución. No puede desconocerse que los partidarios de la infraconstitucionalización pueden apoyarse también en tal tipo de expresiones; sin embargo la diferencia entre el lenguaje de los *infraconstitucionalizadores* y los *constitucionalizadores adecuados* consistirá en los límites que delimitan el margen de acción.

La que se ha denominado constitucionalización adecuada no admite la sobreconstitucionalización al tiempo que se opone, definitivamente, a la infraconstitucionalización. Esta búsqueda de una especie de punto medio se ha vinculado a intensos esfuerzos por determinar cuáles son los límites a los que se encuentra sometida la adopción de decisiones en determinadas materias²⁵.

“Todo ello obliga al civilista a mantener su mirada permanentemente atenta a la Constitución, pues el conocimiento y estudio de la misma es

para cada caso. Una parte muy importante de la teoría de los derechos fundamentales como principios es la dogmática de los márgenes de acción [...]. Se reconoce que la legislación no es una mera aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización. Las disposiciones de los derechos fundamentales no ordenan ni prohíben nada, ni siquiera implícitamente para muchos casos. [...] Y allí en donde la Constitución nada prescribe, el legislador tiene competencia para decidir. [...] Algo similar debe decirse con respecto a la relación entre los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. En muchos casos, las disposiciones de derecho fundamental son indiferentes frente a la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria” (CARLOS BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009, págs. 116 y 117).

²⁵ En algún sector de la doctrina se hace constar, en ocasiones y en la línea de admitir un proceso *adecuado* de constitucionalización, un esfuerzo por profundizar los diálogos entre el derecho constitucional y el derecho civil. Así, por ejemplo, puede consultarse SERGIO MUÑOZ LAVERDE, “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo contemporáneo”, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado*. El debate, Bogotá, Universidad Javeriana-Dike, 2008, págs. 249-295.

punto de partida necesario en el análisis de toda la materia civil. Incluso, se llega a reclamar la elaboración de un estudio general del denominado «derecho civil constitucional»²⁶.

Así, por ejemplo, el reconocimiento de la existencia de más o menos amplios márgenes de acción o de apreciación se traduce en el reconocimiento, por la jurisprudencia constitucional, de la necesidad de adelantar juicios más o menos estrictos. En esta medida podría entenderse que una de las manifestaciones más claras de la constitucionalización adecuada se traduce en la determinación de que todo límite a una norma constitucional con estructura de principio debe ajustarse al principio de proporcionalidad. El asunto se encontrará más constitucionalizado en aquellos casos en los que su examen debe transitar las exigencias de un juicio estricto al paso que lo estará menos si, para afirmar su constitucionalidad, basta que supere el denominado juicio débil. En este aspecto es determinante la forma como se ha ido construyendo una dogmática judicial alrededor de los ya referidos márgenes de acción y que, por ejemplo, han adoptado criterios específicos como el de inconstitucionalidad manifiesta²⁷.

La doctrina constitucional que se ha ocupado de definir las condiciones bajo las cuales es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, ha establecido la existencia de un margen de acción a favor de la jurisdicción ordinaria cuyo límite se encuentra en la prohibición de incurrir en defectos que impliquen una decisión desconectada del ordenamiento jurídico. Así, en la sentencia T-1222 de 2005 —caso Avianca—, cuyos fundamentos habrían de ser recordados en la sentencia T-286 de 2007 en la que se debatían las determinaciones adoptadas en un proceso ejecutivo, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“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

²⁶ EUGENIO LLAMAS POMBO, *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009, pág. 119.

²⁷ Para una recopilación y organización sobre el particular puede consultarse el trabajo, no publicado y elaborado por YIRA NOHELIA LÓPEZ CASTRO, ANDREA SÁNCHEZ NARVÁEZ y ALEJANDRA CUEVAS en la línea de investigación en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario, acerca del uso de las categorías asociadas a la dogmática de los márgenes de acción en cuestiones de derecho comercial y derecho civil.

disolviendo con ello las fronteras competenciales en virtud de las cuales se estructura el sistema de justicia en Colombia. En efecto, tal y como la Corte lo ha reiterado, la Constitución consagra una separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, y les confiere a los jueces civiles u ordinarios autonomía funcional para interpretar las normas legales (C. P., arts. 230, 234 y 239). Por esta razón, salvo que se trate de definir una cuestión constitucional *iusfundamental*, no es competencia del juez de tutela fijar el sentido autorizado de los textos legales [...].

”No sobra recordar que la arbitrariedad de una interpretación surge cuando la conclusión que el intérprete obtiene de la norma aplicada no puede derivarse del contenido de esta al amparo de ningún método razonable de interpretación jurídica. Se trata, como ya se ha mencionado, de una interpretación que tiene como único fundamento la mera voluntad o capricho del juzgador. Procede la Corte a determinar si ese es el caso del auto impugnado”²⁸.

Estos límites no han sido aceptados por todos los agentes públicos relacionados con tal cuestión. Así, por ejemplo, en el trámite seguido en la acción de tutela en el caso Avianca, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia indicó, según lo recordó la sentencia T-1222 de 2005, que el juez de tutela “no puede inmiscuirse en el trámite de un proceso que revistió todas las formalidades de su rango, para dejar sin efecto la decisión cuestionada, máxime cuando las consideraciones fácticas y jurídicas que se hicieron en ambas instancias para concluir que la acción había caducado son razonables, lógicas y fundamentadas en disposiciones legales vigentes”.

La posición de infraconstitucionalización en este específico asunto se hace evidente en la primera parte del argumento de la Sala Laboral. Tal razonamiento ostenta matices claramente competenciales si se tiene en cuenta que la molestia fundamental se hace radicar en la inadmisibles interferencia del juez constitucional en las determinaciones adoptadas por el juez ordinario en cuya cabeza se encontraría radicada la facultad de interpretar la ley ordinaria²⁹.

²⁸ En esa oportunidad la Corte Constitucional estimó que no constituía vía de hecho la decisión de un juez de estimar aplicable a las acciones de responsabilidad extracontractual por accidente aéreo el término de caducidad de la acción contemplado en el artículo 29 del Convenio de Varsovia.

²⁹ Camino diferente parece haber seguido la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, luego de aceptar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, negó la solicitud formulada dado que no se evidenciaba una interpretación irrazonable del asunto.

La fijación de márgenes de acción no solo se traduce en el otorgamiento de poderes de configuración al Congreso o de interpretación a los jueces, sino también en la definición de un ámbito de autorregulación de los particulares en virtud de la autonomía privada. La manera en que ello ocurra es fundamental en la explicación del proceso de constitucionalización del derecho privado si se toma en cuenta que tal proceso y la crítica de que puede ser objeto se relacionan, fundamentalmente, con el hecho de que la constitucionalización se traduce, ordinariamente, en la definición de intercambios forzosos entre agentes privados.

La jurisprudencia constitucional relacionada con la autonomía de la voluntad ha empleado, al menos, las siguientes dos estrategias. De una parte, le ha otorgado un fundamento constitucional poderoso apoyando su existencia y defensa en disposiciones referidas al derecho a la personalidad jurídica —en tanto facultad de contraer obligaciones y adquirir derechos—, al derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de asociación, a la propiedad privada, a la libre iniciativa económica y a la libertad de empresa. Una vez conferido tal apoyo, la jurisprudencia de la Corte se ha ocupado de *reconfigurar* su alcance adscribiéndole a su ejercicio específicas finalidades constitucionales —garantía, por ejemplo, de los derechos de grupos especialmente protegidos— e imponiéndole límites constitucionales —por ejemplo, a partir del deber de solidaridad o de la prohibición constitucional del abuso de derechos—³⁰. De otra, la Corte ha empleado estrategias interpretativas orientadas a definir la existencia de una relación de precedencia *prima facie*³¹ a favor de la autonomía de la voluntad de manera tal que quien pretenda restringir la capacidad de elección de un agente privado —en tanto autorización para elegir si se contrata o no y, en caso positivo con quién y en qué condiciones— deberá demostrar que existe un argumento suficiente para ello. Esta estrategia interpretativa es significativa si se tiene en cuenta que la Corte la sostuvo de manera explícita en un caso en que se encontraba en juego la libertad contractual de un agente bancario:

“Conforme a los citados argumentos, la Corte ha sostenido que la autonomía de la voluntad privada de las entidades financieras se debe imponer como *regla general*, al momento de decidir acerca del acceso, con-

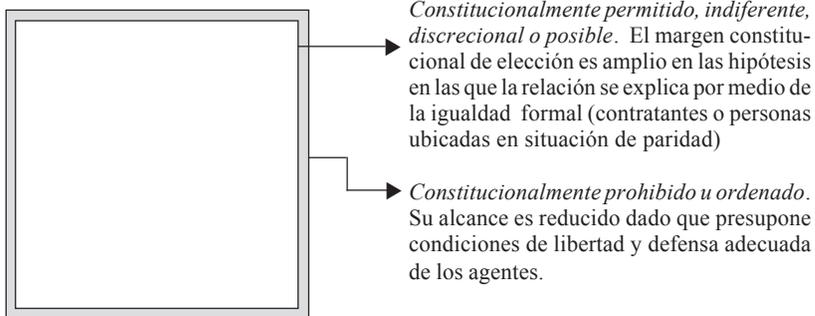
³⁰ En esta dirección, son conceptualmente importantes las sents. T-520 de 2003 y T-468 de 2003.

³¹ Una relación de tal naturaleza supone afirmar que, en ausencia de razones suficientes para invertir la relación, deben preferirse —como mandato definitivo— las consecuencias del principio que precede.

tenido y prestación de los servicios bancarios, en aras de preservar el interés general de los ahorradores y mantener la estabilidad económica y social de dicho sector de la economía”³².

De acuerdo con lo anterior puede advertirse que al menos en su planteamiento, la constitucionalización judicial de la autonomía de la voluntad en tanto categoría central para el derecho privado, ha envuelto la conservación de un marco que permite la actuación de los particulares. La amplitud del marco tiene diferentes matices y ha dependido del tipo de relación anotándose, por ejemplo, que en situaciones de desigualdad material las restricciones se incrementan, al paso que ocurre lo contrario cuando se trata de relaciones que pueden explicarse adecuadamente desde la perspectiva de la igualdad formal³³.

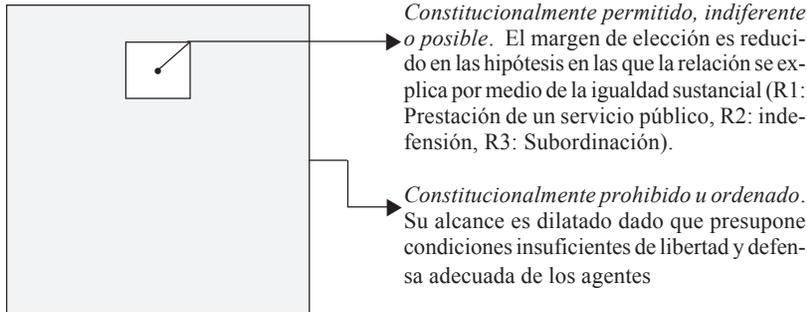
• *Bajo nivel de constitucionalización de la actividad privada*



³² Sent. T-468 de 2003, Sala Quinta de Revisión, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³³ Así ocurrió en la sent. T-222 de 2004. Otras estrategias se han orientado a establecer canales interpretativos para la constitucionalización de las controversias contractuales. Por ejemplo, en la sent. T-240 de 1993 la Corte Constitucional advertía lo siguiente refiriéndose a la posibilidad de constitucionalizar una controversia contractual suscitada entre una agencia de publicidad y una asociación de diarios: “La obligada interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución, sus valores y principios fundamentales, no obra en las normas una metamorfosis de su rango normativo deviniendo ellas mismas constitucionales. Salvo el caso de las materias y de los presupuestos materiales tratados en la Constitución, deducibles de la misma o que pueden comprenderse razonablemente en sus cláusulas abiertas, por lo demás la relevancia de la Constitución es general y su contenido normativo dotado de particular fuerza expansiva debe proyectarse efectivamente sobre todo el ordenamiento y permearlo, pero ello no puede traducirse en restar pertinencia a las fuentes normativas inferiores ni vaciar sus presupuestos de actuación. Lo contrario equivaldría a sobrecargar la dimensión constitucional y la jurisdicción de este nombre, olvidando que todos

• *Alto nivel de constitucionalización de la actividad privada*



Es necesario hacer una precisión importante. No puede admitirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentre controlada por o controle absolutamente el discurso de la constitucionalización adecuada. Igualmente, no es posible dejar de sostener que el empleo de las categorías del discurso de la constitucionalización adecuada puede haber obedecido a pretensiones de sobreconstitucionalización o de infraconstitucionalización. Ello es innegable. Así, por ejemplo, en algunos casos habrá reconocido la existencia de reducidos márgenes de acción de los agentes privados³⁴ al paso que, en otros, se habrá mostrado dispuesta

los jueces están vinculados por la Constitución y todas las normas deben interpretarse de conformidad con su texto, sus valores y principios”. En la sent. T-423 de 2003 la Corte indicó, para estos efectos, la necesidad de distinguir entre derechos patrimoniales y derechos fundamentales con el propósito de definir la posibilidad de constitucionalizar, en un sentido fuerte, una disputa contractual.

³⁴ La sent. T-1165 de 2001, al menos en su fundamentación, puede ser considerada como un intento de sobreconstitucionalización del derecho de seguros. Allí la Corte Constitucional adoptó la decisión de obligar a una aseguradora privada a celebrar un contrato de seguro de vida requerido para amparar el riesgo de muerte de dos personas que padecían VIH y que lo requerían para acceder a un crédito hipotecario. Advirtió la Corte: “De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de vih, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento

a otorgar competencias casi ilimitadas en asuntos que podrían justificar una intervención constitucional intensa.

La constitucionalización del derecho privado y, por esa vía, de la autonomía de la voluntad no se tranquiliza con esta propuesta. La disputa por la limitación o la ampliación de la constitucionalización adquiere una potencia inédita y se expresa en el litigio constitucional de diferentes formas. Una de ellas que tiene su fuente en la pretensión desconstitucionalizadora es el alegato en contra de la reconfiguración judicial de la autonomía de la voluntad. La otra, que es una especie de réplica de los dirigentes de la constitucionalización profunda se presenta en el sermón de la desconfianza.

Echemos un vistazo a estas expresiones. Permitirán alentar la idea de la lejanía de un acuerdo.

C) *El alegato en contra de la reconfiguración judicial de la autonomía de la voluntad y el sermón de la desconfianza*

La constitucionalización del derecho privado tiene un reflejo especial en el alcance de la autonomía de la voluntad. Esta constituye, se dice una

to, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación”. Ese resultado se hace constar, adicionalmente, en las siguientes indicaciones de la Corte Constitucional: “En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado cual es la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuándo se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir más rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política (art. 13). [...] Así, la entidad demandada, decidió asumir el riesgo que puede existir en caso de incendio o terremoto, sobre el inmueble que quieren adquirir los demandantes, imprevistos que pueden presentarse o no. Empero, se repite, en forma discriminatoria decide no expedir la póliza de vida, razón por la que surge un interrogante y es ¿el riesgo de suscribir la póliza de vida, es mayor al riesgo que podría presentarse en caso de incendio o terremoto?”. La sobreconstitucionalización se produce, puede decirse, dado que la Corte priva de todo significado la valoración del riesgo en este tipo de casos. En esa medida, la alternativa de elección para asumir un riesgo cuya posibilidad de realización para la sociedad aseguradora es especialmente intensa —alternativa fundamental para la técnica del seguro— es absorbida absolutamente por el derecho a la igualdad apoyándose en una reinterpretación audaz del art. 1065 del C. de Co., advirtiendo que este artículo sólo ofrece al asegurador la facultad de definir el alcance del riesgo asegurable.

y otra vez, la categoría básica del que se denomina ordinariamente derecho privado, es el axioma. La autonomía de la voluntad consigue ampliar poderosamente los canales de intercambio y, así mismo, constituye una expresión poderosa de libertad. Se trata entonces de una categoría especialmente apreciada en el derecho privado y la defensa de su alcance se hace ordinariamente con ardor.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha incidido, a pesar de la resistencia del derecho privado, en la reconfiguración de una autonomía de la voluntad constitucionalizada. La presentación que de ello ha hecho la Corte Constitucional ha tenido como apoyo el contraste entre dos modelos de autonomía de la voluntad históricamente identificables y, seguidamente, la afirmación de los límites constitucionales que cabe imponer en cada uno de ellos.

La distinción entre una perspectiva racionalista y una postura moderna de la autonomía de la voluntad, ha tenido su formulación más completa en la sentencia T-468 de 2003. Allí dijo la Corte:

“Con todo, en un principio se consideraba que la autonomía privada constituía una emanación de la voluntad general —como fuente absoluta e inagotable de todo derecho—, erigiéndose, entonces, en un poder ilimitado y omnímodo de autodeterminación normativa (*concepción racionalista*). Sin embargo, con el surgimiento de los postulados sociales del Estado de Derecho, se relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los terceros (*concepción moderna*)”.

Luego se ocupó de precisar las diferencias constitucionalmente relevantes entre uno y otro modelo:

“En este orden de ideas, la *concepción racionalista* de la autonomía de la voluntad privada, edificada alrededor de los postulados del *Estado liberal*, se manifestaba en las siguientes características: (i) en la existencia de una plena libertad para contratar o no, es decir, nadie podía estar obligado a celebrar un acuerdo de voluntades con otra persona; (ii) la actividad negocial se dirigía exclusivamente a la regulación de los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual; (iii) los individuos podían crear todo tipo de efectos jurídicos, con las únicas limitantes del orden público y las buenas costumbres, y (v) en caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debía estarse a la voluntad de los contratantes, sin que el juez pudiese proceder a determinar otro tipo de efectos jurídicos.

”[...]

”Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) en la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) en el logro o consecución no solo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) en el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) en el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes, y (v) a la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe”.

La posición de la Corte Constitucional —que reconoció algunas de las reorientaciones que desde antes venían gestándose al interior de la dogmática del derecho privado en relación, por ejemplo, con las denominadas cláusulas abusivas, con el papel determinante de la buena fe o con la tensión existente entre los modelos objetivos y subjetivos de interpretación contractual— es especialmente relevante en la cualificación de los fines que se adscriben a la libertad contractual.

La adscripción sugerida vierte en la autonomía de la voluntad una especie de *publificación* que implica que ella no será más una forma de satisfacción de intereses privados —no es solo entonces una forma de autorregulación— sino que el interés público o bienestar común deberá incorporarse como uno de sus propósitos. Lo que resulta en verdad importante es que el interés público o bienestar común no solo obstruye las conductas contrarias a normas imperativas que el legislador ha dispuesto como límites, sino también aquellas actuaciones que se oponen a la exigencia constitucional de alcanzar propósitos iusfundamentales.

A diferencia de algunos de los esfuerzos de las teorías de la denominada eficacia horizontal por buscar un *punto de irrupción* de los derechos fundamentales mediante las cláusulas generales del derecho privado (orden público y buenas costumbres), la jurisprudencia constitucional no se ha atormentado con ello y ha establecido claramente que la autonomía de la voluntad debe respetar no solo los límites negativos que se derivan de los derechos fundamentales (interdicción del exceso) sino también los límites positivos que con ellos se vinculan (prohibición de protección deficiente).

El trazado de esos límites suscita una sensación de ahogamiento por parte de aquellos que amparan su acción en el ampliado margen de la autonomía. No pueden terminar libremente los contratos, no pueden acordar su contenido sin más restricciones que las legales y tampoco pueden

decidir libremente no perfeccionar un acuerdo. Sitiada la tradicional autonomía de la voluntad por un conjunto extendido de restricciones, delimitadas dogmáticamente no desde el derecho privado sino desde el derecho constitucional, se percibe entonces una *intoxicación* que se manifiesta en requerimientos extraños fundamentados en normas especialmente brumosas como lo son las que establecen derechos fundamentales y deberes de conducta.

El envenenamiento se produce no solo por el origen de las restricciones —el derecho constitucional— y por la forma de su fuente —principios y precedentes constitucionales—, sino también por la aparición de elementos hasta ahora de reducida intervención en el derecho privado. La autonomía de la voluntad en la forma en que ha sido comprendida por la jurisprudencia constitucional implica entonces que su ejercicio debe comprometerse con la realización de propósitos igualitarios, redistributivos y orientados hacia el bien común.

Presuponer la igualdad relativa —de todos—, aceptar los requerimientos de la justicia conmutativa y reconocer un interés individual exclusivo, no es ahora una opción si se pretende comprender la autonomía de la voluntad en un escenario de constitucionalización. La reconstrucción de tal concepto a partir del sistema de normas de derecho fundamental y de bienes constitucionalmente importantes hace temblar y sacudir algunas convicciones tradicionalmente sostenidas acerca de la función de la autonomía de la voluntad. Ello es causa de una afectación de las fuentes empleadas para comprender la libertad negocial debido a que no puede creerse ahora, en el mundo intoxicado, que las reglas del Código Civil y del Código de Comercio agotan las disposiciones relevantes para la interpretación de las decisiones privadas.

La desigualdad contractual constitucionalmente relevante, la justicia redistributiva y la satisfacción de intereses colectivos se declaran ahora como parte de la autonomía de la voluntad, lo que implica, entonces, una disminución de los espacios de libre intercambio de los particulares. Es por esto por lo que, como se verá en el capítulo tercero, no pueden los bancos, las aseguradoras y las empresas de medicina prepagada negarse —sin más— a celebrar un contrato. En el desarrollo de la actividad contractual de estos agentes privados están comprometidas, se verá en la jurisprudencia, disposiciones iusfundamentales que, pase lo que pase, deben ser satisfechas³⁵.

³⁵ Con fuerza ello es destacado en la sent. T-140 de 2009: “7.3.2. Desde esta perspectiva [...], previsiones como la continuidad del servicio, el consentimiento informado de los pacientes y los principios de disponibilidad, no discriminación, asequibilidad eco-

El alegato en contra de la reconfiguración de la autonomía de la voluntad y la percepción pesimista sobre la actuación de la Corte forma parte de la creencia en el minotauro sobreconstitucionalización—infraconstitucionalización. No se ve en este proceso, según esa percepción, una demarcación de límites racionalmente controlables. Se ve, por el contrario, un conjunto de intervenciones plagadas de incertidumbre, generalidad y desprecio por la práctica negocial del derecho privado.

Esta fogosa polémica, que bien puede entonces reconstruirse a partir de las tres narraciones de la constitucionalización, hace que este proceso se encuentre cautivo por una especie de reproche mutuo. Ese reproche adquiere una fuerza inusitada cuando se activa, ahora y desde el otro lado, el sermón de la desconfianza.

Podrá ver el lector, en el capítulo siguiente de este trabajo, el constante llamado de los litigantes de derecho privado a que la solución de los problemas planteados se conduzca no solo por medio de la ley y del contrato, sino también por la senda que gobierna la jurisdicción ordinaria. Este llamado, además de inspirarse en razones estratégicas asociadas al tiempo de litigio y a las oportunidades de defensa no afectadas por el carácter sumario de la acción de tutela, constituye una especie de memorándum en contra de la jurisdicción ordinaria.

Aunque el comportamiento de los jueces de tutela en las instancias no siempre ha evidenciado sensibilidad hacia la constitucionalización, sí se encuentra vigente un temor por llevar cuestiones de derecho privado a escenarios de discusión constitucional. El tipo de fuentes que predomina en cada litigio, la retórica judicial que preside la jurisdicción de tutela y los métodos de interpretación allí empleados son factores de riesgo para el litigante de derecho privado³⁶. Aunque se trate de jueces de la ju-

nómica, acceso a la información, aceptabilidad y calidad, entre otros, son exigibles no solo en el marco de los planes obligatorios de salud, sino también en los ofrecidos por la medicina prepagada. Por lo tanto no es constitucionalmente válido sostener que el contenido del derecho de la salud solo es predicable para el caso del sistema general de seguridad social y ajeno a los planes adicionales, con fundamento en la aplicación exclusiva de la legislación civil y comercial [...]”.

³⁶ Esta perspectiva puede comprobarse en la postura de DIEGO LÓPEZ al establecer los rasgos distintivos de lo que él llamó derecho tradicional y derecho nuevo. Dice: “En efecto, la instalación en el sistema jurídico de esta nueva sensibilidad constitucional fue «parcial», en el sentido de que la Corte Constitucional debió compartir escenario con la jurisdicción común que, para todos los efectos prácticos, continuó trabajando dentro de modelos más o menos tradicionales de función judicial. Esta jurisdicción común puede ser definida en bloque, por formación, como «tradicional/positivista». Ello significa, en

jurisdicción ordinaria que actúan como jueces de tutela, la comprensión es diferente según se comporten en una u otra condición.

Así entonces el escape de la jurisdicción constitucional hacia la jurisdicción ordinaria encarna una de las estrategias de desconstitucionalización más invocadas. Los riesgos vinculados a que un problema entre particulares sea atacado bajo concepciones paranormales de la autonomía de la voluntad son repudiados por los agentes privados quienes intentan, entonces, aislar de la jurisdicción de tutela los reclamos que contra ellos se formulan.

Esta desconfianza llega a ser mutua. La jurisdicción constitucional también reniega de las posibilidades de corrección constitucional ofrecidas por los jueces ordinarios. Asusta a la Corte, que un asunto de relevancia constitucional pueda ser dominado por la estrategia del derecho ordinario en caso de ser desechado por la jurisdicción de tutela al existir, por ejemplo, un mecanismo alternativo. Este desasosiego fue claramente puesto de presente en la sentencia T-520 de 2003.

En esa oportunidad a la Corte Constitucional le correspondía definir si el secuestro constituía o no una circunstancia de fuerza mayor que pudiera ser planteada —como excepción cambiaria personal de acuerdo con el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio— en el trámite de un proceso ejecutivo. De tal consideración dependía la procedencia o improcedencia de la acción de tutela. Dijo la Corte:

“En términos abstractos resulta razonable y proporcional imponer la carga de probar que el hecho era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximir al deudor de responsabilidad en materia civil. Sin embargo, en el caso del secuestro esta carga probatoria resultaría demasiado onerosa. Imponerle a un deudor que ha sido secuestrado la carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevista, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado, por diversas razones”.

conjunto, que en su idea de derecho se conserva una rígida dicotomía entre legislación y adjudicación, por un lado, y entre su especialidad funcional (derecho civil, penal, laboral) y las órdenes abstractas del derecho constitucional, por otro. Su definición del derecho, además, concentrada durante años en la defensa del círculo propiedad/contrato/sucesión, los hacía poco sensibles a la tarea de definir y defender nuevos derechos no vinculados a los tradicionales”. DIEGO LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Universidad de los Andes-Legis, 2007, págs. 322 y 323.

Y concluía luego de analizar las condiciones en las cuales opera la fuerza mayor en el derecho ordinario:

“En ese orden de ideas, resulta irrazonable someter a las personas que han sido secuestradas al deber probatorio, propio del derecho ordinario, de demostrar la imprevisibilidad e irresistibilidad de su secuestro, así como su relación causal con el incumplimiento. Ello significaría, en la práctica, la ineficacia del proceso de la justicia ordinaria —en este caso el proceso ejecutivo—, como medio de defensa judicial, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial”.

Discutir el problema bajo el auxilio de las reglas del derecho ordinario impediría comprender la cuestión de una forma constitucionalmente correcta. Por ello, la Corte decidió dejar el asunto en manos de la jurisdicción constitucional y allí, libre del apremio de los estándares conceptuales del derecho privado, podía ofrecer una respuesta compatible con la situación de debilidad manifiesta de la persona secuestrada.

Se trata solo de un ejemplo. La confianza o desconfianza de las jurisdicciones es el resultado de la comprensión que del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado tienen los que participan en sus espacios de lucha: unos agobiados por las posibilidades de sobreconstitucionalización y de neutralización de la autonomía privada; otros intimidados por el riesgo de desconstitucionalización.

El alegato de la reconfiguración y el sermón de la desconfianza son expresiones políticas de la constitucionalización. Más o menos límites a la autonomía de la voluntad, más o menos posibilidades competenciales de la jurisdicción de tutela. Entre esos costados se mueven quienes concurren a la disputa.

2. RECAPITULACIÓN

Las narraciones sobre un derecho privado constitucionalizado son variables. Algunas describen la situación actual advirtiendo que se está en presencia de un derecho sobreconstitucionalizado desencadenando, a partir de allí, exigencias de infraconstitucionalización. Otras promueven la adopción de metodologías guiadas por lo que podría denominarse constitucionalización adecuada.

Estas concepciones acerca del asunto no son siempre explícitas sino que, por el contrario, se encuentran *encubiertas* por diversos argumen-

tos y su identificación resulta importante dado que impactan la práctica efectiva de los agentes afectados por la constitucionalización o, al menos, permiten identificar los conceptos que presuponen sus pautas de pensamiento.

Es claro que, al margen de los efectos de la constitucionalización en los agentes concernidos por ella, pueden encontrarse tres narraciones posibles acerca del proceso de constitucionalización. Su función puede depender del interés de hacer visible una actitud crítica —como ocurre por ejemplo con las narraciones de la Corte Suprema de Justicia advirtiendo la sobreconstitucionalización del proceso—, del interés de conservar un dilatado y casi inexpugnable margen de acción —como ocurre ordinariamente con los agentes privados afectados por decisiones de la Corte Constitucional— o bien de la pretensión de mostrar una intención moderada de la constitucionalización —tal y como se constata, por ejemplo, con el uso de las categorías propias de la dogmática de los márgenes de acción por parte de la jurisprudencia constitucional—.

Estas narraciones se encuentran en la base del pensamiento de jueces, doctrinantes, litigantes y profesores. Su aparición ocurre con diferente intensidad cada vez que se discute un problema de constitucionalización. Los propósitos de su empleo son diversos pero, en general, reflejan una disputa por cerrar o dilatar espacios de acción de autoridades (justicia ordinaria) o de particulares (autonomía de la voluntad). No se trata entonces solo de una disputa de profundos efectos teóricos —como lo es— sino también de enorme relevancia práctica dado que las narraciones de la constitucionalización constituyen las macro-teorías académicas que impactan las micro-teorías de litigantes y jueces.

Quienes participan en el litigio constitucional evidencian entonces la importancia de las narraciones. Ellas ocupan un lugar central en la defensa o en la oposición a los intercambios forzosos patrocinados o promovidos por la jurisdicción de tutela.

CAPÍTULO III

LOS ESCENARIOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: EL CAMINO SEGUIDO PARA LA IMPOSICIÓN DE INTERCAMBIOS FORZOSOS

La jurisprudencia constitucional que pone en evidencia el proceso de constitucionalización del derecho privado en Colombia, puede caracterizarse como la jurisprudencia de los intercambios forzados en ambientes que han pretendido conservar inmunes las instituciones, categorías y normas que hacen posible los intercambios voluntarios¹.

En áreas usualmente controladas por el derecho privado, los efectos específicos de la actividad de la jurisprudencia constitucional, en particular de la jurisdicción de tutela, han consistido en la imposición de intercambios de bienes o intereses cuya circulación pretendía encontrarse precedida de las tácticas de traspaso opuestas a las restricciones. En realidad, la constitucionalización del derecho privado puede entenderse como la fijación de límites a las posibilidades de intercambio libre y, por ello, en el núcleo de los desvelos de sus defensores y enemigos se encuentran las secuelas del proceso en la épica idea de la autonomía de la voluntad.

La constitucionalización constituye también el nido para el empleo de lenguaje jurídico abierto —algunos han indicado lenguaje ético²— por

¹ La definición del derecho privado como escenario de intercambios voluntarios podría asociarse a una visión extendida del análisis económico del derecho, según la cual los intercambios voluntarios son, por definición, eficientes.

² “Los estudios jurídicos están viviendo un auténtico giro ético, es decir, los juristas parecen ocuparse cada vez menos de reglas y cada vez más de principios y valores: en resumen, de ética, entendida como el conjunto de todos los valores prácticos (morales, políticos, jurídicos...). Incluso quien enseña derecho privado o derecho constitucional se encuentra frente al mismo problema que quien enseña filosofía del derecho o teoría del derecho o doctrina [...] de la justicia: por un lado, no puede evitar hablar de valores; por el otro, tampoco se resigna a convertirse en una suerte de propagandista, incluso cuando se trata de valores ampliamente compartidos [...]”. MAURO BARBERIS, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 11.

medio del cual marcha con problemas el derecho privado y su imagen de certidumbre y seguridad. La afectación de la certeza como consecuencia del proceso de constitucionalización ha operado más, siguiendo a ZAGREBELSKY, no como efecto de la alteración de las teorías de la interpretación sino como resultado *del agotamiento de un cuadro de principios de sentido y valor compartidos por la generalidad*³. El explosivo efecto que tiene la constitucionalización en el tipo de valores que se han enlazado a las codificaciones de derecho privado —antes horizonte del derecho político— tiene verdaderos efectos hermenéuticos debido a la aparición de nuevos axiomas —redistributivos o limitantes de la autonomía de la voluntad— incompatibles o inconvenientes para las posturas usuales de comprensión.

Así, las determinaciones que obligan a un banco a celebrar un contrato de cuenta corriente, a una aseguradora a expedir una póliza, a un colegio a suscribir un contrato de prestación de servicios educativos, a una sociedad comercial a celebrar un contrato de suministro de parafina con una persona que considera desleal, a un club social a aceptar como socio a un hijo de una pareja no casada, a una asociación a omitir actuaciones que afecten la condición de quienes han dejado de pertenecer a ella, a una sociedad a responder por las deudas laborales de la sociedad anónima que controla, a la administración de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal a contabilizar los votos por cabeza cuando en el seno de una asamblea se adoptan decisiones no económicas, constituyen indiscreciones en los procesos de intercambio de bienes e intereses y, por ello, la imposición de nuevos valores para la comprensión de esos casos. Tales intervenciones, que se dirigen a diferentes aspectos y fases del negocio, se producen a partir de estrategias fundadas en una comprensión diversa de la Constitución y del Estado.

No se trata, en estricto sentido, de intercambio forzoso de “cosas”. Se trata de transferencia de *intereses*, esto es, de posibilidades de acción específicas que los agentes privados que son forzados, esperaban mantener bajo su control⁴. La injerencia en los intereses es pues, el núcleo central del problema de la constitucionalización del derecho privado puesto que estalla en uno de sus tesoros más apreciados.

³ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, págs. 145 y 146.

⁴ Es posible considerar que esta definición de intereses coincide con el concepto de derechos de propiedad propuesto por el análisis económico del derecho. Según POSNER, los derechos de propiedad son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos. RICHARD POSNER, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 37.

La historia reciente del intercambio forzoso en Colombia se encuentra entonces narrada, en buena medida, por la constitucionalización judicial del derecho privado. Esa historia es contada por diferentes actores. A continuación se presentan tres historias diferentes pero combinadas, en las que sus agentes disputan con intensidad la ampliación y reducción de los espacios de intercambio. Los tres escenarios suscitan cuestiones acerca de los impactos de la constitucionalización judicial en el derecho privado. En ellos se despliegan o hacen evidentes las disputas alrededor de la calificación de un asunto como público o como privado. El intento de afirmar una u otra cosa es central en la arquitectura y en las consecuencias del proceso de constitucionalización.

Para ello entonces se presentan tres ecosistemas constitucionalizados que permiten comprobar la importancia de las disputas vinculadas al problema de si una cuestión es de derecho privado o no lo es. De esta manera se examinará, en primer lugar, el camino que ha seguido la jurisprudencia para la calificación de la actividad bancaria como un servicio público y su reflejo en la autonomía de la voluntad.

A continuación se presentará la línea que ha seguido la jurisprudencia constitucional en el proceso de constitucionalización de controversias referidas a contratos de medicina prepagada y la manera en que ello ha afectado el uso de categorías emparentadas con el derecho privado, en el litigio constitucional.

Finalmente, se abordará el efecto que en la autonomía de la voluntad de las sociedades aseguradoras ha tenido la jurisprudencia constitucional destacando, allí mismo, los desacuerdos que esa jurisprudencia ha suscitado entre los jueces de la Corte.

En cada uno de tales escenarios se presenta el asunto común acerca de las posibilidades de alojar, mediante la constitucionalización y en relaciones vinculadas ordinariamente al derecho privado, formas de intercambio forzoso. La reacción judicial de los agentes privados —bancos, aseguradoras, empresas de medicina prepagada— ante exigencias de tal tipo de intercambios es ordinariamente de oposición y se encuentra acompañada de un señalamiento acerca de que el asunto examinado por la jurisdicción de tutela es, en realidad, un problema de derecho privado, sometido a la ley o al contrato y cuyo despliegue judicial debe ser por intermedio de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, este intento por desconstitucionalizar los ambientes aquí examinados ha tenido reducida recepción en la jurisprudencia constitucional.

Esa reducida recepción ha derivado en un esfuerzo judicial dirigido a la apertura de caminos para la constitucionalización. Ella ha sido po-

sible o bien definiendo que el desarrollo de actividades por los bancos o por las empresas de medicina prepagada constituye la prestación de un servicio público, o bien estableciendo que las relaciones con las sociedades aseguradoras son de indefensión. Tal argumentación permite una intensa actividad de iusfundamentalización de las pretensiones. En todo caso, hacer constar las diferencias *artificiales* entre los litigantes —desigualdad material— es uno de los hechizos que mayor sensibilidad suscita en la jurisdicción de tutela que, en esta materia, encuentra su eje en una Corte Constitucional aparentemente comprometida por desplegar una jurisprudencia de la igualdad.

Este proceso, que algunos presentan como extravagante, otros como tímido y algunos más como correcto, advierte la coexistencia de narraciones diversas acerca de la forma como interactúan —o como deberían hacerlo— el discurso constitucional y el discurso del derecho privado.

De una referencia a este proceso judicial me ocupo a continuación.

1. DEL CONTRATANTE AL USUARIO: LAS CUENTAS EMPIEZAN A FALLAR

¡Una relación contractual con el banco y ¡con la aseguradora obtiene sus reglas del Código de Comercio! ¡Una relación contractual de medicina prepagada encuentra en el derecho privado sus fuentes naturales! ¡Las reglas que dominan el nacimiento y ejecución de las obligaciones de los contratantes tienen su origen o en el Código Civil o en el Código de Comercio y allí emerge, con todo su imperio, la autonomía de la voluntad! ¡La jurisdicción ordinaria, con esas reglas, está obligada a resolver los conflictos que allí se susciten!

Las actividades de contratación de bancos, aseguradoras y empresas de medicina prepagada son registradas como formas de intercambio del derecho privado y, por eso, ubican en el núcleo de su funcionamiento la actividad contractual voluntaria como dispositivo predilecto para la circulación de riqueza. Los límites al libre intercambio contractual deben provenir de la ley, ser excepcionales y, al tratarse de asuntos de mercado, solo orientarse a controlar los comportamientos enfermizos.

Son esas las cuentas que tienen los operadores del negocio bancario y asegurador⁵ y ellas empiezan a malograrse cuando la constitucionalización las afecta. Ocurre esto debido a que su práctica comercial se ve

⁵ A pesar de reconocer las particularidades de tal actividad, este trabajo incluye bajo esa expresión la actividad de las empresas de medicina prepagada, considerando la asimilación que en dicho sentido ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

enfrentada a la interferencia de disposiciones constitucionales con capacidad para relieves el carácter desigual de sus vínculos con los contratantes y desplazar las controversias suscitadas, hecho lo primero, a un plano en el que el contrato ocupa un lugar poco importante.

A continuación se intenta demarcar la línea de pensamiento de la jurisprudencia constitucional acerca de la calificación de la actividad bancaria como servicio público, destacando los desacuerdos centrales que tal asunto ha suscitado y la manera en que el argumento del servicio público es utilizado como estrategia de constitucionalización poderosa de la actividad bancaria, a pesar del reclamo elevado por los bancos para asegurar la acción de la autonomía de la voluntad en las operaciones negociales de los agentes. Este escenario permite comprobar que el grado de constitucionalización se halla en una relación de dependencia muy estrecha con el grado de igualdad o desigualdad en la que se encuentran los agentes. La definición de la actividad bancaria como servicio público tiene como propósito, en el litigio constitucional, no solo documentar un requisito de procedencia de la acción de tutela contra particulares sino también evidenciar relaciones de desigualdad sensibles al impacto de la Constitución.

*A) La definición del servicio público en la actividad bancaria:
su enérgico poder estratégico*

La disputa acerca de la posibilidad de calificar la actividad bancaria como un servicio público ha sido, sin duda, uno de los asuntos de mayor relevancia en el proceso de constitucionalización. La respuesta positiva puede emplearse con diversos propósitos. La respuesta negativa también. A continuación se presenta una línea de comprensión del camino seguido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la construcción de una definición. Ello se remonta, al menos, a 1992.

El Sindicato del Banco de Colombia, descontento con la decisión del Ministerio de Trabajo de declarar ilegal el cese de actividades que había promovido el referido sindicato, interpuso acción de tutela al considerar que esa determinación era inconstitucional. Correspondía determinar si la determinación del Ministerio, motivada por la consideración de la actividad bancaria como un servicio público esencial, resultaba aceptable.

En la sentencia T-443 de 1992⁶ la Corte Constitucional, no obstante haber estimado la improcedencia de la acción de tutela debido a que exis-

⁶ Corte Const., Sala Tercera de Revisión, M. P. José Gregorio Hernández.

tían medios alternativos para cuestionar la validez de las decisiones del Ministerio, se ocupó de examinar la naturaleza de la actividad bancaria concluyendo que, en realidad, ella podía calificarse como servicio público. Expuso lo siguiente:

“De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1° de la Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de *servicio público* que se le atribuyó desde 1959 y que, tanto a la luz de la Constitución anterior (artículo 18) como de la actual (artículo 56) —en este último caso mientras la ley no defina el concepto de *servicios públicos esenciales*— faculta al Ejecutivo para impedir la huelga en dicha actividad y para convocar tribunales de arbitramento obligatorios”.

Sostuvo en el último párrafo de su decisión:

“Así las cosas, aunque en gracia de discusión se aceptara que el juez de primera instancia gozaba de competencia para suspender los efectos de las resoluciones proferidas por el Ministerio de Trabajo, dichas resoluciones contaban con el respaldo de la presunción de legalidad, que tan solo puede ser desvirtuada mediante fallo de la jurisdicción competente y, en todo caso, al menos por el aspecto relativo al carácter de servicio público de la actividad sobre la cual recayeron tales actos administrativos, es suficiente lo dicho para confirmar la revocatoria decretada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali”.

Este planteamiento no iba a conseguir, sin embargo, unanimidad en la sala de revisión. El encargado de formular su objeción fue el juez Martínez Caballero quien, en su salvamento de voto, advirtió:

“En quinto lugar, la actividad bancaria se inspira en la libertad de empresa (333 de la Carta Nacional), en la cual el Estado se limita a autorizarla, mientras que los servicios públicos se inspiran en los deberes sociales del Estado dentro de sus fines esenciales (artículo 2°). Una cosa es «autorizar y controlar» a un empresario y otra cosa muy distinta es tener la «dirección y control» de un servicio cuya garantía última es deber esencial del Estado. En este sentido no es pertinente aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Hernán Toro Agudelo, sobre la concesión mediante contrato de un «servicio público», porque se basaba en el antiguo orden jurídico. En este fallo se dijo que el artículo 39 de la Constitución de 1886 seguía siendo aplicable a la banca en cuanto confería a la ley la facultad de ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de los servicios públicos.

”Y en sexto lugar, la actividad bancaria bebe hoy en las fuentes de la libre concurrencia, mientras que los servicios públicos hunden sus raíces en los campos de la continuidad y la no-interrupción, por eso el Estado debe atender a su prestación eficiente (art. 365 precitado). Querer equiparar lo uno con lo otro es inaceptable para este Despacho”⁷.

Se inauguraba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional un agudo debate alrededor de la posibilidad de caracterizar las actividades bancarias como servicio público. Esta apertura de la disputa daba lugar entonces, de una parte, a una posición que restringía el derecho a la huelga en el sector bancario (posición mayoritaria) y, de otra, una dirigida a ampliar las posibilidades de su ejercicio (posición minoritaria). Como podrá ver el lector lo primero se conseguía afirmando que los bancos desarrollaban actividades de servicio público y, lo segundo, negando tal hecho.

A pesar de la potencia de la cuestión, considerando que sobre su base no solo existían cuestiones referidas al alcance de derechos laborales⁸ sino también a anuncios judiciales acerca de la posibilidades de acudir a la jurisdicción de tutela para batallar problemas contractuales entre particulares de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, los asuntos examinados por la Corte en los que aparecían como demandados agentes bancarios no desataron discusiones detenidas sobre la naturaleza de su actividad y, en su lugar, la jurisprudencia acudió a vías alternativas para afirmar la procedencia de la acción de tutela. Lograba de esa forma eludir el asunto.

⁷ Debe aclararse que la posición del juez Martínez se orienta a criticar, fundamentalmente, la calificación de la actividad bancaria como un servicio público esencial.

⁸ Cabe destacar que por aquel entonces, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el caso 1631 de 1992 indicó lo siguiente: “398. No obstante, el Comité no puede dejar de observar que, en el desarrollo de los mencionados conflictos colectivos, se produjo la declaración de ilegalidad de las huelgas emprendidas en el marco del proceso de negociación colectiva, por tratarse de servicios públicos, y el sometimiento de los conflictos al arbitraje obligatorio, todo ello con arreglo a la legislación vigente. A este respecto, el Comité desea señalar a la atención del Gobierno, como ha hecho en repetidas ocasiones (véanse 270.o y 275.o informes, casos núms. 1434 y 1477 [Colombia], párrafos 256 y 199, respectivamente), que el derecho de huelga solo puede ser objeto de restricciones importantes (como la imposición del arbitraje obligatorio para poner fin a la huelga) o de prohibición en los servicios esenciales en el sentido estricto del término; es decir, aquellos servicios cuya interrupción pondría en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Ahora bien, los servicios bancarios, evidentemente, aunque cumplen una función fundamental en la economía del país y podría plantearse por acuerdo entre los interlocutores sociales la posibilidad de establecer un servicio mínimo en caso de huelga prolongada, no constituyen un servicio esencial en el sentido expuesto que pueda justificar una prohibición total de la huelga”.

Así, por ejemplo, cuando se discutió constitucionalmente la decisión de un banco de abstenerse de perfeccionar una orden judicial de embargo para el pago del reajuste de la jubilación de personas de la tercera edad, arguyendo el carácter inembargable de los recursos de la cuenta correspondiente⁹, la Corte Constitucional le restó importancia a la naturaleza de la actividad bancaria y acentuó su interés en la obligación de cumplir las órdenes judiciales y en el deber de atención especial del grupo de los pensionados¹⁰. En otros casos, en los que la Corte pudo retomar el debate acerca de la naturaleza de la actividad bancaria esquivó el asunto recurriendo, para definir la procedencia de la acción de tutela y la legitimidad del reclamo constitucional, al tipo de relación que se satisfacía por medio del vínculo de una persona con la entidad bancaria correspondiente¹¹.

En 1997 detonaría nuevamente la cuestión sobre el servicio público a raíz de la deliberada posición de Martínez, ahora ponente en la sentencia T-099 de 1997, de reivindicar su posición solitaria de 1992. Negaría entonces la condición de servicio público de la actividad bancaria. En esta oportunidad la Corte Constitucional se ocupó de establecer si era legítimo que algunas de las entidades bancarias que operaban en Maicao se abstuvieran de dar apertura a una cuenta. Al parecer, las razones que se presentaban para ello consistían en una amenaza de comisión de deli-

⁹ Sent. T-025 de 1995, Sala Segunda de Revisión, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Ello ocurrió también en un caso en el que el banco se oponía a cumplir una orden de embargo advirtiendo la existencia de turnos para ello y no obstante tratarse de una persona que había iniciado un proceso ejecutivo para el reclamo de sus pensiones y que hacía parte de un grupo especialmente protegido (sent. T-133 de 2005, Sala Tercera de Revisión, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹ Sent. T-602 de 1998, Sala Cuarta de Revisión, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia, al examinar si era constitucionalmente admisible la determinación de un banco de congelar la cuenta de ahorros de una persona que a través de ella recibía su salario, con el propósito de obtener la compensación de una suma de dinero retirada por un tercero como consecuencia de una equivocación del banco consistente en no debitar una suma retirada por la accionante, advirtió lo siguiente: “Si la docente es totalmente ajena al convenio suscrito entre su empleador y la entidad bancaria para el pago de su salario, y no hay otro mecanismo disponible para cancelarlo, entonces ella se vio precisada a abrir una cuenta de ahorros en la sucursal demandada; de esta manera, el banco adquiere una posición dominante en su relación con la actora, porque ya no depende de la entidad sólo el correcto manejo de los dineros que ella consigne, sino el pago oportuno de su salario —que por otro medio no es viable—; eso hace que la relación no sea meramente comercial, sino que le sean aplicables las normas laborales pertinentes y, por tanto, al juzgar esta relación se debe presumir que la trabajadora está en condición de indefensión frente a la sucursal pagadora de su salario, con más razón, cuando esta no es a la vez su patrono, y tampoco parte en una relación de trabajo sometida a las acciones y limitaciones propias de la legislación laboral”.

tos por medio del sistema bancario y en la existencia de una orden de no contratar con personas que figuraran en la lista Clinton.

En esta oportunidad la Corte, encabezada por quien había salvado el voto en la T-443 de 1992, se esforzó por demostrar en un acto de *desquite* judicial que la decisión —ahora mantenida con fuerza— de no atribuir el carácter de servicio público no contradecía la comprensión mayoritaria de 1992.

Para ello, esta demostración gravitó sobre una idea: la sentencia T-443 de 1992 había sostenido la vigencia del decreto 1593 de 1959 —que prohibía la huelga en la industria bancaria al considerarla un servicio público— y con posterioridad, en sentencia C-505 de 1995¹², la Corte Constitucional había advertido la pérdida de su fuerza ejecutoria como consecuencia de la derogatoria del decreto 753 de 1956 con fundamento en el cual había sido expedido. Concluía entonces:

“Como se aprecia, la Sala Plena consideró que habían desaparecido los fundamentos de derecho del decreto 1593 de 1959 (que era un simple decreto ejecutivo), por eso en la sentencia C-505/95 se hizo mención al artículo 66, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo. Esta, entre otras cosas, no es una posición contradictoria a la fijada en la sentencia T-443/92, porque en esta última la Sala de Revisión reconoció la dificultad para ubicar lo relativo a la actividad bancaria y financiera como servicio público esencial; también se tocó (en ese fallo de 1992) el tema de si la Constitución de 1991 había o no derogado en bloque todo el ordenamiento legal anterior, y se optó por la negativa, y, por eso respecto al decreto 1593 de 1959, se hizo un estudio concreto: el de su aplicabilidad; pero no podía hacerse en ese fallo de tutela el análisis de otro decreto: del decreto 753 de 1956, artículo 1º, literal i). Solo cuando este último fue demandado por inconstitucional se dijo que específicamente ese literal había salido del mundo jurídico en virtud de la sanción de la ley 48 de 1968. En conclusión, la sentencia C-505/95 deja sin piso la argumentación del solicitante en cuanto al sujeto pasivo de la acción”.

Y finalizaba advirtiendo:

¹² En la sent. C-505 de 1995, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional se había inhihido de pronunciarse sobre la constitucionalidad del literal i), del artículo 1 del decreto 753 de 1956. Tal disposición establecía: “Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades: [...] i) cualquiera otras que a juicio del gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y la vida económica o social del pueblo. El gobierno decidirá acerca de la calidad de servicio público de las actividades de que se trata este ordinal, previo concepto que solicite al Consejo de Estado”.

“En conclusión, no hay competencia para formular apreciación alguna respecto a la presunta violación de unos derechos fundamentales porque el juez de tutela no podía considerar procedente esta acción contra particulares porque no se trataba de un servicio público, ni se está frente a una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo. Y, la otra causal para que pudiera existir tutela contra particulares (estado de subordinación o indefensión) no se planteó en el presente caso, ni hay elemento de juicio alguno que insinúe la necesidad de estudiarlo”.

La pretensión de Martínez de cerrar la disputa no iba a tener éxito a pesar del vigor con el que lo decía. Ello pudo obedecer (i) a que el debate en la T-443 de 1992 había girado en buena medida alrededor del derecho a la huelga lo que implicaba que la discusión se suscitaba, principalmente, frente a la idea de servicio público esencial y no agotaba la cuestión del servicio público no esencial. Igualmente, (ii) la posición mayoritaria de la sentencia T-443 se había esforzado no solo en examinar la esencialidad del servicio prestado por la industria bancaria sino que, igualmente, había dejado trazado el camino para calificar la actividad bancaria como servicio público, sin más.

La clausura, liderada por Martínez en la sentencia del desquite, se encontraba entonces amenazada por serias fracturas. Tales fracturas podían encontrarse, así mismo, en la decisión de la Corte de declarar que ciertas actividades aseguradoras podían considerarse servicios públicos tal y como ocurrió respecto del seguro obligatorio en la sentencia T-105 de 1996¹³.

La derrota del esfuerzo inicial de Martínez, que había intentado ganar la batalla con argumentos formales y con enérgicas conclusiones se produce, definitivamente, en la sentencia SU-157 de 1999 en la cual es él, paradójicamente, el juez ponente. Se dirigía la Corte a unificar la tesis en uno de los asuntos más complicados en esta historia.

Es probable que el arrepentimiento de Martínez hubiera obedecido al hecho de que su reclamo inicial pretendía enfrentar las restricciones a los derechos de los trabajadores. Conseguida esa victoria en 1995, en la sentencia C-505, el servicio público podría servir ahora para incentivar los litigios constitucionales de los usuarios contra los bancos. Un propósito marcadamente *progresista* y compatible, probablemente, con su agenda judicial igualitaria.

La Corte Constitucional acompañaría la calificación de la actividad bancaria como servicio público, con un planteamiento acerca de la fun-

¹³ Sala Novena de Revisión, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

cionalidad de la igualdad sustancial en las relaciones bancarias creando, por esa vía, un poderoso ambiente para la constitucionalización.

De ese ambiente y de la utilidad del planteamiento de la igualdad me ocuparé a continuación.

B) De la alegoría del comerciante cuentacorrentista a la leyenda del usuario agobiado

En 1999, varias personas y en contra de diversos bancos, presentan acción de tutela. La razón: los bancos habían tomado la decisión de concluir los vínculos contractuales preexistentes y de abstenerse de celebrar nuevos acuerdos.

Las entidades bancarias obraban motivadas, según exponían en su defensa, por la incorporación de sus clientes a la lista Clinton. Se trataba de un documento emitido por el Gobierno de Estados Unidos en 1995, que contenía los nombres de personas que por su *presunta* relación con los carteles del narcotráfico, no podrían vincularse con los bancos colombianos pues de lo contrario perderían esta posibilidad de acceder al sistema bancario norteamericano.

La Corte Constitucional no dudó en calificar la actividad bancaria como una actividad de servicio público. A pesar de ello y en una aparente negociación de las posturas hasta el momento forjadas en su jurisprudencia, por una parte, (i) hizo uso del precedente de la T-443 de 1992 para afirmar tal condición empleando argumentos materiales asociados con la naturaleza de la actividad¹⁴ y, por otra, (ii) mantuvo la distinción entre servicios públicos esenciales y no esenciales para atribuir la segunda y no la primera característica a la industria bancaria.

La fundamentación de la Corte Constitucional se desarrolla en diferentes niveles: (i) Indica, inicialmente, que la actividad bancaria es una actividad de servicio público y por ello su desarrollo se anuda a un interés público. (ii) Como consecuencia de lo anterior, advierte que se trata de una actividad constitucionalmente calificada y sometida a límites.

¹⁴ Al referirse a la condición de servicio público de la actividad bancaria indicó la Corte: “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. 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”.

(iii) Precisa así mismo, que la condición de actividad de interés público implica (a) que la prestación de este tipo de servicios se encuentra restringida dado que para ello es indispensable contar con la autorización preliminar del Estado, (b) que la prestación de los servicios por parte de las entidades autorizadas debe garantizar la igualdad de trato de los sujetos interesados en acceder al sistema de manera tal que solo resulta factible negar tal acceso cuando es posible comprobar un factor objetivo y razonable asociado con la existencia de un riesgo económico y (c) que la actividad bancaria es destinataria de las actividades de inspección, vigilancia y control. (iv) Establece que el acceso al sistema bancario garantiza la efectividad del derecho a la personalidad jurídica y del derecho de acceder, en condiciones de igualdad, al mercado económico. (v) De acuerdo con ello, señala que no es admisible que las entidades bancarias configuren un bloqueo comercial en contra de los interesados de acceder a los servicios prestados. (vi) Un bloqueo de tal naturaleza se presenta “[c]uando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos”, “cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario”, “[c]uando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público” y “[c]uando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión”¹⁵.

Esta línea de argumentación se apoya en una idea épica: la relación entre el banco y el cliente es en realidad una relación entre el prestador de un servicio público y un usuario ubicado en situación de inferioridad. Esta caracterización incorpora un lenguaje funcional para la imposición de intercambios forzosos dado que desaparece el amplio espacio de la libertad contractual y se incrementa la advertencia según la cual al tratarse de un vínculo desigual la mejor forma para explicarlo se encuentra en el concepto de igualdad material¹⁶. No se trata de un comerciante, de un buen hombre de negocios, que ejecuta libremente actos de comercio sino de un usuario que intenta acceder a un servicio indispensable para

¹⁵ Sent. SU-157 de 1999. Fundamento jurídico 20. Sala Plena de la Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Es posible, a efectos de examinar el papel ocupado por el concepto de igualdad en la determinación del grado de constitucionalización de una controversia contractual, tomar en consideración la sent. T-222 de 2004 de la Corte Constitucional, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet. Para confrontar un análisis de esta sentencia y su poder explicativo de la sent. T-468 de 2003 de la Corte Constitucional, puede consultarse JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, “La constitucionalización de las controversias contractuales”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, págs. 763 y 764.

su participación en el mercado. Por ello el Código de Comercio, una de cuyas premisas es la equiparación formal de los sujetos que se encuentran sometidos a su regulación, es insuficiente. Tal insuficiencia se traduce, una vez constitucionalizado el asunto, en una restricción a los intercambios voluntarios.

La alegoría del contratante da paso a la leyenda del usuario.

La primacía del derecho privado se empieza a desmoronar. Allí entonces, el efecto de la Constitución mediante el servicio público se abre paso y permite exigirle a los bancos el cumplimiento de una obligación de contratar o de no terminar los vínculos contractuales vigentes a menos que exista una poderosa razón que lo justifique. El margen de acción que en un inicio se había pretendido por los agentes bancarios y que les permitiría tomar libremente la decisión de no contratar se encontró entonces en etapa de derrumbamiento¹⁷.

Así pues, en la sentencia SU-157 de 1999 —cuya fundamentación habría de ser recogida nuevamente en la sentencia SU-167 de 1999 al tratar un caso similar— la Corte sostuvo que las entidades bancarias gozan de autonomía para definir el tipo de relaciones contractuales que establecen. Se trata, no obstante, de una autonomía restringida debido a que su ejercicio no puede implicar un bloqueo financiero¹⁸; el bloqueo solo podrá

¹⁷ Según se recuerda en los antecedentes de la sent. T-099 de 1997 uno de los bancos dijo: “De acuerdo con el decreto 693 de 1993 los bancos, como entidades privadas están facultados para decidir la apertura o cierre de sus oficinas o establecimientos, razón por la cual no hay que cumplir con trámites o permisos ante la Superintendencia Bancaria. Agrega el banco, que la junta directiva por decisión de fecha 28 de mayo de 1996 aprobó el cierre de la oficina de Maicao, decisión que fue comunicada por aviso de prensa publicado el 4 de junio de 1996 en el periódico *El Tiempo* y a cada uno de los usuarios mediante comunicación enviada a la última dirección registrada”.

¹⁸ El alcance de la obligación de exponer una justificación objetiva y razonable por parte de los bancos posteriormente fue precisada en la sent. T-592 de 2003. En dicha oportunidad la Sala Octava de Revisión (M. P. Álvaro Tafur Galvis) se ocupó de diversos problemas referidos al adecuado funcionamiento de los procesos informáticos y su influjo en el acceso a créditos de vivienda. A la Corte le correspondió establecer si resultaba constitucionalmente posible que una entidad financiera se abstuviera de celebrar contratos de mutuo para la adquisición de crédito hipotecario aduciendo para tal fin, y de manera exclusiva, la existencia de un reporte en las centrales de riesgo. En esta decisión y con el objetivo de ampliar el acceso al crédito para adquisición de vivienda la Corte establece, al amparo de la exigencia de una justificación objetiva y razonable —definida desde 1999— la necesidad de evaluar aspectos de otra naturaleza cuando ello tenga como finalidad ofrecer mayores posibilidades de optimizar tal acceso. De esta manera, las razones subjetivas —claramente proscritas para excluir el acceso— ahora son exigidas por la Corte como consecuencia de la insuficiencia de tomar en cuenta, exclusivamente, el reporte en una base de datos financiera.

evitarse cuando se presenta una justificación objetiva y razonable de no contratación. En las sentencias referidas la Corte advirtió que tal justificación existía y, en esa medida, no otorgó el amparo solicitado por los accionantes¹⁹ al menos en aquello que tiene que ver con el restablecimiento de sus relaciones de tipo contractual con las entidades financieras accionadas²⁰.

La imposición del servicio público, como estrategia hermenéutica para hacer procedente la acción de tutela contra entidades bancarias, se había impuesto y se reflejaba en la mayoría de decisiones de la Corte Constitucional que se ocupaban ahora de la vinculación de las entidades bancarias con el derecho fundamental de petición enunciado en el artículo 23 de la Constitución y expresamente restringido, en ausencia de autorización legal, a la actuación de las autoridades públicas. Así ocurrió,

¹⁹ En el fundamento jurídico 22 de la sentencia, la Corte apoya su conclusión de la siguiente forma: “La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos «reflejo» de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca”. Es importante destacar, adicionalmente, que el caso “La Lista Clinton” permitió abonar el camino para una consolidación jurisprudencial del tipo de factores objetivos y razonables. Así, por ejemplo, en el fundamento jurídico 20-b4 de la sentencia SU-157 de 1999 la Corte sostuvo: “Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autorice la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C. P., art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia)”.

²⁰ Debe precisarse, sin embargo, que la Corte Constitucional si bien admitió la legitimidad de la actuación de las entidades bancarias nacionales, estimó que los derechos fundamentales de los accionantes estaban siendo desconocidos como consecuencia de los efectos de la decisión del gobierno norteamericano y, en esa medida, ordenó a la Defensoría del Pueblo iniciar las acciones del caso ante las autoridades norteamericanas.

por ejemplo, en las sentencias T-449 de 2000²¹, T-1592 de 2000²², T-661 de 2000²³, T-1675 de 2000²⁴, T-219 de 2001²⁵ y T-980 de 2001²⁶ en las que se discutía, por ejemplo, si un Banco había desconocido el derecho de petición de usuarios que requerían de un pronunciamiento específico. Ello ocurrió igualmente y de manera general en los casos en los que la Corte estableció que constituía una violación del debido proceso contractual las determinaciones de los bancos que desconocían sus actos previos contentivos de reliquidación de créditos.

Detrás del uso constante del *servicio público* se encontraba una decisión de constitucionalizar agudamente la actividad.

No obstante el aparente triunfo de la tesis del servicio público, todavía se sentía alguna resistencia al interior de la Corte. Esa resistencia no provenía ya del magistrado Martínez. En la sentencia T-693 de 2000 que debía establecer si un banco había o no desconocido el derecho de petición de quien interponía la tutela y en la que el juez Tafur no obstante su condición de magistrado ponente aclaró su voto, se evidenciaba la vigencia del problema. Al iniciar su aclaración, advertía con impotencia o casi resignación:

“En acatamiento y consideración de la reiterada jurisprudencia de la Corte acerca de la catalogación como servicios públicos de las actividades cumplidas por las entidades financieras he proyectado y suscrito las sentencias de reiteración de jurisprudencia. No obstante en esta ocasión estimo pertinente dejar consignadas a manera de aclaración de voto las siguientes reflexiones sobre el régimen constitucional de tales actividades y su relación con la noción de servicio público”.

Y señalaba más adelante:

“Así las cosas, en el marco de la Constitución vigente, bien puede afirmarse, que no toda actividad de interés público es servicio público y no ha de estar sujeta necesariamente a las reglas del servicio público. En consecuencia la proyección de la noción y consecuencial trato como

²¹ Sala Cuarta de Revisión, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esta decisión se citaban, para fundamentar esta orientación las sents. T-443 de 1992 y SU-167 de 1999.

²² En esta determinación la Corte incluso llega a calificar la actividad financiera, en general, como actividad de servicio público. Tafur, no obstante que lo había hecho en la sent. T-693 de 2000, no formula reproche alguno a tal calificación.

²³ Sala Cuarta de Revisión, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴ Sala Séptima de Revisión, M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁵ Sala Séptima de Revisión, M. P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ Sala Cuarta de Revisión, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

actividades de servicio público a las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras quizá no se corresponde en la actualidad con los enunciados constitucionales”.

La solitaria posición de Tafur se encontró seguida, en casos en los que actuaba como magistrado ponente y se litigaba la procedencia de la acción de tutela en contra de entidades bancarias, de una presentación de argumentos alternativos relacionados, por ejemplo, con la condición de autoridad pública de un banco constituido como empresa industrial y comercial del Estado tal y como ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-550 de 2003.

Dejaba allí Tafur una impronta penetrante. Probablemente ella se reflejaría en los problemas que tendría la jurisprudencia constitucional al definir el alcance de la leyenda del usuario.

A pesar del extendido acuerdo de 1999, la Corte se enfrentaría a esa discusión. Ahora de lo que se trataba era de saber si, en todos los casos, la actividad desarrollada por los bancos constituía un servicio público.

C) *En búsqueda del verdadero usuario*

La postura general de la Corte Constitucional, hasta el momento, había respaldado la idea de que la industria bancaria era, en su totalidad, un servicio público. Tal tesis sugería que todos aquellos que iniciaban o establecían una relación con un banco podían ser calificados como usuarios.

Ello no había ocurrido con la actividad aseguradora dado que la Corte, en la sentencia T-105 de 1996, mostró que únicamente lo asociado con el seguro obligatorio podría considerarse como una manifestación del servicio público²⁷. Igualmente, tal línea no se siguió en el caso de las operaciones desplegadas por los comisionistas de bolsa, según lo dejó dicho la Corte en la sentencia SU-166 de 1999²⁸.

²⁷ Ello ha sido reiterado, en particular, en la sent. T-589 de 2009 de la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁸ Sala Plena, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Cabe precisar que la sent. SU-166 de 1999 se ocupó de establecer si resultaba constitucionalmente legítimo que una sociedad comisionista de bolsa se abstuviera de celebrar un contrato de comisión de compra y venta de valores como consecuencia de la inclusión del solicitante en la lista Clinton. En este caso, la Corte estimó que no existía un bloqueo financiero injustificado que afectara al actor dado que, entre otras cosas, no había demostrado que hubiese elevado una solicitud semejante ante otras sociedades comisionistas. Esta decisión no tiene un significado relevante en la línea examinada dado que la sociedad comisionista, según la definición del art. 1º del decr. 663 de 1993, no constituye una entidad financiera. Sin embargo, es del caso destacar que la Corte parece extender los razonamientos formulados en la sent. SU-157 de 1999 al caso allí estudiado.

La tesis amplia de la jurisprudencia constitucional podía, sin embargo, poner en aprietos la consideración de la jurisdicción constitucional como jurisdicción de la libertad. Esta calificación implica que su intervención, en relaciones entre particulares, se justifica solo cuando existen amenazas asociadas a escenarios de desigualdad material comparables a aquellos en los que interviene el Estado. Se trataba entonces de determinar si, en todos los casos de intervención de un banco, podría apoyarse la protección constitucional en la tesis del servicio público y conseguir, por esa vía, justificar la injerencia de derechos fundamentales.

El planteamiento de este asunto motivó una silenciosa —en su tono— pero significativa reorientación, en la sentencia T-468 de 2003. Allí la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional²⁹ debía establecer si la decisión de algunas entidades bancarias consistente en abstenerse de continuar o iniciar vínculos contractuales, con los directivos de una cooperativa que se había hecho propietaria de los establecimientos de comercio pertenecientes anteriormente a Drogas La Rebaja, como consecuencia de la incorporación de sus nombres en la denominada Lista Clinton, desconocía o no los derechos fundamentales de los accionantes³⁰.

Se trataba de un caso análogo al ya resuelto en la sentencia SU-157 de 1999.

Puede admitirse que la Corte Constitucional, tal y como lo hizo la sentencia SU-167 de 1999, confirmó las reglas establecidas en la sentencia SU-157 de 1999 ampliando la explicación de los límites a la autono-

²⁹ M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ El argumento de la autonomía de la voluntad fue intensamente reivindicado por las entidades bancarias vinculadas al proceso. Sin embargo, tal y como había ocurrido en 1999 la pretendida libertad contractual no podía ostentar el alcance requerido por dichos agentes. Algunos de sus argumentos, fueron sintetizados así por la Corte: “*El Banco de Bogotá*: sostiene que corresponde al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, celebrar o no los contratos de cuenta corriente o de ahorros, necesarios para acceder a los servicios financieros. [...] *El Banco Agrario*: considera que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que obligue a las entidades financieras a negociar o a prestar sus servicios financieros, ni siquiera en el supuesto de que el solicitante cumpla con todos requisitos exigidos por ley. [...] *Bancolombia*: informa que Copservir Ltda. no ha sido cliente de dicha institución financiera y, además, que corresponde a su legítimo derecho celebrar o no el contrato de cuenta corriente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual. [...] *Bancafé*: sostiene que no ha tenido vínculos ni relaciones comerciales con Copservir Ltda. Por otra parte, estima que en aplicación del principio de libertad contractual, puede negar el acceso al servicio financiero a un usuario, siempre que exista un factor objetivo y razonable que implique un riesgo económico para la entidad financiera, en este caso, la causal objetiva es la inclusión del accionante en la Lista Clinton, de conformidad con la sent. SU-157 de 1999”.

mía de la voluntad a partir de la cláusula del Estado social y de la naturaleza *personal* de los contratos financieros. Adicionalmente, a fin de explicar con mayor precisión el alcance de la naturaleza objetiva de las razones que podrían sustentar la negación de la prestación de servicios bancarios, acudió a los principios que sobre la materia habían sido estructurados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea³¹.

No ocurrió lo mismo en relación con la interpretación de la actividad bancaria como servicio público. El ajuste sobrevendría. Indicó la Corte:

“En el presente caso, atendiendo a la naturaleza jurídica y al objeto social de las entidades bancarias demandadas, es evidente que estas realizan actividades relacionadas con la prestación del *servicio público de la industria bancaria*, lo cual, en principio, supondría la procedencia de la acción de tutela [...].

”Sin embargo, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, la sola circunstancia de que una empresa preste un determinado servicio público no la convierte, *ipso jure*, en sujeto pasivo de la acción de tutela [...]. De ahí que, «[...] *de acuerdo con el sentido teleológico de la norma, es necesario [...] que la vulneración del derecho fundamental se produzca con ocasión de la prestación de dicho servicio*» [...]. En estos términos, es necesario que la vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante, traspase la mera relación contractual y se desarrolle bajo el modelo «*usuario-servidor*», evento en el cual es procedente la acción de amparo constitucional”.

Este giro trató de encontrar apoyo en decisiones precedentes y, en particular, en la sentencia T-640 de 1999. En ella se examinó si desconocía el texto constitucional la decisión de una empresa de taxis, consistente en negarse a expedir la tarjeta amarilla a uno de sus afiliados apoyándose en la existencia de su deuda con un tercero. Sobre el asunto estableció la Corte:

“No obstante, la sola circunstancia de que la empresa lleve a cabo la prestación de un servicio público no la convierte, *ipso jure*, en sujeto pasivo de la acción de tutela. De acuerdo con el sentido teleológico de la norma, es necesario —además de aquella exigencia— que la vulneración del derecho fundamental se produzca con ocasión de la prestación de dicho servicio. Y lo es, porque la acción de tutela se justifica

³¹ Este nuevo intento de fundamentación conduce, según lo anterior, a una exposición más clara de la regla jurisprudencial dado que limita la existencia de las denominadas “causales objetivas y razonables” (a) al riesgo de la operación y (b) a la debilidad económica de los solicitantes.

como mecanismo judicial de defensa, cuando es necesario contrarrestar las conductas que los particulares encargados de la prestación de servicios públicos cometen en abuso de su posición dominante, es decir, aprovechándose del desequilibrio natural que su privilegio les representa frente a los usuarios del servicio. [...] En el caso del accionante, la aparente vulneración del derecho fundamental reclamado no se origina en la prestación del servicio público de transporte, sino en el contrato de afiliación suscrito entre aquel y la empresa. Como la relación jurídica de la cual se desprende la supuesta agresión no es la que se enmarca en el modelo usuario-servidor, caso en el cual la procedencia de la tutela estaría justificada, debe decirse que la tutela resulta —por este aspecto— improcedente³².

Así pues, y con apoyo en el precedente en el caso de “los taxis”, el servicio público de la industria bancaria solo se configuraría cuando la cuestión no fuera, simplemente, un asunto contractual. Si así ocurría, serían la ley y el contrato los yacimientos llamados a resolver el asunto y, la jurisdicción constitucional, quedaría desplazada por la jurisdicción ordinaria.

Esta relocalización del servicio público puede interpretarse como la respuesta a los reclamos de quienes disientían de la tesis ganadora en 1999. A partir de ahora resultaba necesario precisar si el banco actuaba como prestador de servicio público o, simplemente, como un contratante. Si ocurría lo primero el asunto ostentaba una relevancia constitucional directa. Por el contrario, si lo segundo sucedía, la cuestión era atraída por el contrato, por la ley y por la jurisdicción ordinaria.

La restricción de los efectos de la expresión servicio público en el contexto de la actividad bancaria pareció reflejarse en decisiones posteriores. En otras, omitiendo la distinción exigida en la T-468 de 2003, se acudió a la calificación de la actividad bancaria como actividad de servicio público a efectos de fundamentar la exigibilidad del deber de solidaridad con ocasión de la ejecución de contratos bancarios.

El péndulo se mueve entre las sentencias T-587 de 2003 y T-520 de 2003.

Los casos entonces evidenciaron la indeterminación del alcance de la regla de la Corte y la existencia de un desacuerdo acerca de la extensión del poder constitucionalizador de la tesis del servicio público. Este debate, aparentemente silencioso, tenía en realidad unos efectos enérgicos.

³² Sala Novena de Revisión, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

La Sociedad Hoteles Decamerón de Colombia S. A. presentó acción de tutela en contra de Bancolombia S. A. y Fiducolombia S. A. La cuestión se asociaba a una disputa vinculada con la ejecución de específicas operaciones contractuales establecidas entre tales sociedades. La Corte Constitucional, con evidente molestia por el uso que de la tesis hacia una organización que disponía de notable capacidad de reacción frente a la entidad bancaria, advirtió lo siguiente al exponer el fundamento de la improcedencia del recurso constitucional:

“Esta Sala reitera este concepto y además reconoce que si bien la actividad bancaria es un servicio público, no todas las labores del giro ordinario de sus negocios implican una subordinación del sujeto que se relaciona con la entidad y una eventual vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, se hace necesario afirmar que en el caso de las actividades bancarias, la procedencia de la tutela se justifica en la medida en que (i) la entidad presta un servicio público, (ii) en el servicio prestado se presenta una disparidad de la posición contractual de las partes, o el banco tiene una posición dominante negocial, y (iii) se afecta con la actividad un derecho fundamental”³³.

La Corte entonces precisaba la necesidad de que entre accionante y accionado existiese una diferencia esencial que ubicara al segundo en una posición de incapacidad para discutir libremente los alcances de una operación comercial o de enfrentarse efectivamente a las actuaciones de la persona accionada. La jurisdicción constitucional cerraba la puerta a aquellos litigios en los que resultaba posible igualar a los sujetos que intervenían.

Incompatible con la orientación de la jurisprudencia constitucional resultaría una tesis que aceptara la constitucionalización de una disputa contractual que podría explicarse de mejor manera a partir de los cánones propios de la igualdad formal y, por ello, del buen hombre de negocios del Código de Comercio. La jurisdicción constitucional no constituye, en esta oportunidad, el escenario adecuado para plantear esta controversia que caería entonces bajo el control de la ley y de la jurisdicción ordinaria. La alegoría del contratante dejaba a salvo algo de su sinfonía.

Un contraste cabe hacer entonces entre la sentencia T-587 de 2003 y la sentencia T-468 de 2003.

En la sentencia T-468 de 2003 se establecía que la procedencia de la acción de tutela se determinaba cuando se superaba el umbral de “los simples contratantes” y se llegaba al nivel de la relación usuario-servi-

³³ Sala Sexta de Revisión, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

dor. Ello implicaría que la actividad de los bancos solo podía calificarse como servicio público cuando existían diferencias sustanciales entre los contratantes configurándose la referida relación usuario-servidor. Por el contrario, la sentencia T-587 de 2003 parece advertir que todas las actividades del banco son de servicio público pero, la procedencia de la acción de tutela, se encuentra condicionada a la existencia de tales diferencias.

No parece la Corte estar dispuesta en el caso “hoteles Decamerón” a renunciar a la calificación de la actividad bancaria como de servicio público que puede resultar importante para definir, por ejemplo, posibilidades de intervención por parte del Estado. Por ello, en lugar de renunciar a la tesis del servicio público la Corte Constitucional incorpora una condición adicional de procedencia de la acción de tutela que permite mantener al margen de la jurisdicción constitucional a particulares *poterosos* que pretenden canalizar sus controversias con otros particulares a partir de la retórica de la constitucionalización. Según recordará el lector ello ocurrió también en la sentencia T-910 de 2009.

Esta preocupación sin embargo parece desaparecer al menos en el planteamiento que de la cuestión hace la Corte Constitucional en la sentencia T-520 de 2003 en el caso del “deudor secuestrado”. Esta decisión se ocupó de establecer si era o no posible el cobro judicial adelantado por un banco de las sumas debidas por una persona que se encontraba secuestrada. Allí la Corte estableció, sin precisión alguna, la procedencia de la acción de tutela advirtiendo que la actividad bancaria constituía un servicio público. Expuso la Corte:

“En virtud de lo anterior, no les asiste razón a los jueces de instancia —la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia—, quienes afirmaron que la actividad financiera (o bancaria) no constituye un servicio público, en contra de lo dispuesto por el ordenamiento positivo y por la jurisprudencia reiterada de todas las altas cortes del país. Por lo tanto, en relación con la legitimación por pasiva, la tutela en contra del BBVA - Banco Ganadero y del Banco de Bogotá resulta procedente”.

Así pues, tres posiciones coexisten frente a la procedencia de reclamo constitucional directo ante los bancos. La primera de ellas advierte que la actividad bancaria es un servicio público cuando se supera el plano contractual y se accede al nivel servidor-usuario. La segunda indica que toda la actividad bancaria es servicio público pero que la acción de

tutela solo es posible cuando existen relaciones de desigualdad³⁴. La tercera establece, finalmente, que toda la actividad bancaria es servicio público y que ello basta para que la acción de tutela pueda abrirse camino. En las dos primeras, aunque de diversa forma, pesa con intensidad el argumento de la igualdad requiriendo que la calificación de la relevancia constitucional de este tipo de asuntos tome en cuenta la situación de igualdad o desigualdad. Una situación de igualdad desplazará el asunto hacia el derecho privado. Lo contrario sucederá en una situación de desigualdad.

Incluso respecto de controversias que, en principio, podían ubicarse en un plano estrictamente contractual en la medida en que se trataban de problemas asociados a la operatividad del sistema financiero, la Corte sostuvo posturas amplísimas acerca de la idea del servicio público. Así, por ejemplo, en la sentencia T-1008 de 2005³⁵ en la que se discutía la validez de la decisión adoptada por un sistema de tarjeta de créditos representado por Incocrédito, consistente en suspender el código de operación de tarjetas de crédito a un establecimiento que había incumplido algunos procedimientos de seguridad, la Corte advirtió:

“En el presente caso cabe observar, por una parte, que si bien la accionada no es propiamente una entidad bancaria, tal como se dejó establecido en el acápite precedente, sí actúa en representación de los sistemas de tarjetas, que desarrollan actividades típicamente bancarias, y su actuación se desarrolla en el ámbito propio de la actividad bancaria. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la presente acción de tutela no solo se origina en el seno de una relación típicamente bancaria, sino que, además, dicha relación se gobierna por las reglas de un contrato de adhesión, conforme a las cuales las entidades bancarias y quienes actúan en su nombre se encuentran en una clara situación de superioridad jurídica”³⁶.

Este escenario deja en evidencia que a pesar del consenso conseguido alrededor de la posibilidad de calificar como servicio público la ac-

³⁴ Esta perspectiva es recogida nuevamente en la sent. T-763 de 2005. En esta oportunidad a la Corte Constitucional le correspondió establecer si resultaba posible, desde una perspectiva constitucional, que una entidad bancaria se abstuviera de activar una tarjeta debito previamente entregada a un cliente en consideración a su condición de pastor de la “Congregación Cristiana Gente Nueva”.

³⁵ Sala Quinta de Revisión, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ Debe señalarse que la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela dado que, al tratarse de una controversia asociada con el contrato de afiliación, existían medios judiciales alternativos.

tividad de los agentes bancarios y, por esa vía, conseguir constitucionalizar actividades desplegadas por agentes privados imponiendo por ejemplo la obligación de presentar una justificación objetiva y razonable cuando se adopta la decisión de no contratar, tal conclusión no es usada de manera uniforme y su forma de operación es variable a pesar, incluso, de que al examinar, en desarrollo del control abstracto de constitucionalidad, el artículo 1389 del Código de Comercio la Corte señaló, invocando su posición de la sentencia SU-157 de 1999, que la actividad bancaria constituía un servicio público. No resulta equivocado afirmar que su empleo para impactar actuaciones que pretenden gobernarse por el derecho privado puede resultar extendido.

El servicio público es, sin duda, una categoría cuyo uso puede ser estratégico. Al representar ambientes no igualitarios su capacidad constitucionalizadora es definitivamente hercúlea. La desconstitucionalización de un asunto resguardado por la consideración de una actividad como servicio público se vuelve penosa y los alegatos desde el derecho privado muy poco podrán ganar.

D) *Recapitulación*

La definitiva decisión de considerar que la actividad bancaria es un servicio público, le ha permitido a la jurisdicción constitucional —librada ya de la presión del derecho privado— adoptar decisiones dirigidas a imponer intercambios forzosos de intereses. Este resultado se ha conseguido de diferentes maneras. Así, por ejemplo, las limitaciones constitucionales a la autonomía de la voluntad de los bancos han supuesto que los agentes bancarios no son *libres* para adoptar la decisión de contratar o no, y para abstenerse deben ofrecer una justificación objetiva y razonable. Igualmente, al argumento del servicio público se ha enlazado la posibilidad de hacer exigible directamente el deber de solidaridad estableciendo, por ejemplo, deberes de renegociación de créditos, deberes de no cobro, deberes de otorgamiento de plazos y deberes de suspensión de procesos de cobro *legítimamente* iniciados³⁷.

La pretendida justicia conmutativa invocada con la referencia al derecho privado y el supuesto implícito de que el intercambio entre los agentes debe ser voluntario, ha terminado por enfrentarse a canales judiciales de redistribución que, con apoyo en el argumento del servicio público, ha exigido la transferencia obligatoria de intereses. La lucha judi-

³⁷ Entre otras, las sents. T-520 de 2003, T-419 de 2004 y T-170 de 2005.

cial por el servicio público ha relevado a la jurisdicción de tutela de establecer contiendas interminables con las categorías del derecho privado y con la jurisdicción ordinaria.

Detrás de cada una de las posiciones que hemos examinado se esconde una narración más o menos clara de la constitucionalización. Algunos calificarán el discurso del servicio público en la actividad bancaria como un instrumento de sobreconstitucionalización por medio del cual se extienden, indefinidamente, los intercambios forzosos, se desplaza la ley, el contrato y se desconoce la competencia de la jurisdicción ordinaria. Otros estimarán que algunas de las líneas de defensa del servicio público resultan deficientes para una constitucionalización adecuada dado que incorporan un elemento extraño, como la desigualdad, con el propósito de limitar la acción de la Constitución y dejar espacios muy amplios desprovistos de regulación constitucional. Alguien más podrá considerar que la correlación entre servicio público e igualdad puede definir adecuadamente algunas líneas de demarcación entre aquello que sería una cuestión de derecho privado y aquello que constituye un asunto de derecho público.

De cualquier manera, el empleo del servicio público cumple un papel importante no sólo en la posibilidad procesal de interponer la acción de tutela en contra de agentes bancarios sino, al mismo tiempo, en la definición de las condiciones, ciertamente intensas, de la constitucionalización de controversias contractuales. Su uso, sin embargo, no ha sido uniforme y específicos ataques han encontrado eco en algunos de los magistrados.

Tabla 1

¿Puede la actividad bancaria ser considerada una actividad de servicio público y, a partir de allí, se pueden constitucionalizar controversias asociadas a su contratación?

Es constitucionalmente posible calificar la actividad bancaria como servicio público en todos los casos	T-443/92	Aclaración de voto T-443/92 (A.M.C.) T-099/97	En ningún caso es constitucionalmente posible calificar la actividad bancaria como servicio público
	T-025/95 ¹		
	T-602/98 ¹		
	SU-157/99		
	SU-167/99		

		Aclaración de voto T-693/00 (A.T.G.)	
	T-468/03		
	T-520/03		
	T-587/03		
	T-419/04		
	T-170/05		
	T-763/05		
	T-1008/05		
	C-341/06		
		T-133/05	
	T-329/08		

2. EL CASO DE LAS PREEXISTENCIAS Y LA BATALLA POR DESCONSTITUCIONALIZAR: LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SE RESISTE Y PREPARA EL CAMINO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE TODA LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

La constitucionalización de las controversias asociadas a los contratos de medicina prepagada ha constituido un foro de discusión en el que la lucha por usar el argumento de derecho privado frente a pretensiones de iusfundamentalización mediante el derecho a la salud, se ha trazado con severidad. Este proceso ha demostrado que el referido argumento no ha tenido suficiente poder disuasorio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuya línea de argumentación se ha orientado, mayoritariamente, a incidir constitucionalmente de forma poderosa en ese tipo de litigios.

Así entonces, a continuación se presenta la historia que a partir de 1996 se ha construido alrededor de las denominadas cláusulas genéricas de preexistencias y exclusiones establecidas en los contratos de medicina prepagada. Esta historia demuestra un consenso más o menos extendido en la jurisprudencia constitucional, a partir de 1996, acerca de la invalidez de tales cláusulas. Sin embargo, también demuestra que el apremio del derecho privado ha generado algunas restricciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuyo alcance aún se encuentra por definir.

A) La limitada discusión del problema procesal

La disputa acerca de si la actividad desarrollada por las empresas de medicina prepagada por medio de los contratos de medicina prepagada, constituía la prestación de un servicio público no dio lugar, a diferencia

de lo ocurrido con la actividad bancaria, a problemas excesivos. Desde el principio, en la sentencia T-533 de 1996³⁸, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin sufrir quiebres evidentes estableció, con apoyo en el artículo 49 de la Constitución, que la referida actividad lo era. Los agentes que litigaban en las controversias conocidas por la Corte Constitucional y que se suscitaron a raíz del desarrollo de tal tipo de actividades tampoco planteaban un debate agresivo alrededor de dicho asunto. Por ello, la cuestión de la legitimación pasiva de las empresas de medicina prepagada en litigios constitucionales, al menos desde esa perspectiva, no habría de provocar mayores discusiones. Incluso una disposición del decreto 2591 justificaba tal orientación en la sentencia que fundaba la evolución de la jurisprudencia:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, será la ley la que establezca los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares en cualquiera de las hipótesis mencionadas.

”El artículo 42 del decreto 2591 de 1991, en ejercicio de esa atribución, señaló, entre tales casos, el siguiente:

”«2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud (de tutela) esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía».

”Dado el objeto de las sociedades de medicina prepagada, no cabe duda de que contra ellas, aunque sean de carácter puramente privado, es posible buscar el amparo judicial en cuestión”.

Esta línea de argumentación, como se dijo, no habría de suscitar, en su inicio, mayores debates³⁹. La existencia de un texto legislativo que

³⁸ Sala Quinta de Revisión, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁹ De cualquier manera, en algunas oportunidades, las empresas de medicina prepagada advirtieron que la condición de servicio público se predicaba del plan obligatorio de salud y no de los planes complementarios ofrecidos. En la sent. T-104 de 1998 se transcribe el argumento de la empresa de medicina prepagada demandada en dicha oportunidad: “[...] «por otra parte, servicios médicos Colpatria Medicina Prepagada S. A. es una entidad de derecho privado que presta servicios de medicina prepagada, para efectos de lo cual recibe una suma de dinero, cancelada por el usuario con dineros propios y privados adquiere la obligación [*sic*] de asumir el costo de los servicios de salud que establece el contrato, de acuerdo con las limitaciones y condiciones allí previstas. La medicina prepagada es un servicio de carácter privado, totalmente opcional, es decir no obligatorio y en ningún caso constituye un servicio público, pues la prestación del servicio público de salud cumple a través del Plan Obligatorio de Salud a cargo de las E.P.S. dentro del Sistema de Seguridad Social”. En igual sentido se pronunció la empresa de medicina prepagada en el caso resuelto en la sentencia T-660 de 2006. Allí la sociedad demandada advirtió: “De otra parte, sostuvo que el servicio que presta la en-

con alguna claridad resolvía el asunto lograba estabilizar cualquier disputa⁴⁰. A pesar de eso, algunas posturas recientes que más adelante se presentan, tratan de cuestionar, sin advertirlo de manera expresa, la unanimidad de la tesis del servicio público mediante una estrategia dirigida a diferenciar entre demandantes con capacidad económica y sin ella. En el primer caso será un asunto de servicio público mientras que, en el segundo, una situación contractual.

No siendo entonces ese el núcleo de la polémica, el papel estelar en este asunto habría de encontrarse ocupado por el derecho a la salud y el principio de la buena fe —constitucionalizado— cuya exigibilidad se extendía, por efectos de la jurisprudencia constitucional, a relaciones consideradas típicamente contractuales. Así pues, la batalla se concentraría no en la calificación de la actividad de las empresas de medicina prepagada sino, más allá, en los efectos que sobre la estructura y práctica contractuales tendría el impacto de las referidas pautas constitucionales.

B) *La lucha por el control de la buena fe*

Alrededor del alcance de la buena fe en la jurisdicción de tutela se enfrentarían la tesis “pro usuario” y la tesis “pro contrato”. La primera, adscrita a la constatación de la desigual posición de los contratantes, pone de presente el carácter fundamental del derecho a la salud y advertía que las exigencias vinculadas a la buena fe se activan, en la jurisdicción constitucional, solo en favor del usuario del sistema de salud. La segunda sostenía, a partir de la referencia al derecho privado, que el examen de la conducta leal o desleal de ambos contratantes, debe gobernar las contiendas iusfundamentales planteadas en sede de tutela.

Un forcejeo particular consistente entonces en determinar la fuerza de la buena fe en las relaciones contractuales marcaba aquí la historia de la constitucionalización. La leyenda del usuario, verá el lector, se encontró asentada desde el principio en las bases de la jurisprudencia constitucional. Por ello no ha tenido el itinerario extraordinario, aun hoy latente, de la actividad bancaria.

tividad que representa no es un servicio público, por lo que la acción de tutela resulta improcedente y en caso de resultar discrepancias en la ejecución del contrato, deben ser resueltas por la justicia ordinaria”.

⁴⁰ Es posible sugerir que la ausencia de discusión obedeciera, precisamente, al reconocimiento normativo de la condición de servicio público de las actividades vinculadas a la salud. Esta sugerencia se apoya en la idea según la cual los agentes privados vinculados al negocio encontraban poco probable la derrota de tal regla.

La solución del asunto se inauguraba en 1996. La Corte Constitucional sostuvo que era inadmisibles oponer a los usuarios de las empresas de medicina prepagada con el propósito de negarse a la prestación de un servicio específico, argumentos fundados en las cláusulas genéricas que sobre exclusiones o preexistencias se encontraban incorporadas en los contratos correspondientes.

La tesis de la prohibición de las cláusulas genéricas encontró en la Corte Constitucional, desde el principio, decidido apoyo. En la sentencia T-533 de 1996 señalaba la Corte Constitucional:

“Así las cosas, desde el momento mismo de la celebración del contrato, quienes lo suscriben deben dejar expresa constancia, en su mismo texto o en anexos incorporados a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias o quebrantos de salud que ya sufren los beneficiarios del servicio y que, por ser preexistentes, no se encuentran amparados.

”Para llegar a esa definición, bien puede la compañía practicar los exámenes correspondientes, antes de la suscripción del convenio, los cuales, si no son aceptados por la persona que aspira a tomar el servicio, pueden ser objetados por ella, lo cual dará lugar —obviamente— a que se practiquen de nuevo por científicos diferentes, escogidos de común acuerdo, para que verifiquen, confirmen, aclaren o modifiquen el dictamen inicial.

”Sobre esas bases, determinada con claridad la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades y afecciones no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual.

”A juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar —a su cargo— la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia —que, se repite, es taxativa—, pues ella se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes.

”Es evidente que lo expuesto elimina toda posibilidad de que, ya en el curso del contrato, la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores, emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del

convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, por tanto, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida.

”Tal comportamiento resulta altamente lesivo del principio de la buena fe, inherente a todo servicio público (artículo 83 C. P.), y se constituye en peligroso instrumento contra los derechos fundamentales de las personas, quienes, en las circunstancias descritas —dada la unilateralidad de la decisión—, quedan totalmente a merced de la compañía con la cual ha contratado”.

La imposibilidad de argumentar preexistencias cuando ellas no se encontraban expresamente definidas en el contrato y aun en presencia de una cláusula que genéricamente las excluía, se fundaba (i) en la posibilidad de realizar un examen médico previo a la vinculación y (ii) en la calificación, como servicio público, de la actividad desarrollada por la empresa de medicina prepagada. Ello hacía que el principio de buena fe se activara con intensidad en favor del usuario. Adicionalmente, tal determinación se justificaba (iii) en la situación de asimetría existente entre la empresa de medicina prepagada y el solicitante del servicio, y (iv) en la necesidad de proteger el derecho a la salud.

Esta línea de comprensión se confirmó en decisiones de 1997, tal y como ocurrió en las sentencias T-117, T-250 y T-277 de ese año. En ellas se discutía nuevamente, si las empresas de medicina prepagada podían invocar las cláusulas de preexistencias genéricas. Confirmada la tesis general de la prohibición de alegar preexistencias no definidas expresamente en el texto del contrato, ella logró extenderse a una situación en la que se debatió la posibilidad constitucional de una cláusula que establecía para determinados tratamientos un período mínimo de vinculación contractual⁴¹.

⁴¹ Sent. T-307 de 1997, Sala Quinta de Revisión, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Allí indicó la Corte Constitucional: “La cláusula que ha invocado en este caso «Medisalud» para no responder por la atención médica de la paciente dice: «Cláusula cuarta. Cáncer. Siempre y cuando la iniciación de la enfermedad haya sido después del día ciento veintiuno (121) de permanencia ininterrumpida del usuario en este contrato, contados desde la fecha de su aceptación al mismo, la compañía a través del grupo de atención le prestará hospitalización para tratamiento médico y/o quirúrgico de acuerdo con lo previsto en este contrato». Como puede verse, se consagra una afección que, según el mismo texto, contrariando el sentido esencial de la medicina prepagada —es decir, pagada con anterioridad a la manifestación de la enfermedad—, se presenta después de celebrado el contrato y aun a pesar de que —como aconteció en este caso— el examen inicial hubiera mostrado que la persona, al contratar, estaba completamente sana. Se impone al usuario, entonces, la obligación de cotizar durante ciento veintiún días, pero

En estas primeras sentencias, la Corte reconoció la improcedencia general de la acción de tutela en aquellos casos en los que se tratará de una controversia contractual. Tal postura, sin embargo y de acuerdo con lo que precisaba la Constitución, no era aplicable en situaciones en las cuales el mecanismo judicial alternativo no resultaba eficaz para atender el problema. De acuerdo con tal circunstancia y comprobada la urgencia de la mayoría de los asuntos tratados, la Corte Constitucional se orientó a declarar la procedencia definitiva de la acción de tutela a fin de ordenar el adelantamiento de los tratamientos que se requirieran. En su opinión, el trámite de un proceso ante la jurisdicción ordinaria para definir el *problema contractual* ponía en riesgo los derechos constitucionales fundamentales⁴².

A pesar del acuerdo sobre las cuestiones constitucionales descritas, no resultaba claro si estaba permitido que se alegase, por parte de la empresa de medicina prepagada y en el trámite de tutela, la mala fe del usuario al celebrar el contrato, a fin de negar la prestación de servicios relacionados con un padecimiento que se consideraba preexistente. Solo una de las sentencias, la T-117 de 1997, advertía que ello sí era posible. Se anotaba entonces:

“Así las cosas, en lo que corresponde a la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, en este caso, está llamada a prosperar, por cuanto es ostensible la amenaza de los mismos, siendo inaplicable (art. 4° C. P.), frente a los ordenamientos constitucionales citados, la cláusula en virtud de la cual se establece que durante la ejecución del contrato puede diagnosticarse posteriormente la preexistencia de la enfermedad, pues dicha circunstancia debe quedar consignada en el momento de la celebración del contrato, a menos que se demuestre la mala fe por parte del afiliado en lo concerniente al ocultamiento de las enfermedades con anterioridad a la firma del respectivo contrato”.

En cualquier caso, la fundamentación de las líneas generales de este asunto se encontraba en proceso de formación y, todavía requería de algunas explicaciones. Allí pues, se inscribe la sentencia SU-039 de 1998.

en contraprestación no se le brinda la protección en su salud «integral», como lo anuncia el nombre mismo del contrato celebrado. En el fondo, entonces, se hace general y forzosa una «preexistencia», que la compañía presume y hace exigible pese al hecho de haber entrado en pleno vigor el contrato”.

⁴² Aquí no se trata del uso, con el mismo tono, del sermón de la desconfianza presentado en el capítulo segundo. La preocupación de la Corte radica, fundamentalmente, en la tardía solución que podría derivarse del seguimiento de un proceso judicial.

En esta decisión se debatía si una empresa de medicina prepagada podía abstenerse de prestar un servicio requerido para la atención de pericarditis y derrame pleural de una de sus usuarias, advirtiendo que tales dolencias se encontraban asociadas a una preexistencia expresamente prevista en el contrato y consistente en artritis reumatoidea.

La Corte Constitucional precisó, en primer lugar, la naturaleza de la actividad de las empresas de medicina prepagada señalando que no obstante que se trataba de una actividad privada amparada por la libertad económica, el poder de intervención del Estado en su desarrollo se justificaba considerando su condición de actividad de servicio público y, al mismo tiempo de interés público en tanto actividad aseguradora⁴³. En segundo término destacó la importancia del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos de medicina prepagada advirtiendo que la activación de tal exigencia se justificaba, en mayor medida, atendiendo el hecho de que el contrato constituía un acuerdo de adhesión⁴⁴. En tercer lugar reiteró que “las enfermedades y afecciones que no sean determinadas oportunamente, deberán ser asumidos por la entidad de medicina prepagada con cargo al contrato convenido” salvo que el usuario hubiere actuado de mala fe. Estableció, así mismo, que no resultaba constitucionalmente posible que con ocasión del trámite de una acción de tutela el juez declarara que se está en presencia de una preexistencia; ello era un problema contractual que tenía como jurisdicción natural la ordinaria. Sin embargo, sí resultaba posible que el juez de tutela concluyera que no era posible alegar la preexistencia.

Esta conclusión no dejaba de ser en cierto grado paradójica. El juez de tutela no podía determinar si se trataba o no de una preexistencia. Sin

⁴³ Es importante destacar que en la sent. T-277 de 1997 la Corte había estimado que la actividad desarrollada por las empresas de medicina prepagada podía asimilarse a la actividad aseguradora. Sin embargo, no afirmó que fuera, en sí misma, actividad aseguradora.

⁴⁴ Este enfoque de la activación del principio de la buena fe consta en el siguiente aparte de la sentencia: “De manera que, son pocos los asuntos que quedan sometidos a la discusión totalmente libre de las partes, los cuales, en lo posible, no pueden exceder el marco delimitado por el ordenamiento jurídico en rigor, pero que requieren al igual que las situaciones no expresamente pactadas en estos contratos, aun cuando derivadas de la ejecución de los mismos, que la actuación de una y otra parte se adelante mediante una actitud de confianza y credulidad en el estricto cumplimiento de lo negociado y en la realización de las prestaciones en la forma esperada, según el objeto contratado, lo que en consecuencia demanda una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación del vínculo contractual y de los anexos que lo conforman integralmente, especialmente por ese carácter de adhesión que, como ya se dijo, se le reconoce a esta clase de contratación”.

embargo, sí tenía el poder de evitar que ella se alegara hasta tanto el asunto no fuera resuelto por la jurisdicción ordinaria. Tal comprensión se encontraba, sin duda alguna, preocupada por no dejar sin resguardo a un frágil usuario cuya salud demandaba atención. El contratante de derecho privado era un personaje del pasado.

A pesar de la línea “pro usuario” de las tesis anteriores, la Corte admitió que cuando la empresa de medicina prepagada invocara la preexistencia, se paralizaba el reclamo de medicina prepagada y se activaba una obligación de suministrar los servicios por intermedio del plan obligatorio de salud tal y como lo ordenó en la sentencia mencionada. Dejó señalado, adicionalmente, que el reclamo mediante la interposición de la acción de tutela y con cargo al contrato de medicina prepagada era solo posible en aquellos casos en los que estuvieren en riesgo los derechos fundamentales del contratista o de sus beneficiarios. Resumía así una confusa posición:

“De manera que, la Sala estima necesario presentar las siguientes conclusiones:

”1) En el evento de que se alegue una preexistencia dentro del Plan de Medicina Prepagada, la controversia debe ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, si se refiere exclusivamente a materias de índole puramente contractual, pero cabe la tutela con efectos temporales y aun definitivos, cuando las circunstancias del solicitante lo ameriten para proteger la salud, y en conexidad con ella la vida, de aquel y de los beneficiarios del contrato. De ahí que, la Sala no comparte las afirmaciones hechas por el juez de instancia de tutela, en el sentido de dar por acreditada una preexistencia, por cuanto, en el presente caso, tal definición por su calidad de controversia contractual, como se dijo, debe ser resuelta por la justicia ordinaria con los elementos probatorios suficientes.

”2) Cabe destacar, igualmente, que en el curso del contrato no es posible que la compañía de medicina prepagada modifique los términos del mismo en forma unilateral, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, con el propósito de deducir la presencia de una preexistencia durante la ejecución del contrato, excepto que se haya configurado una actuación originada en la mala fe del usuario”.

Esta respuesta constitucional satisfacía parcialmente algunos de los planteamientos de las empresas de medicina prepagada. En efecto, tales empresas exponían, ante los jueces de instancia —alternativa o conjuntamente— (a) que las cláusulas de los contratos que establecían las diferentes exclusiones resultaban válidas y oponibles, (b) que el usuario contratante en la declaración formulada, antes de la celebración del con-

trato, había actuado de mala fe al omitir diversas circunstancias relacionadas con su salud, (c) que dado que se trataba de un contrato sometido a las reglas del derecho privado era la jurisdicción ordinaria y no la constitucional, la competente para determinar la solución de los asuntos propuestos y, adicionalmente (d) que el servicio requerido por la accionante podría ser prestado a través del Plan Obligatorio de Salud en el cual se consagraba la prohibición de oponer preexistencias. Era este el arsenal argumentativo de la desconstitucionalización.

Son numerosas las oportunidades en las que el planteamiento de la Corte Constitucional y el razonamiento de las empresas de medicina prepagada se reprodujeron casi de la misma manera. Ello fue así, incluso, con posterioridad a la expedición de la sentencia SU-039 de 1998. Sin embargo, el acuerdo adoptado no pudo estabilizarse de manera definitiva y algunos quiebres habrían de sobrevenir motivados por las presiones argumentativas de los jueces de instancia y de las empresas de medicina prepagada demandadas.

La disolución del acuerdo conseguido en la sentencia SU-039 de 1998 pareció asociarse, fundamentalmente, al papel de la buena fe como estrategia de litigio de las empresas de medicina prepagada. En ella se había sostenido la imposibilidad de que las empresas de medicina prepagada se opusieran a la atención fundándose en cláusulas genéricas de exclusión o preexistencias dado que ello desconocía el principio de la buena fe. Así mismo se había establecido que era posible contemplar la posibilidad de aducir la mala fe del usuario a fin de eludir la prestación de un servicio y contener los costos vinculados al intercambio forzoso.

La jurisprudencia constitucional obraba hasta ese momento, respecto de la buena fe, en dos dimensiones diferentes: prohibía la oposición de cláusulas genéricas, pero permitía la oposición de las empresas, que demostraran la mala fe del usuario.

La tesis asociada a la primera dimensión fue rigurosamente aplicada en algunos casos que siguieron a la decisión de la Sala Plena. Ello ocurrió, entre otras, en las sentencias T-104 de 1998⁴⁵, T-290 de 1998⁴⁶, T-512 de 1998⁴⁷, T-603 de 1998⁴⁸, T-118 de 1999⁴⁹ y T-909 de 2000⁵⁰.

⁴⁵ Sala Séptima de Revisión, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Sala Octava de Revisión, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁷ Sala Novena de Revisión, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁸ Sala Novena de Revisión, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁹ Sala Segunda de Revisión, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁰ Sala Sexta de Revisión, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

No obstante, en algunos de los casos allí resueltos y a pesar de evidencia clara acerca del comportamiento de mala fe del usuario en el momento de la vinculación contractual, la Corte estimó —incidiendo así en la segunda dimensión del argumento— que la empresa de medicina prepagada debía asumir el tratamiento, considerando que existía a su cargo la obligación de llevar a cabo un examen previo a la vinculación.

Esta línea dura del alcance de la buena fe se expresó así en la sentencia T-118 de 1999:

“Tal y como obra dentro del expediente de la presente tutela, la demandante en el momento de afiliarse a la compañía de medicina prepagada Humana S. A., no indicó el hecho de que varios años antes le había sido diagnosticado un mioma y que le venían tratando a su vez de una dismenorrea severa y un quiste de ovario. Si bien dichos antecedentes médicos no fueron informados por la demandante, la misma compañía de medicina prepagada debe, tal y como se señaló en la sentencia arriba citada, realizar el correspondiente examen de ingreso, con el único fin de poder determinar desde el momento mismo de la afiliación, todas aquellas malformaciones y preexistencias que para dicho contrato serán excluidas del cubrimiento médico por ellos ofrecido. Por tanto, al carecerse de dicho examen, Humana S. A., no puede en desarrollo del contrato, cambiar o modificar los términos del contrato de forma unilateral, y así sustraerse a la obligación contraída por ella desde un principio. Por lo tanto, en aras de proteger los derechos a la salud y a la vida de la demandante, Humana S. A. deberá autorizar y realizar la correspondiente intervención quirúrgica, recomendada por uno de sus mismos médicos, y, posteriormente, si así lo considera, proceder contra la demandante a través de una acción por la vía judicial ordinaria”⁵¹.

Quedaba entonces, así demarcado, un enfrentamiento poderoso acerca del significado de la buena fe en el litigio constitucional⁵².

⁵¹ En idéntica dirección se pronunció la Corte Constitucional en la sent. T-099 de 1999. Allí dijo: “En primer lugar, la Sala no comparte el argumento esgrimido por Colsánitas S. A., en el sentido de que la demandante actuó de mala fe al no manifestar que sufría de dicha enfermedad al momento de suscribir el contrato, pues la detección de las enfermedades que constituyen preexistencias o que no van a ser cubiertas por el contrato, es una obligación de la compañía de medicina prepagada que no puede ser escatimada trasladándola a quien menos conoce del asunto y que, precisamente por eso, contrata los servicios de medicina prepagada con entidades como la aquí demandada”.

⁵² Es importante destacar que las subreglas definidas y que habían operado frente a empresas de medicina prepagada llegaron a extenderse por primera vez, en la sentencia T-118 de 2000, a los supuestos en los cuales el particular accionado era una compañía de seguros que había celebrado un contrato de seguro de salud y cuya naturaleza era ciertamente diferente a la de las empresas de medicina prepagada dado que el contrato suponía

El problema de la posibilidad o no de *excepcionar* la mala fe en la jurisdicción de tutela careció entonces de un acuerdo total a pesar de lo que se había señalado en la sentencia SU-039 de 1998. Las sentencias T-128⁵³ y T-1252⁵⁴ retomando la formulación de la T-117 de 1997 y de la sentencia de unificación, advirtieron expresamente la posibilidad de que las empresas de medicina prepagada se opusieran a la prestación del servicio exigido aduciendo y probando la mala fe del usuario.

En la sentencia T-1252 de 2000, en la que se negó la protección de los derechos de una persona que solicitaba a su empresa de medicina prepagada la práctica de una vitrectomía combinada dado que había omitido informar, al momento de contratar, las enfermedades y tratamientos relacionados con un trauma penetrante de ojo derecho, concluyó la Corte:

“Resulta claro que en el contrato suscrito no se fijó expresa y taxativamente la preexistencia, pero también es más que evidente que el señor Cardona Patiño no actuó de buena fe, pues al momento de firmar el contrato de medicina prepagada, primero (1) de septiembre de 1998, ocultó el problema médico que venía sufriendo desde el año 1983 y no puede pretender ahora, diecisiete años después, el cubrimiento de una afección que ya venía sufriendo y por la que ha tenido que ser intervenido quirúrgicamente en otras dos oportunidades.

”Considera esta Sala que la negativa de autorizar, por parte de Colsanitas, la cirugía del señor Hernán Cardona Patiño es justificada, por cuanto se trata de un problema médico que lo venía aquejando desde hace mucho tiempo y no se puede pretender ahora, por medio de la acción de tutela, que se autorice la cirugía que requiere”⁵⁵.

no la prestación directa de los servicios de salud sino el cubrimiento económico directamente o a través del reembolso. En la ampliación del precedente en esta determinación no se encontró un obstáculo en el hecho de que la actividad de tales sociedades aseguradoras no fue calificada como de servicio público y, en su lugar, la Corte estimó que el contratante de tal tipo de seguros o los beneficiarios de los mismos se hallaban en estado de indefensión.

⁵³ Sala Quinta de Revisión, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. No obstante que en esta decisión la Corte Constitucional concedió el amparo a una mujer que solicitaba la realización de un examen que la empresa de medicina prepagada no había autorizado aduciendo una preexistencia congénita, advirtió sobre el problema de la mala fe: “En caso de duda, entonces, debe resolverse a favor de esa parte débil en el contrato, sin perjuicio de que en situaciones concretas pueda demostrarse su mala fe, lo que, debidamente probado, ha de invertir los razonamientos jurídicos expuestos”.

⁵⁴ Sala Sexta de Revisión, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁵ En la sent. T-128 de 2000 la Corte también indicó lo siguiente: “En cambio, el afiliado —salvo casos excepcionales que no podemos presumir— ignora por lo general los

La contracción de la protección constitucional de los usuarios se extendió, aunque insularmente, al ámbito procesal. Así ocurrió en la sentencia T-687 de 2000 en la que la Corte precisó la posibilidad, en casos de disputas sobre el alcance del contrato de medicina prepagada, de conceder el amparo como mecanismo transitorio⁵⁶. Esta expresión —solitaria en todo caso— de la resistencia a la constitucionalización, acompañada de las reflejadas en las sentencias T-128 y T-1252 de 2000 iba a ser enfrentada por la Corte Constitucional en una nueva sentencia de unificación.

Así, la sentencia SU-1554 de 2000, a pesar de reiterar la tesis de la prohibición de las cláusulas genéricas confirmada en la sentencia de unificación de 1998, impuso un giro en la doctrina relacionada con la mala fe del usuario. La doctrina allí establecida, haciéndole frente a las disidencias al interior de la Corte en un caso en que resultaba claro que el accionante había omitido información relevante al momento de celebrar el contrato, reiteró el deber a cargo de la empresa de medicina prepagada de definir de manera previa y expresa los tratamientos que no serían cubiertos por la empresa correspondiente. En realidad la Corte pretendió cerrarle, definitivamente, el paso a la posibilidad de que la empresa alegara en el trámite de la acción de tutela la mala fe del accionante.

Esta línea de argumentación encontraba apoyo en decisiones precedentes en las que se había establecido, según se anotó, (i) que constituía un deber de la aseguradora realizar el examen médico previo a fin de determinar el tipo de situaciones o tratamientos que serían excluidos de la cobertura otorgada y (ii) que la referencia a la integralidad de los planes ofrecidos a los usuarios implicaba que, salvo los tratamientos o enfermedades expresamente excluidos, todos debían entenderse cubiertos.

En esta sentencia, en la que se negaban los tratamientos requeridos por un paciente diabético debido a la presencia de una preexistencia no informada, indicó la Corte:

“En síntesis, el contrato de medicina prepagada se rige bajo los principios de libertad y buena fe contractual (art. 83 C. N.), en todos los esta-

aspectos científicos, técnicos y económicos que inciden en la relación contractual; carece del apoyo científico y logístico que sí tiene la empresa, y busca protección para su salud, en una situación de indefensión ante ella”.

⁵⁶ Sent. T-687 de 2000, Sala Novena de Revisión, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

dios del proceso de contratación. Al suscribirse el contrato de afiliación al servicio se deben especificar de manera expresa, taxativa y particular las enfermedades o afecciones que, de acuerdo a la relación contractual, se van a excluir de la cobertura del seguro y de la obligación de prestación de determinados servicios, debido a que son preexistentes a la entrada en vigencia del negocio jurídico. El individuo que suscribe el contrato, cuya intención es acceder a una serie de servicios, y la entidad que ofrece el plan de medicina, que tiene un interés económico, deben actuar bajo el supuesto de una confianza mutua que permita que, desde el inicio de la relación jurídica, se establezcan las reglas que van a determinar todo el proceso de ejecución contractual. Esto permite brindar certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de la [*sic*] prestaciones acordadas.

”De esta forma, cada una de las partes conocerá de antemano bajo qué condiciones se prestarán los servicios. Es así como no es posible modificar unilateralmente, en el curso del contrato de medicina prepagada, los términos del mismo con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, con el propósito de deducir la presencia de una preexistencia durante la ejecución del contrato [...], en cuanto se presume la buena fe al momento de manifestar la voluntad contractual o el consentimiento de obligarse [...]”⁵⁷.

Este nuevo llamado de la Corte Constitucional fue acompañado de una precisión específica, adoptada ya en la sentencia T-118 de 1999, en la que se advertía que no obstante la decisión adoptada en el trámite de tutela, la empresa de medicina prepagada podría debatir, ante la jurisdicción ordinaria, las consecuencias asociadas a la manifestación reticente del usuario al celebrar el contrato correspondiente. De esta manera, la Corte convertía el asunto asociado a la mala o buena fe del accionante en un asunto propio de la jurisdicción ordinaria y, por esa vía, intentaba desconstitucionalizar tal cuestión. Mientras tanto el usuario, que en la jurisdicción ordinaria sería un contratante, debía ser atendido.

Conforme a la orientación de la Corte Constitucional definida en la sentencia SU-1554 de 2000, el tratamiento iusfundamental de las discusiones descritas parecía asumirse con agudo respeto en las decisiones que posteriormente adoptó la Corte Constitucional. Ello ocurrió, por ejem-

⁵⁷ La eficiencia de la regla fijada aquí por la Corte puede ser duramente cuestionada si se tiene en cuenta que no parece adecuado, en un escenario de asimetría de información como lo es el asegurador, trasladarle los costos de tal asimetría a quien, en principio, conoce menos del riesgo que se asegura.

plo, en las sentencias T-1697 de 2000⁵⁸, T-549 de 2003⁵⁹, T-065 de 2004⁶⁰, T-699 de 2004⁶¹, T-271 de 2006⁶² y T-875 de 2006⁶³. En varias de ellas, adicionalmente, la Corte estableció que resultaba insostenible la práctica de algunas de las empresas de medicina prepagada que, con el objeto de eludir sus obligaciones y contener los costos que se derivaban de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, advertían al usuario la posibilidad de apoyarse en el plan obligatorio de salud —que no contemplaba preexistencias— a efectos de obtener los tratamientos no cubiertos por el contrato correspondiente.

Así entonces, se mantenía una línea clara acerca de la forma en que debía tratarse la contienda constitucional entre las empresas de medicina prepagada y los usuarios en aquellos casos en los cuales se discutía la existencia o no de exclusiones. La Corte se había orientado, no sin dificultades y aun ante las presiones que en las decisiones de instancia y en las intervenciones judiciales de las empresas de medicina prepagada se ejercía sobre su doctrina con argumentos similares a los que se habían expuesto por tales agentes desde la sentencia T-533 de 1996, por seguir un camino de inflexible constitucionalización. Este camino, se encontraba demarcado, en resumen, (i) por la obligación de establecer expresamente las preexistencias o exclusiones, (ii) por el deber de realizar un examen previo a la vinculación como herramienta ineludible para detectar las preexistencias, (iii) por la prohibición de aducir la mala fe del usuario a efectos de negarse a prestar un servicio no obstante la posibilidad de que ello fuera así ante la jurisdicción ordinaria y (iv) por la imposibilidad de contener los costos de ejecución contractual mediante la remisión al plan obligatorio de salud.

No obstante, algunos de los brotes de intenso desacuerdo plasmados en las sentencias T-128 de 2000 y T-1252 de 2000 han encontrado eco, recientemente, en algún sector de la Corte. Adicionalmente, nuevos elementos parecen dirigirse a limitar el alcance del influjo constitucional en las controversias con las empresas de medicina prepagada. Así, por ejem-

⁵⁸ Sala Tercera de Revisión, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁵⁹ Sala Octava de Revisión, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ Sala Primera de Revisión, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁶¹ Sala Séptima de Revisión, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

⁶² Sala Novena de Revisión, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia la Corte reafirma el precedente definido en las sentencias T-118 de 2000 y T-171 de 2003, referido a la procedencia de la acción de tutela contra las compañías que ofrecen seguros de salud.

⁶³ Sala Segunda de Revisión, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

plo, la sentencia T-005 de 2008⁶⁴ sugiere la posibilidad de que la jurisdicción de tutela examine la buena o mala fe del usuario a fin de determinar la legitimidad de la actuación de la empresa y establece claramente la necesidad de evaluar, para definir el otorgamiento del amparo constitucional, la capacidad económica del accionante⁶⁵. Indicó la Corte:

“Así, son las enfermedades clara y expresamente señaladas como preexistentes en el contrato suscrito entre la empresa y el usuario, con base en un examen previo, las que pueden ser excluidas de los servicios contratados de medicina prepagada. También son excluibles, aquellas enfermedades preexistentes no incluidas expresamente como tales en el respectivo contrato, por circunstancias atribuibles a la mala fe del usuario.

”[...]

”6.1. Conforme a la jurisprudencia constitucional [...], no es posible que en el curso del contrato la compañía modifique en contra del usuario los términos contractuales acordados, con base en dictámenes posteriores, deduciendo unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se gestó, maduró o desarrolló antes de su celebración, para decidir que, pese a no haber sido enunciada como preexistencia, está excluida del mismo.

”6.2. En la información allegada al expediente no aparece que Cafesalud Medicina Prepagada S. A., practicara al usuario el examen médico previo a la suscripción del contrato, con el fin de definir el estado de salud del señor Santiago Ramírez Cadavid y determinar la eventual exclusión de la enfermedad cuyo amparo invoca el actor. Tampoco existe prueba, así fuere sumaria, demostrativa de que el actor conocía de tal patología al momento de celebrar el contrato —caso en el cual tendría que haberlo manifestado—, pues la afección en cuestión solo fue confirmada tras un examen médico realizado el 16 de febrero de 2007. En suma, dado que la mala fe debe ser probada —situación que no se presenta en el caso— la Corte encuentra no acreditadas las condiciones para la validez de la exclusión de una enfermedad preexistente”⁶⁶.

⁶⁴ Sala Quinta de Revisión, M. P. Mauricio González Cuervo. Esta tesis ha sido reiterada en la sent. T-636 de 2008. En uno de los fundamentos jurídicos de esta determinación se dice lo siguiente: “Así, son las enfermedades clara y expresamente señaladas como preexistentes en el contrato suscrito entre la empresa y el usuario, con base en un examen previo, las que pueden ser excluidas de los servicios contratados de medicina prepagada. También son excluibles, aquellas enfermedades preexistentes no incluidas expresamente como tales en el respectivo contrato, por circunstancias atribuibles a la mala fe del usuario”.

⁶⁵ Esta línea parece seguir alguna de las subreglas constitucionales establecidas para definir el otorgamiento o no de medicamentos o tratamientos excluidos del plan obligatorio de salud.

⁶⁶ La relevancia de la capacidad de pago del accionante que, en decisiones anteriores de la Corte referidas a cuestiones constitucionales que vinculaban a las empresas de

El planteamiento de la Corte resulta importante, no solo por la reanimación de la polémica sobre el significado de la buena fe en el litigio constitucional, sino también porque trata de desconstitucionalizar asuntos cuando no percibe a usuarios indefensos. El requerimiento de incapacidad económica que dispone aquí la Corte tendría como efecto, en la jurisprudencia de medicina prepagada, la fijación de un criterio de distinción entre contratante y usuario. Para la Corte sería un usuario —susceptible de ser protegido en la jurisdicción constitucional— si no cuenta con recursos económicos para proveer los tratamientos en disputa. Sin embargo, si cuenta con tal capacidad, se tratará en verdad de un contratante que deberá asumir su propia situación y debatir ante la jurisdicción ordinaria, si así lo quiere, el desacuerdo con su contratante.

Habrà de considerarse qué ocurre ante tales tendencias. Lo cierto es que los agentes privados que orientan el negocio tienen un balance negativo en su batalla frente a la fijación de intercambios forzosos. Esa batalla tiene ese resultado a pesar de su sagaz pretensión de mantener garantizado un espacio de libre transferencia a partir, según se advierte en la estrategia de defensa, de las categorías del derecho privado y, al mismo tiempo, de la jurisdicción ordinaria.

medicina prepagada no había sido examinada, fue expresada de la siguiente manera: “A juicio de esta Corte en el presente caso no se configuran la totalidad de los elementos necesarios para la procedibilidad de la acción de tutela, ya que si bien la actitud de la empresa de medicina prepagada es reprochable, esta no puede ser resuelta por el juez constitucional pues la comprobada capacidad de pago del accionante y la protección general de su salud a través de la E.P.S., no ofrecen un peligro inminente a su vida que comprometa al actor en una situación realmente gravosa o de inmediata vulneración. Por lo tanto, el denunciante puede acudir a los mecanismos de defensa ordinarios para resolver la controversia contractual que sostiene con Cafesalud Medicina Prepagada S. A. [...]. La probada capacidad de pago del actor, constatada a partir del cotejo entre el Ingreso Base de Cotización de \$ 5.573.000 a la EPS y el valor probable de los servicios solicitados (el examen de diagnóstico tiene un valor de \$ 250,000 según lo afirma Cafesalud E.P.S. en su contestación —fl. 21—) no solo lleva a esta Sala a considerar la improcedencia de la tutela frente a la E.P.S., sino que evidencian que no hay amenaza alguna de un perjuicio irremediable lo que también la hace inviable ante Cafesalud Medicina Prepagada S. A, pues el actor puede asumir el costo del diagnóstico requerido para su tratamiento, mientras acude a los mecanismos de defensa judicial ordinarios. Tampoco se puede verificar un perjuicio al derecho fundamental a la vida, toda vez que el actor ha venido recibiendo por parte de la E.P.S. y de la empresa de medicina prepagada, el resto del tratamiento indicado para su patología [...]”.

Lo cierto es que aún se continúan negando servicios en contravía de las reglas de la Corte Constitucional⁶⁷ y, según parece, esta tesis ha encontrado audiencia en nuevas decisiones del referido Tribunal.

C) *Recapitulación*

La discusión acerca de la constitucionalización de controversias contractuales vinculadas a contratos de medicina prepagada, ha sido intensa. Se han conseguido grandes acuerdos alrededor, por ejemplo, de la prohibición constitucional de las cláusulas genéricas. Esta prohibición se ha traducido en la imposición de intercambios forzosos objetados por las empresas de medicina prepagada en cuanto desconocen las estipulaciones contractuales y el deber de fidelidad respecto de tales estipulaciones dada su condición de contratos de derecho privado. La Corte Constitucional, en todo caso, no ha cedido a esa presión.

A pesar del consenso señalado, todavía se extiende una intensa polémica asociada a la posibilidad de que las empresas de medicina prepagada se abstengan de otorgar una prestación aduciendo mala fe del usuario. Dos tesis enfrentadas conviven en la Corte y la solución, a pesar de lo dispuesto en sus intentos de unificación, no parece cercana. Una de ellas advierte que la exigencia de la buena fe habilita, precisamente, la conducta de oposición ante un usuario de mala fe, al paso que la otra indica que la situación de predominio de las empresas y su posibilidad de realizar exámenes exhaustivos impiden alegar tal circunstancia. La sentencia

⁶⁷ La defensa de la empresa de medicina prepagada en el caso resuelto por la sent. T-636 de 2008 fue resumida así por la Corte Constitucional: “Indica que la relación contractual se deriva de un contrato de gestión para la prestación de servicios de salud, de naturaleza privada donde previamente, auspiciado por el principio de la autonomía de la libertad, se señalan las condiciones bajo las cuáles se ejecutará el contrato. [...] Frente al caso particular, afirma que después de revisar sus sistemas de información se comprobó que la accionante se encontraba afiliada al sistema de medicina prepagada desde el 1º de agosto de 2006. Sin embargo, para el procedimiento solicitado la actora presenta una evolución de ocho años, momento en donde le fue practicada una operación de várices en miembro inferior derecho, por lo que la patología que presenta actualmente es preexistente a la firma del contrato de medicina prepagada. [...] Por lo tanto, la entidad estima conveniente abstenerse de autorizar el servicio pedido por la actora toda vez que esta intervención quirúrgica se encuentra excluida de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de medicina prepagada que las partes suscribieron. [...] Adicionalmente, señala que las discrepancias alrededor de la ejecución contractual, como la presente, no pueden ser solucionadas a través de la acción de tutela, pues es la justicia ordinaria quien debe resolver dicha disputa, más aún cuando con su actuación no se está vulnerando ningún derecho fundamental”.

SU-1554 de 2000 se orienta por la segunda de las alternativas advirtiendo, sin embargo, que esa discusión podría canalizarse en la jurisdicción ordinaria.

Así mismo, la debilidad financiera del demandante de una prestación negada por una empresa de medicina prepagada ha irrumpido como un nuevo estándar de delimitación constitucional. La ausencia o presencia de tal debilidad cuenta con la capacidad de constitucionalizar o desconstitucionalizar el asunto. Si ocurre lo primero se trataría de una cuestión del contrato, del derecho privado y de la jurisdicción ordinaria. Si acontece lo segundo, será un problema de la prestación de un servicio, del derecho constitucional y, por eso, de la jurisdicción de tutela.

Lo cierto es que la indicación usual de la Corte orientada a señalar que los contratos de medicina prepagada constituyen una expresión del derecho privado y que las controversias con ellos asociadas deben someterse a la jurisdicción ordinaria se ve, también usualmente, contrarrestada por la presentación del argumento del servicio público y por el señalamiento de las dimensiones constitucionales del problema. La tensión que se encuentra sobre la base de esta conflictiva retórica se ha expresado de manera reciente así:

“Con todo, la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los contratos de medicina prepagada corresponde a la jurisdicción ordinaria, por cuanto se trata de conflictos privados que giran en torno al alcance de los derechos y las obligaciones que surgen para las partes con ocasión de las cláusulas pactadas. Sin embargo, cuando tales disputas trascienden al ámbito de los derechos fundamentales aquellas pueden ser resueltas de manera transitoria o definitiva por la jurisdicción constitucional”⁶⁸.

El consenso alcanzado alrededor de la tesis del servicio público de la medicina prepagada —a pesar de las fisuras que lo amenazan en los últimos pronunciamientos de la Corte— y la posibilidad de iusfundamentalizar una controversia de derecho privado no ha sido suficiente para evitar las divergencias sobre la extensión de la constitucionalización y, en especial, no ha conseguido definir la legitimidad o no de los reclamos sobre prestaciones cuya inclusión en los contratos de medicina prepagada es discutida poderosamente por quienes concurren a este litigado mercado.

⁶⁸ Sent. T-563 de 2009, Sala Cuarta de Revisión, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Tabla 2

¿La constitucionalización del derecho privado tiene impacto en la definición de los usos legítimos del argumento de la buena fe en las controversias contractuales asociadas a contratos de medicina prepagada?

La constitucionalización del derecho privado tiene un intensivo impacto dado que (i) prohíbe las cláusulas genéricas de preexistencias o exclusiones y (ii) impide que las empresas aduzcan la mala fe del usuario	T-533/96		La constitucionalización del derecho privado tiene un reducido impacto dado que (i) no prohíbe las cláusulas genéricas de preexistencias o exclusiones y (ii) no impide que las empresas aduzcan la mala fe del usuario
	T-250/97		
	T-270/97		
	T-118/99	T-117/97 SU-039/98	
	T-118/00	T-128/00 T-1252/00	
	SU-1554/00		
	T-549/03		
	T-065/04		
	T-271/06	T-055/08 T-636/08	

3. LAS ASEGURADORAS PIERDEN SU ÚLTIMO ESPACIO: LOS EFECTOS DEMOLEDORES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SALUD

Una de las garantías centrales del principio de la autonomía de la voluntad, médula del derecho privado, es la libertad de los agentes de contratar o no. De allí se siguen otras asociadas, por ejemplo, a la capacidad de establecer el contenido de los contratos sin más límites que los de origen legal asociados al orden público.

Esta segunda manifestación había sido ya puesta de presente por la jurisprudencia constitucional al advertir la imposibilidad de establecer cláusulas genéricas de exclusión a la prestación de servicios. Sin embargo, las determinaciones de la Corte habrían de referirse, igualmente, a la

libertad de contratar o no de las empresas de medicina prepagada. El último —o el primero— de los eslabones del intercambio voluntario sería limitado duramente por la jurisprudencia constitucional.

A continuación se presenta lo que ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional, alrededor de las obligaciones constitucionales de contratación a cargo de sociedades aseguradoras. Esta breve historia tiene un poderoso antecedente en las discusiones que se originaron en el proceso que condujo a la definición de la actividad bancaria como una actividad de servicio público. Allí, la Corte Constitucional estableció que como consecuencia de tal calificación los bancos no eran titulares de una libertad absoluta para contratar sino que, por el contrario, cuando se abstuvieran de hacerlo debían ofrecer una justificación objetiva y razonable.

A) El inicio de la aventura: un caso dulce para la constitucionalización

El primer juicio⁶⁹ que involucraba a una sociedad aseguradora tuvo su origen en el año 2001 (sent. T-1165 de 2001) y a partir de ese momento —aunque ello ocurrió en muy pocos casos— se materializó un encendido debate al interior de la Corte Constitucional relacionado con las limitaciones que podían imponerse a las decisiones de no contratar adoptadas por aseguradoras. Se trataba de un angustioso reclamo de una pareja de personas VIH asintomáticas que requerían de un seguro de vida para acceder a un crédito de vivienda. La aseguradora se negó.

Por ahora dejaré que el lector pueda imaginarse lo que ocurrió.

El estado actual de la situación y a pesar del consenso acerca de la necesidad de exigir una justificación objetiva y razonable, permite sugerir la inexistencia de un arreglo judicial acerca de la materia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha movilizado entre dos costados relativamente bien identificados: uno de ellos orientado a establecer obligaciones definitivas de contratación y otro, en un sentido diferente, dirigido a ofrecer márgenes para la decisión a los agentes privados y a las entidades del Estado encargadas de adelantar funciones de inspección, vigilancia y control.

Esta es, sin lugar a dudas, una de las cuestiones capitales de la constitucionalización del derecho privado por cuanto afecta directamente el corazón y el alma del derecho privado: la autonomía de la voluntad. A continuación se presenta la historia.

⁶⁹ Considerando la diferencia existente no se contabilizan entre estos casos los referentes al seguro obligatorio.

B) *¿Es posible establecer una obligación constitucional de contratar?*

La actividad de las empresas de medicina prepagada que había sido asimilada por la jurisprudencia constitucional a la actividad aseguradora, se encontraba ya constitucionalizada. Esta constitucionalización, sin embargo, adquirió una fuerza especial cuando se definió la existencia de una obligación constitucional de contratar.

Así ocurrió en las sentencias T-724 de 2005⁷⁰, T-660 de 2006⁷¹ y T-650 de 2007⁷². En ellas la Corte Constitucional estimó, ante circunstancias en las que la necesidad de mantener la continuidad del servicio resultaba necesaria para proteger la salud de los accionantes o de algunos de los miembros de sus familias, que las empresas de medicina prepagada —a pesar de la posibilidad de que los servicios fueran prestados mediante el plan obligatorio de salud— se encontraban obligadas a mantener la relación contractual que o bien había concluido por la expiración de su plazo o bien por determinación de la empresa⁷³.

Estas decisiones, a pesar de tratarse de una intensa intervención en el negocio de las empresas de medicina prepagada, consiguieron la aprobación de todos los integrantes de la salas de revisión. La Corte no atendió las objeciones que los agentes privados habían formulado en las instancias y que además de insistir en argumentos que en litigios precedentes —ya perdidos— habían sido expuestos, remitían a la facultad de las empresas de determinar si se contrataba o no. A pesar de que la Corte, tal y como lo había hecho desde 1996, aludía insistentemente a la naturaleza comercial de las actividades de los particulares accionados y a la importancia de la libertad contractual en el desarrollo de sus operacio-

⁷⁰ Sala Cuarta de Revisión, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷¹ Sala Octava de Revisión, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷² Sala Novena de Revisión, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁷³ Este razonamiento, dirigido a fundamentar la obligación de contratar a cargo de un particular, se apoyó, casi de manera exclusiva, en la paradigmática sent. T-375 de 1997 —el caso de las velas— en el que la Corte Constitucional había definido que existía la obligación constitucional, a cargo de una empresa productora de parafina, de reanudar un contrato con un fabricante de velas al que le había sido terminado como consecuencia de las acciones iniciadas por este en contra de aquella debido al suministro de una cantidad menor. La referencia a este caso y no a los que habían ya establecido limitaciones a la actividad contractual de los bancos no resulta del todo clara. Podría explicarse, posiblemente, por el hecho de que en el caso de estos últimos la Corte no se había mostrado tan decidida para establecer obligaciones específicas de contratación tal y como se exigía en los casos resueltos.

nes, estimó que tales asuntos ostentaban una notable relevancia constitucional que desplazaba no solo su evaluación desde la perspectiva del derecho privado sino también la competencia de la jurisdicción ordinaria⁷⁴. El argumento constitucional de la continuidad del servicio fundamentaba entonces las decisiones de la Corte en las cuales incluso se indicaba, aun estando acreditada una terminación previa y legítima del contrato⁷⁵, que la empresa debía preservar la antigüedad del usuario⁷⁶.

Así, en la sentencia T-724 de 2005 en la que la Corte Constitucional examinó el caso de una persona que exigía la renovación de su contrato con una empresa de medicina prepagada, atendiendo su edad y la necesidad de contar con un tratamiento continuo de sus problemas cardíacos, señaló:

“La Corte comparte la posición de la institución accionada, según la cual el contrato de medicina prepagada estaba regido por las normas del derecho privado y que, por tanto, tenía en principio la facultad de negarse a renovar el vínculo comercial que había suscrito con la ciudadana Roa de Martínez. Con todo, la aplicación del principio de autonomía priva-

⁷⁴ En el contexto de estas limitaciones específicas a la autonomía de la voluntad se inscribe también la tesis de la Corte, expuesta en la sent. T-196 de 2007, de acuerdo con la cual una empresa de medicina prepagada no puede terminar un vínculo contractual cuando, a pesar de que el usuario ha incumplido, aquella ha allanado el incumplimiento al recibir los pagos sin objeción alguna.

⁷⁵ Ello ocurrió, por ejemplo, en casos en los que el contrato de medicina prepagada había sido celebrado y luego terminado con una empresa que tenía por trabajador al accionante.

⁷⁶ En algunos casos en los que la Corte Constitucional comprobaba que no existía una amenaza a la salud de quien pretendía la celebración del contrato, no se estableció una obligación en tal sentido trasladando la controversia a la jurisdicción ordinaria. Así se procedió en un caso (T-591 de 2009) en que el contrato había sido terminado como consecuencia de una mora en el pago y, posteriormente, se solicitó su continuidad. Considerando la referida terminación, la empresa de medicina prepagada tomó la determinación de excluir a uno de los beneficiarios del contrato. La Corte señaló: “En lo que hace referencia a la negativa de Cafesalud Medicina Prepagada a renovar el contrato debido a que en el grupo familiar está incluida la Sra. Natividad Galindo de Gil encuentra esta Sala de Decisión que tal decisión puede potencialmente afectar sus derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso concreto no están presentes los elementos que llevaron a conceder el amparo solicitado en las sentencias T-724 de 2005 y T-650 de 2007. En efecto, si bien se trata de una persona de la tercera edad la cual supuestamente sufre graves dolencias, esto no fue acreditado en el proceso, por el contrario del Anexo Médico aportado por Cafesalud Medicina Prepagada S. A. se desprende que la Sra. Galindo Gil no sufre patologías especialmente graves, tampoco se alegó ni se demostró que la negativa a renovar el contrato de medicina prepagada afectara la continuidad en la prestación del servicio de salud debido a la interrupción de tratamientos en curso”.

da de la libertad para contratar en el presente caso estaba limitado por las excepcionales circunstancias en que se encuentra la actora, las cuales permitían prever que la terminación unilateral del contrato de medicina prepagada, además de afectar la continuidad en el servicio de salud, vulneraría sus derechos constitucionales. En efecto, se trata de una persona de avanzada edad, quien por sus graves dolencias físicas requiere con urgencia de la atención médica necesaria a fin de conservar su integridad física”.

Y en la misma decisión advirtió:

“En definitiva, la negativa de renovar el contrato de medicina prepagada por parte de Colsanitas, si bien es un comportamiento aceptado en tanto relación jurídica de índole privada, para el caso concreto vulnera los derechos fundamentales invocados por la actora, habida cuenta que impide la eficacia de los principios que informan el derecho constitucional de la salud, en especial el de continuidad en la prestación del servicio, el cual adquiere especial relevancia ante las excepcionales circunstancias en que se encuentra la ciudadana Roa de Martínez”.

En una dirección semejante y con el propósito de evitar decisiones de no contratación carentes de una razón suficiente, la Corte se ha mostrado dispuesta a exigir valoraciones adicionales por parte de las empresas de medicina prepagada cuando se presentan opiniones divergentes y sin soporte suficiente que dan lugar a la no afiliación de una persona. En consecuencia, la decisión de contratar no es absolutamente libre pues requiere posarse en razones aceptables. Esta línea de la Corte, en casos de medicina prepagada se mostró con una fuerza particular en la sentencia T-140 de 2009 en la que la Corte, aunque no amparó los derechos de un niño que no fue aceptado como beneficiario de un contrato de medicina prepagada como consecuencia de las dolencias que lo afectaban, dispuso la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud a efectos de que en ejercicio de sus facultades estableciera precisas exigencias de motivación al momento de definir la contratación o no⁷⁷.

⁷⁷ En el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional estableció lo siguiente: “*PREVENIR* a la Superintendencia Nacional de Salud para que en cumplimiento de sus funciones legales de control y vigilancia a las entidades prestadoras de los servicios de medicina prepagada y sus contratos: (i) exija que las entidades que prestan los servicios de medicina prepagada, motiven de manera seria y concreta el rechazo de los candidatos a clientes, de quienes soliciten la vinculación a los planes por ellos promovidos, de forma expresa y específica. En segundo lugar, que (ii) dadas sus atribuciones de revisión de los contratos tipo de estas entidades, determine los mecanismos para que en los contratos de medicina prepagada, en los que se configura la protec-

La determinación de constitucionalizar de manera tan intensa la actividad contractual de la actividad de medicina prepagada —en cuanto actividad aseguradora— no era una reacción reciente. Al lado de este progresivo intento se había venido gestando, con dificultad mayor, una línea de argumentación dirigida a incidir en la actividad de las sociedades aseguradoras no vinculadas con la prestación del servicio de salud.

Su génesis, aunque pasó inadvertida para las decisiones que la siguieron, lo fue la sentencia T-118 de 2000. En ella, según recordará el lector, se amplió el precedente aplicable a las empresas de medicina prepagada en materia de preexistencias, a sociedades que ofrecían seguros de salud y cuya prestación básica consistía, en caso de ocurrir el siniestro, en el desembolso o reembolso de la suma requerida para su atención. Esta extensión se apoyó en la relación del seguro con la salud, en el hecho de que la legislación en materia de seguridad social contemplaba tal actividad en el catálogo de los planes complementarios regulados en la ley 100 de 1993 y en las condiciones de indefensión que se establecían entre una aseguradora y quienes con ella pretendían contratar. Este último argumento habría de ocupar un lugar destacado en las decisiones siguientes.

Pues bien, el 6 de noviembre de 2001, a la Corte Constitucional⁷⁸, le correspondió el *caso dulce*. Se trataba, según se anticipó, de definir si era constitucionalmente legítimo que una compañía aseguradora se abstuviera de suscribir un contrato de seguro de vida solicitado por personas asintomáticas de VIH, teniendo en cuenta que la existencia de dicho contrato resultaba indispensable para acceder efectivamente y por requerimiento de la entidad bancaria, a un crédito de vivienda.

La sociedad accionada sostuvo en las instancias que los accionantes podían acudir a otras sociedades aseguradoras para solicitar la póliza y, adicionalmente, que no era tolerable obligarla a suscribir un contrato de la naturaleza indicada teniendo en cuenta que existía una aseguradora estatal —la Previsora S. A.— que podría hacerse cargo de ello. Igualmente, advirtió que el problema era de naturaleza contractual y, por ello, la acción de tutela no resultaba procedente. En el corazón de la aseguradora latía la imagen del derecho privado.

No suscitó interés para la Corte determinar si la actividad específica de la aseguradora constituía o no un servicio público. Probablemente el

ción transitoria del recién nacido, se establezca con claridad por las partes contratantes qué patologías serán expresamente exceptuadas para justificar la exclusión de un menor de su calidad de beneficiario del contrato de medicina prepagada de sus padres”.

⁷⁸ Sent. T-1165 de 2001, Sala Segunda de Revisión, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

apremio de la sentencia T-105 de 1996 en que pareció restringir tal posibilidad al seguro obligatorio, sólo le permitía seguir un camino diferente⁷⁹. Por ello, la mejor estrategia para constitucionalizar el asunto fue la referencia a la existencia de una situación de indefensión. Este argumento ya había sido estrenado en la sentencia T-118 de 2000 y permitía contar con una imagen análoga a la de la leyenda del usuario. Se trataría, si se quiere darle algún nombre, de la leyenda del abrumado.

Tal circunstancia intentó ser probada por la Corte a partir de dos argumentos: de una parte, la calificación de la actividad aseguradora como de interés público y, de otra, la situación de predominio del asegurador que le permitía abusar de su poder.

Inaugurada tal tesis se “apareció” un personaje rendido como aquel identificado en la actividad bancaria. A partir de allí, la fundamentación de la Corte Constitucional se dirigió a señalar que era inaceptable la determinación de una aseguradora de no celebrar un contrato con los accionantes debido a que ello constituiría un acto de discriminación constitucionalmente proscrito y, debido a los supuestos acreditados, desconocería el derecho a acceder a una vivienda digna. Así entonces, de manera recia indicó la Corte:

“Por consiguiente, habrá de concederse la protección solicitada, pues en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir la póliza de vida, además de ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial.

”Los actores tienen derecho a vivir, en una vivienda digna, con dignidad, mas aún, dadas las circunstancias especiales en las que se encuentran, por cuanto puede considerarse que para ellos acceder a una vivien-

⁷⁹ En la sent. T-105 de 1996 la Corte Constitucional había dicho: “Es claro entonces, que el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, obedece a un régimen impositivo del Estado que compromete, como ya se anotó, el interés general y busca de manera continua y regular satisfacer necesidades de orden social y colectivo —protección de los derechos a la vida y la salud—, en procura de un adecuado y eficiente sistema de seguridad social que propenda por un mejor modo de vida. Queda así establecido, que la actividad aseguradora, frente al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, cumple con gran parte de los elementos básicos que la Constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han identificado como requisitos para que los particulares colaboren en la prestación de los servicios públicos”. Esta sentencia fue reiterada, en relación con este aspecto, en la fundamentación de la sent. T-1223 de 2005.

da de interés social, vivienda que precisamente pretende proteger a la población mas pobre y vulnerable, es como obtener la protección a un mínimo vital en materia de vivienda”.

No le interesó a la Corte la valoración que del futuro negocio había llevado a efecto la aseguradora. El riesgo del negocio, elemento característico de la actividad aseguradora, no fue considerado un argumento suficiente a tal punto incluso que su argumento puede caracterizarse indicando que el riesgo debía ser asumido porque, en cualquier caso, *todos nos vamos a morir*⁸⁰. Ni siquiera la Corte se detuvo a examinar si el riesgo de muerte que debía asegurarse podía ser asumido por el banco. Para la Corte Constitucional, resultó también irrelevante que los accionantes tuviesen la alternativa de acudir a la aseguradora estatal. En este asunto, entonces, no cabía hacer la distinción entre Estado y particulares y, por ello, ordenó suscribir la póliza en condiciones de igualdad. Todos habrían de encontrarse expuestos, así lo notificaba la Corte, a la fijación de intercambios obligatorios. Un caso posterior, habría de confirmar la tesis.

Abierto el camino con la sentencia T-1165 de 2001 y con la idea fijada de que se trataba de una relación desigual que atraía la Constitución, la sentencia T-1118 de 2002⁸¹ lo siguió. En esta oportunidad tuvo que determinar la Corte si, a la luz del derecho a la igualdad, era admisible que una compañía aseguradora se negara a cotizar el valor de la prima de una póliza de seguro de accidentes personales a favor de personas con discapacidad.

A pesar de que durante el trámite de revisión de la sentencia de tutela, la aseguradora estimó —en un evidente acto de arrepentimiento— la

⁸⁰ La caricaturización de este argumento, que lo presento con un respeto profundo, se sigue de lo señalado en el fundamento jurídico 5 de la sentencia: “En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado cual es, la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuando se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir más rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política (artículo 13). [...] Así, la entidad demandada, decidió asumir el riesgo que puede existir en caso de incendio o terremoto, sobre el inmueble que quieren adquirir los demandantes, imprevistos que pueden presentarse o no. Empero, se repite en forma discriminatoria decide no expedir la póliza de vida, razón por la que surge un interrogante y es ¿el riesgo de suscribir la póliza de vida, es mayor al riesgo que podría presentarse en caso de incendio o terremoto?”.

⁸¹ Sala Tercera de Revisión, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

posibilidad de celebrar el contrato de seguro correspondiente, la Corte consideró procedente pronunciarse de fondo.

Era ya demasiado tarde.

La Corte no se refirió a la decisión de la T-1165 de 2001 pero aceptó que los accionantes se hallaban en situación de indefensión y que no podía aceptarse, de acuerdo con el artículo 13 constitucional, establecer una distinción sobre la base de la discapacidad, a efectos de definir el otorgamiento o no otorgamiento de un contrato de seguro. La posibilidad conferida a las aseguradoras por el Código de Comercio para elegir los riesgos a cubrir, pasaba inadvertida para la Corte que, antes de ordenar la cotización del valor de la póliza indicó:

“Una interpretación de las normas legales que rigen la actividad aseguradora de conformidad con la Constitución permite concluir que las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas. Que existe una tal relación entre las personas con discapacidades y las compañías aseguradoras es un hecho innegable. Para demostrarlo basta generalizar la negativa inicial de la demandada a la decisión que podrían adoptar las demás aseguradoras; según la interpretación esgrimida por aquella, éstas también podrían negarse a cotizar el costo de una póliza de seguro de accidentes “teniendo en cuenta las circunstancias del grupo asegurable”. Significa ello que las personas con discapacidad deberían resignarse a quedar excluidas del sistema de seguros, y que la Constitución permanece impasible ante tal situación de indefensión. La respuesta a la pregunta de si esta consecuencia es constitucionalmente admisible no puede ser sino negativa”.

Controversias posteriores se suscitaron frente sociedades aseguradoras en relación con su poder de contratar. La Corte Constitucional mantuvo su tesis acerca de la indefensión de los particulares que se relacionaban con tal tipo de organizaciones. Así en la T-517 de 2006⁸² y en la T-416 de 2007⁸³ se discutía si resultaba admisible que una aseguradora se abstuviese de expedir una póliza judicial advirtiendo su facultad, reconocida en el artículo 1056 del Código de Comercio⁸⁴, de elegir los riesgos.

⁸² Sala Sexta de Revisión, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸³ Sala Octava de Revisión, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸⁴ Indica tal artículo: “Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

En la sentencia T-517 se analizó el caso de una persona que había solicitado una póliza judicial a diferentes sociedades aseguradoras con el propósito de hacer posible, según lo exigen las normas procesales, la práctica de un embargo en contra del tercero civilmente responsable en un proceso penal. El tercero demandado como civilmente responsable era, precisamente otra aseguradora. Las referidas sociedades, al parecer tomando en cuenta que se trataba de un camarada y en un probable acto de cortesía, se negaron a la expedición de la póliza. La incapacidad del accionante de constituir otro tipo de cauciones podría frustrar, según alegaba este, su interés resarcitorio. La sentencia T-416 discutía si era constitucionalmente correcta la oposición de una aseguradora a expedir una póliza judicial que requería una asociación para la práctica de un embargo en un proceso ejecutivo iniciado en contra de una entidad pública; según la aseguradora, en este tipo de casos era política no cubrir riesgo alguno.

Para la Corte, dado que la actividad aseguradora era de interés público, la libertad contractual podía ser limitada y, en tal sentido, bordeando las pautas definidas en relación con entidades bancarias, la determinación de no contratar debía fundarse en una justificación objetiva y razonable⁸⁵. Adicionalmente, en una interpretación estricta y ciertamente original del artículo 1056 del Código de Comercio la Corte señala, en tesis que venía anunciándose en decisiones anteriores, que la libertad de las aseguradoras se refiere, fundamentalmente, a limitar el alcance de los riesgos que asume y no, genéricamente, a abstenerse de contratar⁸⁶.

⁸⁵ Esta posición fue recogida por la Superintendencia Financiera en la Circular 23 de 2005 incorporada a la Circular Básica Jurídica. Allí se dice: “De tal forma, cuando la prestación de un servicio no sea impuesta obligatoriamente por su régimen respectivo, la negativa para suministrarlo o su terminación unilateral debe basarse, estrictamente, en la evaluación de las condiciones y los riesgos inherentes a las operaciones que se realizan o se realizarían con cada consumidor, de forma que la abstención de prestarlos esté plenamente justificada en criterios objetivos y razonables que deben ponerse en conocimiento del consumidor cuando lo solicite”.

⁸⁶ Esta interpretación contrasta con lo dicho por la doctrina mas autorizada en derecho de seguros. EFRÉN OSSA, al referirse a las exclusiones convencionales decía: “Es inobjetable el derecho de la empresa de seguros a limitar la extensión del amparo”. Hasta aquí, parecería ser compatible la posición de este autor con la jurisprudencia constitucional en el sentido de que las aseguradoras cuentan con la posibilidad, únicamente, de delimitar los riesgos. Sin embargo, a continuación sigue el influente autor colombiano: “El citado art. 1056 no deja duda alguna a este respecto. Como si tuviera su inspiración en este precepto de la ley colombiana, el expositor norteamericano EDWIN W. PATTERSON se expresa así: “En primer lugar, ha de observarse que, con pocas excepciones de importancia, tales como la relativa a la ley de seguro obligatorio de automóviles del Estado de Massachusetts, el asegurador es libre de rechazar cualquier riesgo, con razón o sin

Con apoyo en ello, la Corte emplea una de las expresiones cumbre en la explicación de la constitucionalización del derecho privado como un proceso de imposición de intercambios forzosos:

“Ninguna explicación, diferente a la autonomía privada de la voluntad, fue dada por las aseguradoras, lo cual no es aceptable constitucionalmente”⁸⁷.

Esta fórmula, de indudable reclamo, suponía que la Corte Constitucional no iba a tolerar la invocación simple del *querer* o de aquello “que me venga en gana” y, en su lugar, construía un derecho complejo a conocer las razones de la negativa y a recibir sólo determinado tipo de razones.

A pesar del acuerdo general conseguido —una especie de balance constitucional—, la imposición de obligaciones de contratación no suscitaba idéntico consenso. Así, en la sentencia T-517 de 2006 al salvar su voto y luego en la T-416 de 2007 al actuar como ponente, el Magistrado Tafur destacó que lo procedente, en este tipo de casos, consistía en una orden para que la sociedad aseguradora renuente a contratar expusiera las razones que explicaban su conducta. Esta perspectiva, que claramente se orientaba a limitar la posición de la Corte —aunque había tenido manifestaciones precedentes pero aisladas en la actividad bancaria⁸⁸— intentaba proteger un último espacio de autonomía a los agentes privados cuyo ejercicio, según la postura de Tafur, habría de encontrarse custodiado por la autoridad encargada de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control.

El desacuerdo de Tafur que se refiere entonces, fundamentalmente, a los efectos o alcances de las ordenes, se acerca a la sentencia T-763 de 2005 y estima inconvenientes decisiones como las adoptadas en las sentencias T-1165 de 2001 y T-1118 de 2002.

ella. Un asegurador no es estrictamente una empresa de servicio público y de ahí su libertad para elegir las personas con quienes quiere contratar. Por la misma razón, una empresa de seguros puede delimitar el suceso asegurado tan estrechamente como desee y exceptuar las causas que le vengan en gana, a menos que por ley se requiera una forma especial de póliza [...]”. EFRÉN OSSA, *Teoría general del seguro*. El contrato, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 430 y 431.

⁸⁷ Sent. T-517 de 2006. En la sent. T-416 de 2007 la Corte reprodujo la fórmula del intercambio forzoso advirtiendo: “En este caso, ninguna explicación, diferente a la autonomía privada de la voluntad fue dada por la aseguradora, lo cual, como se dijo, no es de recibo constitucional”.

⁸⁸ Sent. T-763 de 2005.

Advirtió entonces la Corte en la sentencia T-416 de 2007, bajo el liderazgo de Tafur y en un acto de abierta oposición a la decisión contenida en la sentencia T-517 de 2006 que había motivado su salvamento de voto:

“Las sentencias de instancia, siguiendo la doctrina consignada en la sentencia T-517 de 2006, [...] concedieron la tutela ordenando a la empresa Liberty S. A. la expedición de la póliza solicitada por los propietarios de “la parcelación La Riverita primera etapa” de la ciudad de Cali. De conformidad con lo aquí expuesto, esta Sala sólo comparte parcialmente la decisión de las sentencias revisadas en tanto considera, que al ordenar de plano la expedición de la póliza judicial, las sentencias restringen a la aseguradora Liberty S. A. todo poder de discernimiento en punto al riesgo que debe asumirse, y de esa manera comprometen también el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero”⁸⁹.

Se agrietaba entonces el ímpetu de las órdenes. Ellas, sin embargo, pueden convivir en la actualidad al amparo del acuerdo conseguido sobre la tesis según la cual la autonomía pretendida por las aseguradoras, a partir de las reglas del derecho privado, se encuentra constitucionalmente limitada.

El rompimiento descrito, sin embargo, es un asunto nuclear. La cuestión consiste en precisar cuál es el lugar en el que puede discutirse la objetividad y razonabilidad de las decisiones aseguradoras. Habrá de esperarse entonces una disputa por ampliar o reducir, en este específico aspecto, el alcance de las órdenes de la jurisdicción de tutela en los casos en los que se echa de menos una justificación objetiva y razonable. En

⁸⁹ Más adelante indicaba la Corte: “Una orden tal supone, igualmente, que la entidad accionada tenga, sin más, que asumir el riesgo propuesto, sin un pronunciamiento de fondo sobre la valoración objetiva del riesgo que se le propuso asumir. No es esa la dirección de este fallo, en donde reiteradamente se ha dicho, que la aseguradora es una actividad de interés general y las Compañías de Seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces, pero, dado el interés público que también representan, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por apreciaciones relativas a la autonomía de la voluntad. [...] Según quedó dicho, el remedio constitucional en este caso apunta a que la empresa Liberty le explique a los peticionarios las razones por las cuales negó la expedición de la póliza y una vez conocidas tales razones, la accionante, si lo estima conveniente, eleve una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia para que esta entidad pueda evaluar los criterios que tuvo la aseguradora para negarse a contratar. Todo lo anterior encaminado a que la expedición de la póliza solo pudiese ser dispuesta si la negativa de la aseguradora no resulta en armonía con las funciones inherentes a esa actividad, en los términos de los artículos 333 y 335 de la Carta Política”.

ese detalle se encuentra en juego una parte importante de la constitucionalización de la actividad aseguradora dado que o bien quedara gobernada por la jurisdicción constitucional —al parecer impactada por una sensibilidad igualitaria a veces incompatible con las pautas de pensamiento de las aseguradoras— o se llevará a un escenario que podría mostrarse más sensible a la técnica aseguradora liderado por la Superintendencia Financiera.

C) *Recapitulación*

La jurisprudencia constitucional se ha encontrado alerta a incidir en la actividad aseguradora. Su imagen como una actividad del derecho privado sensible al respeto profundo de los intercambios voluntarios ha sido golpeada a pesar de la resistencia de las aseguradoras. Esa imagen, además de estar vinculada con la regla general de la autonomía de la voluntad se encuentra ilustrada en el artículo 1056 del Código de Comercio.

Ello no ha sido obstáculo para la Corte. La línea relativamente simple que habían impuesto los casos del seguro obligatorio y de prestación de servicios de salud, en los que se utilizó el argumento del servicio público, fue sustituida por un poderoso trazado fundado en la indefensión. Con este argumento, los efectos de la leyenda del usuario se han extendido. La poderosa funcionalidad de la igualdad material para explicar los nuevos asuntos aseguradores tiene un efecto constitucionalizador difícil de controlar considerando el carácter marcadamente igualitario de la jurisprudencia constitucional en casos de derecho privado. Afirmar que hay indefensión enfrenta a las aseguradoras a perdigones que afectan la imagen de aquello que creen poder hacer.

Esta sustitución de la línea de argumentación le permitió a la Corte emprender su lucha contra el texto del artículo 1056 del Código de Comercio. Su interpretación original lo asociaba a la idea de que la aseguradora, salvo los límites de la ley, podría hacer aquello que “se le viniera en gana”. Para la Corte eso no podría ser más así pues la autonomía de la voluntad se encontraba ahora sitiada por exigencias igualitarias que prohibían actos no razonados.

Esta constitucionalización ha supuesto la protección de diferentes derechos fundamentales. En algunos casos se ha tratado del derecho a la igualdad, en otros se ha amparado el derecho a la vivienda digna. Así mismo en los casos más recientes se han tutelado los derechos de acceso a la administración de justicia y el derecho a la reparación.

No obstante que en esta materia no han sido discutidos un alto número de casos, lo cierto es que la fundamentación constitucional de la obliga-

ción de contratar, al menos desde la perspectiva de las normas en el papel, reviste una importancia fundamental dado que impone límites a la posibilidad de decidir y de elegir los riesgos. En ese contexto la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha orientado a exigir una justificación objetiva y razonable.

Este requerimiento, nacido en la actividad bancaria, se extendió a la actividad aseguradora y habrá de esperarse lo que allí ocurra. No obstante, la posibilidad de que esta discusión continúe aferrada a la jurisdicción constitucional dependerá de la forma en que se desenvuelva la polémica sobre los efectos que se derivan de la ausencia de una justificación objetiva y razonable y, más allá de ello, de los agentes estatales que deberán ocuparse de resolver tales asuntos. Las pautas de pensamiento acerca de la constitucionalización no son idénticas a pesar de la unidad de la regla según la cual esta exigida una justificación objetiva y razonable. De otra manera dicho, esa regla puede tener mayor o menor amplitud según el lugar en el que su alcance sea discutido; espero que el lector iusprivatista o constitucionalista pueda creer sinceramente que es diferente si su interpretación se produce en la jurisdicción de tutela, en la superintendencia financiera, en la comunidad de asegurados o en la congregación de aseguradoras.

La historia está entonces lejos de cerrarse y, al menos para el negocio asegurador, los asuntos que restan por definir tienen una importancia capital. Más importante aun es que los pasos dados por la Corte para constitucionalizar la actividad aseguradora hacen cada vez más dúctiles las barreras en las que este proceso debe detenerse.

Tabla 3

¿Es constitucionalmente posible imponer obligaciones de contratación a las sociedades aseguradoras?

Resulta constitucionalmente posible imponer obligaciones de contratación a las sociedades aseguradoras	T-105/96	C. de Co., art. 1056	No es constitucionalmente posible imponer obligaciones de contratación a las sociedades aseguradoras
	T-1165/01		
	T-1118/02		
	Circular 23/05 ¹ (S. Financiera)		
	T-724/05		
	T-517/06		

	T-660/06		
		T-416/07	
	T-650/07		
		T-140/09	
		T-563-09	
		T-591-09	

4. LA INTERACCIÓN DE LOS DISCURSOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LOS SIGNOS DE INEFICACIA RELATIVA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El examen llevado a cabo en este capítulo ha permitido comprobar (i) que existe una variedad de discursos a los que se acude en el proceso de constitucionalización del derecho privado y en los que se encuentran contenidas las diferentes narraciones de la constitucionalización, (ii) la forma en que esos discursos, en particular el defendido por los agentes privados afectados por la constitucionalización, acuden a la noción de derecho privado con la pretensión de contrarrestar la fuerza expansiva de la Constitución, (iii) la posibilidad de considerar el proceso de constitucionalización del derecho privado como un proceso de imposición de intercambios forzosos particularmente molestos para el derecho privado no solo por *lesionar* algunos de sus presupuestos sino también por desplazar a la jurisdicción ordinaria, (iv) la relativa ineficacia que las propuestas interpretativas de los agentes privados han tenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional —diferente a lo que ha ocurrido en la jurisprudencia paralela de los jueces de instancia— y (v) la disminuida fuerza de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el comportamiento de los agentes privados si se tiene en cuenta, por ejemplo, que a pesar de la unificación de subreglas constitucionales, tales agentes han continuado litigando masivamente con los argumentos cuya corrección constitucional, de antemano, había sido negada por la Corte Constitucional.

Esta caracterización del proceso judicial de constitucionalización demuestra entonces la activación de diversas narraciones acerca del nivel adecuado de injerencia de la Constitución en el derecho privado. Las estrategias que se utilizan son de diversa naturaleza y coinciden en mayor o menor medida con algunos de los discursos de la constitucionalización. Ello implica que transitan narraciones propias de la sobreconstitucionalización, de la infraconstitucionalización o de la constitucionalización adecuada.

La alegoría del contratante y la leyenda del usuario representan gráficamente lo que está en juego en esta historia constitucional. Las relaciones de agentes privados deben comprenderse en el plano del derecho privado o pueden ser estimulados a andar caminos constitucionalizados. La suerte en uno y otro caso es diferente. Allí y acá las formas de litigio, las estrategias de argumentación y las fuentes utilizadas son diferentes. Esa diferencia tiene un origen complejo que se encadena a la pregunta inevitable acerca de los límites entre lo público y lo privado. Son diferentes imágenes, diferentes formas de ser el derecho y, por eso, la constitucionalización del derecho privado pone en jaque nuestras ideas más elementales.

El agresivo carácter de las disputas alrededor del proceso señalado y la resistencia continuada a él en la jurisdicción de tutela, conduce a la posibilidad de plantear como hipótesis que la constitucionalización real, es decir la de las prácticas, es mucho menor de lo que se cree. A pesar de la reiteración las prácticas privadas no parecen alterarse de manera profunda. Los agentes privados continúan defendiéndose frente a los asuntos en los que resultaron derrotados en el pasado. No se fatigan de litigar de la misma manera cada caso a pesar de la debilidad, al menos desde la visión de la Corte, de sus argumentos. Parecen guardar la esperanza de que el nuevo caso resultará mejor, que la regla se modificará, que los jueces de instancia les darán la razón y ello podrá pasar inadvertido en el proceso de selección en la Corte Constitucional. Su disputa por el derecho privado no yace inerte. Se encuentra viva mientras puedan debatir el alcance de la regla y crean, con sinceridad, que cuentan con una audiencia que los escucha atenta y que confía poder preservar los espacios del derecho privado.

Se enfrentan pues, a la poderosa leyenda del usuario utilizando con aguda determinación la alegoría del comerciante y sus naturales consecuencias de desconstitucionalización.

A continuación, en la última parte de este trabajo, se presenta una línea general de comprensión de la aparente ineficacia relativa de la constitucionalización.

CAPÍTULO IV

ENTRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN JUDICIAL Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN REAL

1. PRESENTACIÓN

El grado de constitucionalización del derecho privado en Colombia depende de los cambios que la jurisprudencia de la Corte Constitucional produce en el comportamiento de los agentes concernidos por ella. Tales agentes se encuentran preocupados por la salvaguarda de los intercambios voluntarios y, para defenderlos, se apoyan en usos más o menos extendidos de la noción de derecho privado. Parecen estimar que tales intercambios se encuentran en riesgo como consecuencia de las restricciones fundadas en normas constitucionales y en precedentes de la jurisprudencia constitucional.

Esta conclusión puede inferirse de las prácticas de defensa planteadas ante los jueces de instancia. En la mayoría de casos revisados por la Corte Constitucional y referidos en el capítulo anterior, bancos, aseguradoras y empresas de medicina prepagada indicaban que su comportamiento estaba amparado por la autonomía de la voluntad, que el problema planteado se encontraba regulado por la ley y por el contrato y que el análisis de la controversia no le correspondía a la jurisdicción constitucional sino a la jurisdicción ordinaria¹.

Esta aguda reacción al plantear sus oposiciones no es simplemente un problema de acción defensiva ante los tribunales. Tal línea de comportamiento parece sugerir una intensa oposición a la acción de la Constitu-

¹ Aunque bajo la idea del sermón de la desconfianza este asunto fue discutido, queda abierta la cuestión acerca de las expectativas que los agentes privados afectados tienen en relación con el comportamiento de la jurisdicción ordinaria. Parecen creer, por ejemplo, que los jueces civiles al actuar en tal condición y no como jueces de tutela, se ajustarán con mayor precisión a las reglas de derecho privado y a sus pautas de interpretación. Podría tratarse de una especie de transmutación del discurso de los agentes judiciales cuyo efecto es propiciar decisiones redistributivas al resolver acciones de tutela y conmutativas al fallar casos ordinarios.

ción en sus comportamientos. Se trata, en verdad, de un gran abismo entre las normas en el papel y las normas en la acción. Este abismo implicaría que, mientras se desdice y objeta la acción de la Corte Constitucional, las prácticas reales calificadas como inconstitucionales no sufren mayor quebranto.

A continuación se presentan algunas ideas acerca de las posibilidades de impacto real de la jurisprudencia constitucional en el derecho privado. Para el efecto, (i) se tomará nota del examen que de la jurisprudencia se ha llevado a cabo inicialmente, (ii) de las reacciones que a lo largo de la historia constituida por tal jurisprudencia, han tenido bancos, aseguradoras y empresas de medicina prepagada, (iii) de la opinión de personas que participan de alguna manera en el ambiente examinado² y (iv) de específicas categorías del análisis económico del derecho que pueden proveer puntos de vista útiles.

La conclusión de este análisis permite señalar que el proceso de constitucionalización del derecho privado puede encontrarse afectado por un fenómeno de ineficacia relativa determinado (i) por la importancia de la estabilidad y la seguridad en las prácticas de derecho privado y que echan de menos los agentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, (ii) por la comprensión que se tiene acerca del grado de obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional y (iii) por las consecuencias que el seguimiento estricto de las reglas definidas por la Corte Constitucional podrían tener en la estructura de los negocios.

La estrategia argumentativa “del derecho privado”, a partir de la cual se funda una oposición a los intercambios forzosos, se encuentra en el corazón de las razones que podrían explicar que la práctica constitucionalizadora en los escenarios analizados sea reducida. Desde luego, esa no es la única razón y algunas variables adicionales parecen incidir en su comportamiento. Tales variables tienen una especie de vinculación fenomenológica con la idea de derecho privado y se encuentran relacionadas con concepciones generales, más o menos extendidas, frente a las relaciones privadas y que las asocian a la necesidad de contar con estándares altos de seguridad jurídica y a la imposibilidad de exigir actuaciones redistributivas que afecten el negocio mediante la imposición de

² Con diferentes propósitos y en diversos escenarios fueron entrevistados destacados abogados y profesores que trabajan en diferentes posiciones del sector bancario y asegurador. Entre ellos se destacan Alejandro Venegas Franco, Sergio Rodríguez Azuero, Mauricio Valenzuela Grueso, Luis Eduardo Clavijo Patiño, Juan Manuel Díaz-Granados y Manuel Guillermo Rueda Serrano.

mandatos o prohibiciones específicos a quienes actúan en el mercado del derecho privado.

A continuación se propone una presentación ordenada de tales variables. Lo único que espero es ofrecerle a quien ha resistido la lectura, un círculo de comprensión más amplio de este proceso que sea consciente no solo de las reglas en el papel sino también de las reglas en la vida. Este capítulo pone a prueba la importancia de avanzar por el laberinto epistemológico sugerido en la primera parte de este libro.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y EL IMPACTO “EX POST” Y “EX ANTE” EN LOS COMPORTAMIENTOS DE LOS AGENTES PRIVADOS

Preguntarse por las posibilidades de constitucionalización efectiva de las prácticas de los agentes privados como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado, implica aceptar que tal proceso se realiza con intensidades diferentes. El comportamiento de los agentes ante la Constitución y ante la jurisprudencia constitucional puede manifestarse de manera previa a la actuación de la jurisdicción de tutela o, por el contrario, puede suponer una resistencia a su seguimiento hasta tanto, por ejemplo, la jurisdicción constitucional precise una obligación de actuación.

La descripción de tal comportamiento es compleja y en ella coinciden diversos vectores que pueden explicar uno u otro esquema de conducta. A partir de dos factores centrales pueden proponerse las bases de una especie de fenomenología del comportamiento ante la constitucionalización. Cada uno de ellos sugiere que la práctica efectiva de los agentes, al menos por ahora, se encuentra desconstitucionalizada de manera particularmente importante.

El primero de los factores agrupa dos cuestiones específicas: la ineficacia relativa de la jurisprudencia constitucional puede obedecer a una determinada comprensión del concepto de seguridad jurídica que influye, a su vez, en la valoración del grado de obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional. El segundo se refiere a la trascendencia que la jurisprudencia constitucional puede tener en las operaciones de la actividad privada.

A tales factores me dedicaré a continuación.

A) *La seguridad de los negocios: su imagen en el derecho privado*

Hace algún tiempo y destacando los *penosos* efectos económicos de las decisiones de la Corte Constitucional, KALMANOVITZ advertía:

“Yo creo que la Corte debe reflexionar además sobre las consecuencias jurídicas de sus decisiones que son imposibles de anticipar. ¿No debería una Corte Constitucional desarrollar una jurisprudencia coherente que le diera cierta seguridad legal a todos los agentes que contratan entre sí? ¿Que los fallos del presente fueran consecuencia lógica de los del pasado? La inseguridad jurídica crea necesariamente imprevisión, más desconfianza, menos inversiones, atraso y pobreza. Desata la anarquía, la corrupción y la desobediencia civil. Los inversionistas extranjeros contemplan estupefactos que los tribunales del país, liderados por su máxima instancia, están cambiando las reglas de juego todo el tiempo, bajo los giros erráticos de la política”³.

Esta acusación a la jurisprudencia constitucional es ciertamente reiterada: la inseguridad derivada de su carácter variable impide un adecuado desarrollo de los negocios. Los motivos de inseguridad se vinculan con las posibilidades de reorientación judicial y con el riesgo de que las reglas contractuales definidas por agentes privados puedan resultar siendo desconocidas con apoyo en decisiones de la Corte Constitucional.

PÉREZ SALAZAR ha indicado:

“No es sorprendente que hayan sido frecuentes las críticas en torno a la inestabilidad de las reglas de juego a que están sometidos los agentes económicos. Se aduce que la falta de seguridad jurídica es nociva para el crecimiento económico, por cuanto hace más riesgoso el entorno de las actividades productivas y desestimula la inversión. También se aduce que los pronunciamientos de la Corte Constitucional —y en particular los cambios de su jurisprudencia— han contribuido a esa inestabilidad”.

Según CARLOS AMAYA (2001, 70):

“A pesar de que existe un consenso acerca de la condición de las normas constitucionales como «de textura abierta», es decir, normas que no pueden aplicarse de manera exegética sino que requieren de la acción interpretativa del juez, dicha labor debe ser coherente al analizar casos similares y establecer diferencias al analizar casos diferentes”⁴.

³ SALOMÓN KALMANOVITZ, “Los efectos económicos de la Corte Constitucional” [en línea]. Disponible en <http://quimbaya.banrep.gov.co/junta/publicaciones/salomon/K-EfectosCorte.pdf> [consulta 30 de abril de 2008].

⁴ MAURICIO PÉREZ SALAZAR, “Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana desde la vigencia de la Carta Política de 1991 hasta 2003” [en línea]. Disponible en <http://Mauricio%20Perez%20Salazar%20No.%2021> [consulta 30 de abril de 2008].

Así entonces, la asociación del argumento de la seguridad jurídica al derecho privado puede entenderse en dos dimensiones diferentes. La referida a la estabilidad de las reglas a las que se encuentran sometidos los intercambios voluntarios, por una parte, y la vinculada con la exigibilidad cierta de los acuerdos por medio de los cuales tales intercambios se hacen posibles, por otra.

La primera dimensión se encuentra amenazada, en el contexto de la constitucionalización, (i) por el alto nivel de indeterminación de las normas constitucionales que impedirían, metodológicamente, derivar pautas de comportamiento con un razonable grado de certidumbre y con aptitud para establecer una disciplina más o menos constante de solución de casos⁵ y (ii) por las dilatadas competencias de intervención del juez constitucional para excluir, reinterpretar o modificar enunciados normativos a los cuales los agentes económicos pretenden sujetar sus comportamientos.

El segundo nivel de la seguridad jurídica se encontraría en peligro como consecuencia de la jurisprudencia constitucional cuando ampara, a partir de normas constitucionales con un amplio carácter de apertura, el rompimiento o incumplimiento de los acuerdos privados tal y como ocurriría, por ejemplo, con la aplicación directa —en ausencia de disposición legal que lo regule— del deber de solidaridad⁶ o con la restricción

⁵ RODRIGO UPRIMNY sintetiza esta crítica de la siguiente manera: “Un quinto tipo de críticas se basa en consideraciones de seguridad jurídica y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, pues en cualquier momento una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos sobre el desarrollo pues aumenta considerablemente los costos de transacción y desestimula la inversión, ya que los agentes económicos no logran conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables”. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía” [en línea]. Disponible en http://dspace.icesi.edu.co/dspace/bitstream/item/417/1/cap1c-ruprimny-legiti_convenien.pdf [consulta 30 de abril de 2008].

⁶ Al formular una aguda crítica a la sent. T-520 de 2003 en la que la Corte determinó que el deber de solidaridad impide exigir el cumplimiento de algunas obligaciones a un deudor secuestrado, el argumento de la seguridad jurídica fue utilizado así por Mauricio Valenzuela: “Luego, lo primero que hay que hacer es revisar si la ley ha precisado esos límites. En materia de obligaciones, se encuentra que la solidaridad ha estado presente desde siempre y que la propia ley ha consagrado instituciones claramente orientadas por ese principio. En particular aquellas que obligan a la parte acreedora a compartir la suerte del deudor cuando por circunstancias imprevistas, imprevisibles e irresistibles no puede cumplir (caso fortuito, fuerza mayor, teoría de la imprevisión). E incluso instituciones que convocan a los acreedores a replantear los términos de sus derechos, así el incumplimiento del deudor no se haya originado en circunstancias imprevi-

del alcance de la buena fe en el marco de los contratos de derecho privado⁷. Es paradigmática, en este contexto, la defensa del banco en el caso de la sentencia T-763 de 2005 cuando afirmaba que en ausencia de norma que rijan una determinada fase negocial debe operar, con total certidumbre, la autonomía de la voluntad.

La desesperación por la inseguridad es expuesta por los particulares hacia quienes se dirige la constitucionalización. Con cierto grado de indignación advertía una empresa de medicina prepagada en el caso resuelto por la sentencia T-563 de 2009:

“[...] la compañía requiere de una *seguridad jurídica* que de conformidad con los principios constitucionales y legales que regulan la actividad, permitan el desarrollo de la misma dentro de un orden justo y bajo

sibles e irresistibles, como ocurre en los procesos concursales. Ahora bien, como dichas instituciones constituyen por obvias razones la excepción al postulado básico según el cual el contrato es ley para las partes, es natural que estén previstas en forma taxativa en la ley. Y que sean las menos posibles. Porque si lo general pasa a ser que los contratos ya no son ley para las partes sino que su fuerza vinculante va a depender en cada caso de la buena o mala suerte de quien debe cumplir una prestación (es decir, de que el deudor se ubique o no en situación de debilidad), haría agua todo el ordenamiento jurídico”. Y más adelante al formular la conclusión de su crítica advierte: “Resulta absolutamente válido el afán de la Corte por reafirmar la solidaridad como un principio que contribuya a «corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos de las estructuras sociales y económicas». Pero la exigibilidad de las obligaciones no es un efecto nocivo. Por el contrario, es el fundamento básico para que fluyan las relaciones entre los asociados. Además, quedó visto que la cuota de solidaridad en materia de obligaciones está expresa y taxativamente definida por la ley. En síntesis, un sistema contractual ordenado y seguro no se opone a un esquema social equitativo. Pero la inseguridad jurídica sí se contraponen al desarrollo. En otras palabras, para construir una casa no hay que desbaratar las Torres Gemelas”.

⁷ Algunos han sostenido que una de las causas extraeconómicas de la crisis hipotecaria en Colombia, iniciada a finales del decenio de los noventa, tuvo como causa el incentivo de incumplimiento de los acuerdos contractuales derivado de la discusión judicial acerca de la legitimidad de la regulación correspondiente. Se ha dicho: “No cabe duda [de] que el mecanismo de corrección monetaria vigente hasta mediados de 1999 amplificó el efecto del incremento en las tasas de interés que resultó insostenible para los deudores hipotecarios. Aunque era necesario corregir esa situación, la intervención de las autoridades judiciales fue más allá y cuestionó las bases legales mismas de un sistema que tenía cerca de 30 años de existencia. Ante la incertidumbre sobre las reglas del juego, un gran número de deudores incumplió sus obligaciones y, como era de esperarse, los bancos detuvieron el otorgamiento de nuevos créditos”. Para el efecto puede consultarse el trabajo de MAURICIO CÁRDENAS y ALEJANDRO BADEL, “La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: causas y consecuencias” [en línea]. Disponible en <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubWP-500.pdf> [consulta 15 de julio de 2008].

unos presupuestos jurídicos y financieros que no lesionen sus intereses con la imposición de obligaciones a las que no se encuentra obligada” (la bastardilla es del texto original).

Esta comprensión de la seguridad jurídica en entornos de derecho privado parece traducirse en específicos modos de actuación. La asociación de la seguridad jurídica a la existencia de normas generales que establecen pautas de comportamiento aplicables a un grupo de casos es una cuestión central. La imagen de estabilidad y certidumbre asociada a tal tipo de normas se opone a los riesgos de inestabilidad que se vinculan, de manera particular, a la jurisdicción de tutela. Es posible entonces comprobar la relación funcional entre estabilidad y generalidad.

Los agentes privados agradecen la certidumbre de una norma. Por el contrario, la fluctuación de su alcance o de su permanencia puede ser reprochada eludiendo el cumplimiento. De esta manera, las definiciones de una ley, de una sentencia de constitucionalidad con efectos de cosa juzgada o de una sentencia de unificación —amparadas estas últimas por la concurrencia a la discusión de todos los magistrados de la Corte Constitucional— suscitan una percepción de estabilidad que motiva su incorporación espontánea o *ex ante* en la planeación de las operaciones privadas. Esta consideración tiene directa relación con la existencia de un *riesgo de contradicción entre sentencias de tutela* que se traduce, nuevamente, en la disminución de la certidumbre de la jurisprudencia; por ello, si la incorporación *ex ante* de reglas constitucionales definidas en sentencias de tutela es naturalmente problemática, ello ocurrirá con mayor dificultad cuando los agentes se encuentran ante un comportamiento de la jurisprudencia aparentemente disperso, discutido o desordenado.

De acuerdo con lo anterior, a una decisión de carácter general los agentes asocian menor incertidumbre en su aplicación y ello tiene como consecuencia su cumplimiento, *prima facie*, espontáneo. Si existen pocas dudas sobre la aplicabilidad de la regla, ello permite controlar, asumir y valorar sus efectos en la operación del negocio. Sin embargo, si la duda es importante no existe un incentivo suficiente para incorporar el riesgo de incumplimiento constitucional *ex ante* dado que, entre otras cosas, existe una expectativa de litigar posteriormente su alcance⁸.

Aunque tal conclusión puede referirse también a las sentencias de constitucionalidad, la incorporación efectiva de una práctica exigida por

⁸ La anterior conclusión se anuda incluso con un problema de eficiencia económica. En efecto, la absorción inmediata de una sentencia de tutela que afecta aspectos esenciales de la operación del negocio puede generar un efecto económico importante. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

la jurisdicción mediante una sentencia de tutela, puede conseguir mayor oposición ante la incertidumbre de su continuidad o permanencia. Parece, por ejemplo que ello hubiera ocurrido frente a la tesis que prohíbe las cláusulas genéricas de preexistencias o exclusiones si se tiene en cuenta que, no obstante la reiteración de la jurisprudencia sobre el particular, en ellas se sigue fundando la defensa de las empresas de medicina prepagada. Al parecer la exigencia de realización de un examen previo a cargo de tales empresas puede ser particularmente costosa y, por ello, la posibilidad de ser cuestionado el comportamiento de una de tales empresas por no prestar un servicio debido a una preexistencia no especificada en el contrato, puede (i) ser asumido o controlado, mejor, como un riesgo *ex post* o (ii) ser eludido por medio de la remisión al plan obligatorio de salud, con lo que se reduce el costo correspondiente.

Conforme a lo expuesto, la imagen de la seguridad jurídica para los agentes del derecho privado se desdobra en las dos dimensiones referidas. La sensación de no generalidad y de inestabilidad de las reglas constitucionales definidas en la jurisprudencia constitucional de tutela hace que ellas no logren incorporarse, de manera efectiva, en las prácticas de los agentes.

El problema anterior se ve reflejado en ciertas convicciones dogmáticas acerca de la manera como el sistema de fuentes, predominantemente legislativo, debe operar para garantizar la seguridad jurídica:

“Es necesario subrayar que en Colombia constitucionalmente, la jurisprudencia es considerada como criterio auxiliar de interpretación y no podrá reemplazar jamás la norma legal como fuente primaria de derecho, a menos que el juzgador constitucional obre en calidad de legislador negativo para purgar el ordenamiento jurídico y ajustarlo a la Norma de Normas.

”En los casos concretos, la decisión constitucional tiende a perder uniformidad y fuerza vinculante cuando no todos los jueces se ajustan a los criterios enfáticos de la Corte Constitucional, obediendo las tradiciones formalistas del derecho. Para estos efectos, la uniformización de líneas jurisprudenciales como si Colombia fuese exclusivamente un sistema de derecho anglosajón, basado en la «common law» o costumbre judicial, en el cual los jueces ordinarios deben reiterar las decisiones judiciales similares en casos concretos, no resulta la solución más adecuada para garantizar la total eficacia en la protección de los derechos fundamentales ni la completa seguridad jurídica, en un sistema mixto igualmente influenciado por las tesis del control concentrado originadas en Europa Continental. Es necesario complementar la filosofía ame-

ricana de la solución vinculante para cada caso concreto, con el control concentrado de constitucionalidad del derecho objetivo, para que las altas Cortes cesen de cuestionar la legitimidad de la Corte Constitucional”⁹.

Esta perspectiva entonces, no cree que resulte posible obtener seguridad jurídica en un sistema de jurisprudencia fortalecido y, en esa medida, desplaza el centro de tales expectativas a la ley y a las sentencias que son fruto del control abstracto de constitucionalidad.

El resultado del par estabilidad/generalidad implica que las definiciones jurídicas de un asunto que se asocia con lo *privado*, resultan seguidas por los agentes, de forma más decidida, cuando las reglas se encuentran contenidas en disposiciones legislativas o en sentencias que formulan un llamado general o universal a la actuación. Lo anterior implica que ni las reglas de la jurisdicción de tutela en asuntos relevantes para el derecho privado y menos aún, los principios constitucionales sobre los cuales tales reglas¹⁰ se construyen, se tornan en pautas definitorias —decisivas— del comportamiento de los agentes privados que, por ello y en el caso de operaciones masivas, administran un riesgo efectivo *ex post*. La valoración del riesgo *ex ante*, ante reglas que carecen de generalidad y a las cuales no se adscriben expectativas suficientes de certidumbre, no parece incorporarse de manera definitiva en las prácticas de los agentes privados. Es probable que no tomarlas en consideración suscite que cada nuevo pronunciamiento de la jurisdicción de tutela sea tratado como una incertidumbre que se debe afrontar.

B) *La intervención de la Constitución en la técnica del negocio privado: la resistencia de los agentes*

Los contratos bancarios, los contratos de seguros y los de medicina prepagada, cuya jurisprudencia en sede de tutela se analizó en el capítulo precedente, comparten preocupaciones comunes. Como pudo establecer-

⁹ NATALIA BERNAL, “El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales. Un estudio comparado en pocas palabras”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2008, núm. 338, Bogotá, 2008, pág. 86.

¹⁰ Para una precisa explicación dogmática de la forma en que a partir de principios se definen normas con estructura de reglas, debe tenerse en cuenta el concepto de relación de precedencia condicionada expuesto por ALEXY. Al respecto puede consultarse ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pág. 63.

se en el referido análisis, dos de las cuestiones capitales se asocian a problemas relacionados con las condiciones en que resulta posible afirmar la existencia de una obligación constitucional de contratar y con las circunstancias en las cuales la prestación de un servicio aparentemente excluido del alcance de un contrato de medicina prepagada se entiende constitucionalmente incorporado en las obligaciones a cargo de la empresa.

La importancia de tales asuntos radica en el hecho de que los agentes privados que participan en esos negocios tienen en mente, a fin de maximizar las utilidades del negocio, la necesidad de eludir —recurriendo a diferentes medios— los riesgos de selección adversa y los riesgos morales. Cada uno de ellos se refiere a etapas negociales diferentes y por eso pueden afectar, desde perspectivas diversas, las relaciones de intercambio.

La constitucionalización, en consecuencia, recae no solo sobre la estabilidad de las normas que disciplinan el negocio sino también sobre sus aspectos técnicos. Analizado tal efecto individualmente —caso por caso— no parecería tener gran trascendencia. Incluso, no se traduce ordinariamente en costos excesivos para la operación económica total. Sin embargo, la relevancia de la constitucionalización —en la totalidad del negocio— en caso de adoptarse simultáneamente las reglas definidas por la jurisdicción de tutela es especialmente trascendente.

Puede sugerirse entonces, teniendo en cuenta los grados posibles de afectación negocial, que la incorporación como práctica *ex ante* de una regla constitucional definida por la Corte, en contextos de incertidumbre o certidumbre acerca de su permanencia o alcance, será diferente.

Serán menores las posibilidades de seguimiento espontáneo de una regla fundamental en la técnica del negocio si ella se encuentra afectada de manera importante por la incertidumbre. Por el contrario, una regla de este tenor en la operación del negocio cuya estabilidad y generalidad es suficiente, tiene mayores posibilidades de generar prácticas *ex ante*. Esta distinción podría complementarse, combinando los niveles de impacto y los grados de certidumbre, a fin de conformar un conjunto de relaciones, más o menos amplio, para explicar la constitucionalización real.

Se ha considerado igualmente, y en el contexto del derecho de seguros, que la percepción sobre el grado de obligatoriedad de una decisión judicial se encuentra en función de su efecto económico en el ramo correspondiente; de esta forma si la relevancia económica en la actividad es reducida, la sensación de obligatoriedad o importancia se reduce. La percepción de un índice bajo de obligatoriedad se incrementará mucho más si, adicionalmente, la incertidumbre de la regla o de su imposición

es importante. Por el contrario, una decisión que implique impactantes efectos económicos y con un grado de certidumbre superlativo será incorporada, *ex ante*, en las prácticas de los agentes.

Un planteamiento general de lo expuesto de acuerdo con la evidencia disponible podría componerse por los siguientes dos costados entre los cuales cabrían diversas alternativas. Su combinación podría ofrecer una fuente de explicación del comportamiento de los agentes privados frente al proceso de constitucionalización del derecho privado.

Fenomenología de impacto del proceso de constitucionalización

Grado de certidumbre de la regla constitucional	Grado de certidumbre de la imposición efectiva de la regla constitucional	Grado de impacto económico de la regla constitucional	Grado de impacto de la regla constitucional en la operación del negocio	Posibilidades de incorporación <i>ex ante</i> de la regla constitucional
ALTO	ALTO	ALTO	ALTO	INTENSAS
BAJO	BAJO	BAJO	BAJO	REDUCIDAS

Es importante advertir que esta perspectiva puede no operar de la misma manera en todas las actividades privadas constitucionalizadas. Cabría preguntarse, por ejemplo, si el impacto asociado a la constitucionalización tiene diferencias según se trate de organizaciones con fines de lucro o sin ellos. Indudablemente los incentivos en el comportamiento pueden variar en uno u otro contexto. Así pues, un club social privado, la administración de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, una asociación de profesionales, entre otros, pueden ser agentes cuya perspectiva de la constitucionalización resulte diversa. Por ahora, debo reconocerlo, esa es una cuestión abierta que está por probarse.

Al margen de la advertencia anterior, la preocupación de los agentes por determinar el grado de incidencia de una regla que afecta el negocio y las normas de derecho privado a las que se somete, tiene también una expresión en algo que podría denominarse la *fenomenología de la respuesta de la organización*. Esta fenomenología, cuya construcción apenas se enuncia en este trabajo, puede describirse señalando, inicialmente, que el reconocimiento como vinculante de una determinada norma será más claro en la medida en que cuente con una mayor fuerza para afectar el alcance del negocio. A su vez, el impacto sobre el negocio se encuen-

tra asociado ordinariamente a su trascendencia económica. Esta relación entre alcance del negocio y trascendencia económica se refleja, a su vez, en el comportamiento de la organización.

Así, cuando se trata de una regulación o norma que cuenta con el poder de afectar las políticas de la aseguradora por tratarse de medidas de efecto general, la discusión sobre su alcance trasciende ordinariamente a los niveles jerárquicamente más altos de la organización dado que, eventualmente, la medida podría amenazar o impulsar el negocio. En un sentido diverso, en aquellos casos en los que la norma no tiene la potencia suficiente para reflejarse en la estructura de las operaciones dado que, por ejemplo, su certidumbre y generalidad son reducidos, la discusión sobre el alcance y forma de afrontarlos corresponde a mandos medios de la organización y no se traduce, de ordinario, en la afectación de las políticas aseguradoras.

Según se trate de medidas cuyo efecto sea importante o reducido, la actividad de la organización puede reflejarse (i) o bien, en el primer caso, en una estrategia política o de litigio trascendente que puede comprender —por ejemplo— la presentación de demandas de inconstitucionalidad o el desarrollo de una actividad gremial profunda o (ii) bien, en el segundo, en la elección de una adecuada estrategia de litigio en las instancias judiciales orientada a minimizar los riesgos de repetición de la regla pero sin que ello signifique un ajuste general de la política. La respuesta de la organización consiste, entonces, en el primer caso, en un intento por evitar los riesgos *ex ante* al paso que en el segundo se trata de una reacción *ex post* que se funda en la expectación o espera de nuevos litigios.

La anterior afirmación puede verse, por ejemplo, en la aguda respuesta que se suscitó en el sector asegurador a raíz de la aprobación del artículo 86 de la ley 1328 de 2009 que tuvo como efecto el establecimiento de una poderosa restricción de acceso al negocio de los seguros exequiales. En este caso la expedición de la referida norma producía un efecto económico de gran importancia y las estrategias de reacción escalaron los más altos niveles de acción y de litigio constitucional dado que la disposición legislativa habría entonces de considerarse como un riesgo *ex ante*. Muy seguramente quienes se encontraban en posibilidad de conquistar un mayor mercado, favoreciéndose con la disposición ahora demandada, consideraron el resultado de la acción pública de inconstitucionalidad como un riesgo que deberá ser asumido *ex ante* considerando los efectos económicos que podría tener la declaratoria de inexecutable¹¹.

¹¹ Mediante sent. C-432 de 2010 (M. P. Humberto Sierra Porto) la Corte Constitucional declaró executable, por los cargos allí analizados, el art. 86 de la ley 1328 de 2009.

Esta descripción del comportamiento de los agentes privados frente a la constitucionalización demanda investigaciones más detenidas que se ocupen, por ejemplo, de evaluar la incidencia de intereses particulares o gremiales en el litigio que se adelanta mediante el control abstracto de constitucionalidad. Lo cierto es que el examen de la constitucionalización real o en la vida exige nuestra capacidad de comprender aquello que motiva y constituye las pautas de pensamiento de las personas destinatarias del derecho privado.

Fenomenología de la respuesta de la organización

Posibilidades de incorporación <i>ex ante</i> de la regla constitucional	Nivel de trascendencia y atención en la organización privada.	Características de la reacción	Clase de sujetos que intervienen
INTENSAS	PROFUNDO	Actividades políticas o de litigio de alto nivel	Sujetos del máximo nivel directivo de la organización
REDUCIDAS	SUPERFICIAL	Ajuste en estrategias de litigio	Sujetos del nivel intermedio de la organización

Cabe entonces ahora, detenerse en una revisión de aquellos aspectos de la operación de los negocios constitucionalizados según el capítulo tercero de este trabajo, determinando la manera como la jurisprudencia constitucional ha interactuado con ellos y la forma como los agentes privados intentan controlar los riesgos asociados a la Constitución.

a) *Riesgos relevantes en el negocio: el riesgo de selección adversa y el riesgo moral.* Los riesgos cuya valoración resulta relevante en las operaciones de los agentes bancarios y aseguradores son elementos determinantes del grado de eficacia (*ex ante* o *ex post*) de la jurisprudencia de tutela analizada en este trabajo. Los dos riesgos que resulta relevante mencionar y que se fundan en la denominada economía de la información son el riesgo de selección adversa y el riesgo moral.

Sobre el riesgo de selección adversa se ha dicho:

“En un mercado en donde predominan las relaciones contractuales, la selección adversa se caracteriza porque en el intercambio, o en la rela-

ción contractual, uno de los agentes económicos conoce algo que el otro desconoce, lo cual genera distorsiones relevantes en la toma de decisiones, pérdidas de eficiencia y, en algunos casos, la no existencia de equilibrio en el mercado (ALTAMAN, CUTLER y ZECHHAUSER, 1998: 122-126). Desde la perspectiva del modelo principal-agente, se tendrán contratos en los cuales el agente (quien decide si firma el contrato) conoce, antes de firmar, un elemento relevante de la relación que el principal (quien diseña el contrato) desconoce¹².

De otra parte, el riesgo moral alude a los peligros de un comportamiento inadecuado, posterior a la formalización del acuerdo, de uno de los contratantes y que, por ejemplo, puede incrementar la incertidumbre acerca de las condiciones de ejecución del contrato. Aludiendo al contexto del riesgo moral en el crédito se ha explicado:

“El riesgo moral se refiere a una etapa posterior al otorgamiento del crédito, el principal que otorga el préstamo (banco) corre el riesgo de que el acreditado (agente), una vez que ha recibido el crédito, tome decisiones diferentes a las pactadas previamente, que afecten seriamente las probabilidades de éxito del proyecto de inversión para el cual se otorgó el financiamiento, cometiendo una falta moral, al compromiso contraído, por ejemplo una vez que los prestatarios han obtenido el dinero, pueden realizar inversiones diferentes de las que plantearon originalmente al banco cuando solicitaron el crédito, y desviarlas o simplemente no realizarlas y dedicar los recursos al consumo, lo cual originaría fuertes dificultades para el repago del principal y los intereses pactados¹³.”

La existencia de tales riesgos tiene como causa central la asimetría de información o la presencia de información incompleta. Alguno de los contratantes cuenta con más información que el otro y, en esa medida, este último puede llegar a ser dependiente del primero. Ello puede sus-

¹² JOHANNA VÁSQUEZ y KAROLL GÓMEZ, “El problema de selección adversa en el seguro de salud colombiano: un estudio de caso para el régimen contributivo” [en línea]. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/revistas/salud/pdf-revista-10/estudios1.pdf> [consulta 15 de julio de 2008]. Al referirse a este problema en el contexto de la actividad aseguradora, COOTER y ULLEN advierten: “El otro problema importante que enfrentan las compañías de seguros recibe el nombre de selección adversa. Este problema surge del alto costo en que incurren los aseguradores para distinguir con precisión entre los asegurados de alto riesgo y los de bajo riesgo”. ROBERT COOTER y THOMAS ULLEN, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 77.

¹³ J. J. CHABLÉ-SANGEADO, “Las teorías de la información y el funcionamiento del mercado del crédito. Hitos de ciencias económico administrativas” [en línea]. Disponible en <http://www.ujat.mx/publicaciones/hitos/ediciones/34/finanzas.pdf> [consulta 4 de agosto de 2008].

citar problemas en el comportamiento esperado dado que el contratante informado puede valerse de esa condición para defraudar o engañar a quien pretende establecer con él un acuerdo de intercambio.

Es entonces fundamental para los agentes privados, teniendo en cuenta las restricciones de información existentes en un mercado amplio, establecer pautas de control a la selección adversa contando, al mismo tiempo, con reglas normativas precisas que amparen el empleo de dichas pautas. Tal y como se indica, caracterizando a los bancos y a las aseguradoras, unos y otras constituyen administradores de riesgo. Así, por ejemplo, y para el caso de las segundas se ha señalado:

“Los expertos en el tema señalan que el éxito en el negocio del aseguramiento depende de que se pueda lograr una adecuada dispersión del riesgo (lo que en salud significa que no todos los asegurados se enfermen al tiempo) y que exista una adecuada correspondencia entre lo que cuesta atender un paciente frente a la remuneración percibida”¹⁴.

Un escenario que hace posible el control de riesgos se encuentra constituido, entre muchas otras cosas, por un modelo extendido de libertad contractual que garantice ampliamente los intercambios voluntarios. En otros términos, un margen amplio para adoptar las decisiones de contratar o no y, en la primera hipótesis, para establecer bajo qué condiciones ello se hace, permite eludir los riesgos de la selección adversa y, por esa vía y al mismo tiempo, reducir el riesgo moral.

Esta perspectiva fue capitalizada con fuerza en la intervención que en el proceso de constitucionalidad, orientado a establecer si resultaba o no contraria a la Constitución la norma que autorizaba la terminación unilateral del contrato de depósito en cuenta corriente, formuló la representante de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras. Dijo entonces, según lo resumió la sentencia C-341 de 2006:

“Sostiene que, de otro lado, para una entidad bancaria es completamente viable establecer nichos de mercado. Esto genera una orientación de sus operaciones a un determinado tipo de empresas o personas naturales. En esta forma, al cambiar el banco el perfil de su clientela debe poder contar con la posibilidad de terminar los contratos de cuenta corriente de quienes no se ajusten al sector al cual quiere ofrecer sus servicios”.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, en hipótesis en las que existen problemas de información dado que uno de los contratantes no

¹⁴ NÉSTOR PRECIADO, “Ley 100 al tablero”, en *Revista Poder: A los 15 años de la ley 100*, vol. 62, noviembre de 2008, págs. 30-32.

cuenta con referentes que le permitan determinar adecuadamente las características de los riesgos que la operación de intercambio supone, sin duda resultan problemáticas para el negocio. En esta medida, cuando los riesgos aludidos se encuentran presentes y la naturaleza de la contratación hace que cobren particular importancia, la lucha por mantener un dilatado espacio de libertad se erige en una cuestión central. En este contexto, se asume que la jurisprudencia de tutela constituye, en ocasiones, un desprecio de la autonomía de la voluntad.

Así, entonces, el forcejeo de los bancos, las aseguradoras y las empresas de medicina prepagada a fin de mantener desconstitucionalizada su actividad, al menos en lo que se refiere a la posibilidad de elegir los intercambios, se explica por las condiciones de información del negocio y por la necesidad de contener los riesgos. De esta manera, si a la constitucionalización se le asigna en este ámbito una función de redistribución en tanto supone la definición de transferencias no voluntarias de bienes y servicios, es clara la resistencia que tal proceso puede suscitar en los agentes perturbados por ello.

La manera como la constitucionalización del derecho privado ha *afectado* las posibilidades de controlar el riesgo de selección adversa y el riesgo moral, mediante la imposición de restricciones a la autonomía negocial no es uniforme. En cada uno de los escenarios de constitucionalización que han sido presentados en el capítulo tercero de este trabajo es posible establecer diferencias y desacuerdos. En cualquier caso, el examen de estos problemas, con apoyo en los elementos del *negocio*, permite plantear algunas razones para la ineficacia relativa del proceso de constitucionalización o, en otras palabras, para explicar la distancia entre la constitucionalización judicial propuesta por la jurisdicción de tutela y la constitucionalización real.

b) *El efecto de la exigencia judicial de una “justificación objetiva y razonable”*. Según se precisó anteriormente, existe un consenso extendido en la jurisprudencia constitucional acerca de que las entidades bancarias —en tanto se ocupen de la prestación de un servicio público¹⁵— y las empresas aseguradoras —en cuanto se configure una relación de indefensión— se encuentran obligadas a justificar objetiva y razonablemente su decisión de no contratar. Con diferente grado de intensidad tal requerimiento establece limitaciones a la autonomía para decidir.

¹⁵ No debe olvidar el lector la intensa discusión acerca del empleo de la expresión *servicio público* para calificar las actividades de las entidades bancarias.

Esta exigencia de la jurisdicción de tutela implica, en realidad, que la determinación de no contratar debe exponerse mediante argumentos que de acuerdo con la actividad de que se trate puedan considerarse objetivos y razonables. La condición de objetividad y razonabilidad se opone al capricho o a la inmotivación. Por ello, la Corte Constitucional ha advertido que no es posible aducir, como única razón para no contratar, la autonomía de la voluntad. Incluso y a pesar de existir disposiciones que, en determinados escenarios contractuales establecen una autorización *injustificada* —inmotivada— de terminar un vínculo de tal naturaleza —tal y como ocurre, por ejemplo, con el artículo 1389 del Código de Comercio— la jurisprudencia constitucional ha requerido una justificación suficiente.

De esta manera, la jurisdicción de tutela reduce la amplitud de las medidas orientadas a controlar el riesgo de selección adversa. No basta entonces decir “no”. Es necesario que se explique, a la luz de un argumento admisible, tal determinación.

A pesar de la regla, existen algunos desacuerdos alrededor de la consecuencia que se desencadena cuando no resulta posible comprobar una justificación semejante. Las líneas de argumentación suscitan alguna inquietud acerca del alcance preciso que se deriva de constitucionalizar un asunto bancario o asegurador. Así, por ejemplo, en algunas decisiones la Corte ha estimado que en caso de no encontrarse la exposición de una justificación objetiva y razonable lo procedente es establecer una orden de contratación¹⁶ —o alguna semejante¹⁷— al paso que en otras

¹⁶ Así ocurrió, por ejemplo, en la sent. T-1165 de 2001 en la que se definió la siguiente orden: “*ORDÉNASE* a la Aseguradora Solidaria de Colombia que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, suscriba en condiciones de igualdad, la póliza que requieren los demandantes”.

¹⁷ De manera similar a lo ocurrido en la sent. T-1165 de 2002 la Corte impartió, en la T-1118 de 2002, las siguientes dos órdenes: “Segundo.—ORDENAR a «La Previsora S. A. Compañía de Seguros, Regional Pacífico» que proceda a cotizar el valor correspondiente al seguro de accidentes personales a favor de las personas discapacitadas al cuidado de las fundaciones mencionadas en el numeral anterior, si las tutelantes así lo solicitan luego de comunicada la presente decisión. Tercero.—Advertir a los solicitantes que procede su presentación a las oficinas de la Previsora S. A. Compañía de Seguros, Regional Pacífico para que concrete su ofrecimiento de otorgar la póliza en los términos de esta sentencia”. Igualmente se puede asimilar a la orden de contratar la dada en la sent. T-517 de 2006 en la que la Corte Constitucional dispuso lo siguiente: “Segundo.—ORDENAR a La Previsora S. A., compañía de Seguros, Liberty Seguros S. A. y Seguros del Estado S. A. que, atendiendo a la escogencia de aseguradora que realice la señora Mariela Cuervo Cruz, expida la póliza judicial para prestar caución en el trámite de parte civil dentro del proceso penal Rad. 0112-2005”.

decisiones estima que la orden debe consistir, de manera fundamental, en una instrucción orientada a exigir, a la entidad demandada, la presentación de una justificación de su negativa a contratar¹⁸ sin que ella pueda incorporar elementos que, por ejemplo y como ocurre con las categorías sospechosas, se asocian a comportamientos discriminatorios. Incluso, en algunos casos la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha optado por separarse del examen de la objetividad y razonabilidad de la justificación para trasladar su escrutinio a un órgano *especializado* en su valoración como ocurre, por ejemplo, con la Superintendencia Financiera.

Estas posiciones que podrían clasificarse como posturas altamente conscientes del problema de selección adversa y posturas altamente sensibles a exigencias redistributivas, se pueden encontrar explícitas en la forma en que los argumentos son presentados. Por ejemplo, en la sentencia T-416 de 2007 la Sala de Revisión explicó así su determinación de no seguir la línea trazada por la sentencia T-517 de 2006:

“Las sentencias de instancia, siguiendo la doctrina consignada en la sentencia T-517 de 2006, [...] concedieron la tutela ordenando a la empresa Liberty S. A. la expedición de la póliza solicitada por los propietarios de «la parcelación la Riverita primera etapa» de la ciudad de Cali. De conformidad con lo aquí expuesto, esta Sala solo comparte parcialmente la decisión de las sentencias revisadas en tanto considera, que al ordenar de plano la expedición de la póliza judicial, las sentencias restringen a la aseguradora Liberty S. A. todo poder de discernimiento en punto al riesgo que debe asumirse, y de esa manera comprometen también el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero.

”Una orden tal supone, igualmente, que la entidad accionada tenga, sin más, que asumir el riesgo propuesto, sin un pronunciamiento de fondo sobre la valoración objetiva del riesgo que se le propuso asumir. No es esa la dirección de este fallo, en donde reiteradamente se ha dicho que la aseguradora es una actividad de interés general y las compañías de seguros tienen la libertad de expedir o no cauciones ordenadas por los jueces, pero, dado el interés público que también representan, la negativa debe ser motivada por razones objetivas derivadas del estudio del riesgo y no por apreciaciones relativas a la autonomía de la voluntad.

¹⁸ Así por ejemplo, en la sent. T-416 de 2007 la Corte Constitucional estableció el siguiente orden: “ORDENAR a Liberty Seguros S. A. que exponga a los peticionarios las razones por las cuales negó la expedición de la póliza, sin perjuicio de que los interesados instauren la queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia para que se adopten los correctivos del caso”.

”Según quedó dicho, el remedio constitucional en este caso apunta a que la empresa Liberty le explique a los peticionarios las razones por las cuales negó la expedición de la póliza y una vez conocidas tales razones, la accionante, si lo estima conveniente, eleve una queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia para que esta entidad pueda evaluar los criterios que tuvo la aseguradora para negarse a contratar. Todo lo anterior encaminado a que la expedición de la póliza solo pudiese ser dispuesta si la negativa de la aseguradora no resulta en armonía con las funciones inherentes a esa actividad, en los términos de los artículos 333 y 335 de la Carta Política”.

En consecuencia, la posición de la Sala de Revisión, liderada en esa ocasión por el magistrado Tafur, estableció que una orden de contratación implicaba negarle a la aseguradora toda posibilidad de controlar el riesgo de selección adversa. En oportunidades precedentes se consideró que una orden de contratación inmediata resultaba constitucionalmente exigible cuando no se evidenciaba una justificación adecuada. Por eso entonces en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al margen del acuerdo ya conseguido alrededor de la necesidad de justificación, conviven dos tesis cuyo impacto en la operación del negocio asegurador resulta esencial¹⁹.

En la actividad bancaria esta cuestión resulta también importante. En efecto, la Corte constitucional ha impuesto, al establecer que en ocasiones se aducen explicaciones irrazonables para la no contratación o explicaciones incompletas de la negativa, obligaciones especiales de justificación adecuada. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha establecido que no pueden formularse razones asociadas a las condiciones religiosas de un solicitante de crédito²⁰ —explicaciones irrazonables— o razones fundadas, exclusivamente, en los reportes a los sistemas de informa-

¹⁹ Supongo que el lector se imaginará qué ocurre cuando una regla de estas características es discutida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es claro que en casos como estos la certidumbre sobre el alcance y aplicación de la norma se reducen y, por ello, las posibilidades de incorporación *ex ante* disminuyen.

²⁰ En semejante sentido a la orden contemplada en la sent. T-416 de 2007, procedió en la sent. T-763 de 2005 en la que, además, definió un plazo específico para el banco accionado: “ORDENAR al Banco Superior que, en el término de diez días (10) contados a partir de la notificación de la presente sentencia realice un nuevo estudio de riesgo crediticio al señor Pedro Enrique García Romero para determinar si se realiza la apertura de cuenta corriente para el uso de la tarjeta Bansuperior Carulla Master Card; estudio en el cual no se podrá tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña y, en cambio, se deberá tomar en cuenta consideraciones objetivas y razonables que atiendan su capacidad económica”.

ción financiera²¹ y, al mismo tiempo, ha dado órdenes para que ello se corrija²². Sin embargo, la Corte ha aceptado, apoyándose en fuentes internacionales —tal y como lo hizo en la sentencia T-468 de 2003—, que la admisibilidad de las razones se encuentra condicionada a su vinculación con los riesgos de operación y la capacidad de pago.

Parece evidente que las decisiones de una aseguradora para no contratar o de un banco para no proceder en tal sentido se vinculan, de ordinario, a la creencia de que el establecimiento de un intercambio con un sujeto específico puede tener efectos adversos debido a las condiciones de quien pretende acceder a los servicios. No hay razones para creer que los agentes bancarios y aseguradores tengan evidentes y predefinidos propósitos de discriminación; se trata más, en realidad, del propósito de proteger el negocio. Sin embargo, y a pesar de que tales agentes no cuentan con información completa para el control de la selección adversa, la jurisprudencia les impone la obligación constitucional de expresar razones apoyadas en argumentos diferentes a la autonomía de la voluntad y, por ello, salvo que se encuentren dispuestos a adelantar una gestión de reducción de las diferencias de información que les permita diseñar una justificación suficiente, no pueden abstenerse de celebrar un contrato.

Así pues, el efecto que sobre las operaciones de los bancos y las aseguradoras supone la restricción impuesta a la autonomía de la voluntad es en realidad —y según se ha dicho— una limitación al arsenal de medios

²¹ Ello fue así, por ejemplo, en la sent. T-592 de 2003. Allí se indicó: “De esta manera, el Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con lo previsto en el artículo [sic] 4º, 15 y 29 constitucionales, sin perjuicio del requisito 3.1.8. del acuerdo 990 de 2001 de su Junta Directiva [...], deberá evaluar el riesgo real que comportan las solicitudes de crédito de sus afiliados, así el comportamiento de estos se encontrare reportado en el proceso informático, dado que los datos que procesan y divulgan las centrales de riesgo constituyen tan solo uno de los elementos que permiten a las entidades financieras adoptar sanas y objetivas políticas de crédito”.

²² En particular, la prohibición de emplear justificaciones asociadas exclusivamente a los reportes fue establecida legislativamente en la ley estatutaria de *habeas data*. En el parg. 1º del art. 10 y en un evidente proceso de generalización de la práctica jurisprudencial se indica lo siguiente: “La administración de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, por parte de fuentes, usuarios y operadores deberá realizarse de forma que permita favorecer los fines de expansión y democratización del crédito. Los usuarios de este tipo de información deberán valorar este tipo de información en forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente inciden en el estudio de riesgo y el análisis crediticio, y no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministrada por los operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito”. La constitucionalidad de esta disposición fue evaluada por la Corte Constitucional en el fundamento jurídico 3.4.1 de la sent. C-1011 de 2008.

para controlar la selección adversa dado que, de alguna manera, la jurisprudencia cualifica los medios de vigilancia de tal riesgo.

Conforme a lo anterior es factible estimar que, en presencia de tal orientación, los agentes planteen alternativas de acción. Si las subreglas constitucionales acerca de la obligación de presentar una justificación objetiva y razonable imponen pautas de comportamiento *extrañas* al negocio, se activaría un incentivo de no cumplimiento voluntario —como riesgo *ex ante*— y, en su lugar, podría estimarse como un riesgo *ex post* asociado a la posibilidad de que, en el futuro, alguien interponga una acción de tutela y la jurisdicción constitucional conceda el amparo.

Esta hipótesis sobre el comportamiento de los agentes frente a la exigencia de la justificación objetiva y razonable, cuyas líneas centrales fueron definidas desde 1999 y que con agresividad fue litigada en casos que comprometían a aseguradoras, a empresas de medicina prepagada y a bancos, implica entonces que ante un nivel de incertidumbre medio sobre la estabilidad, permanencia y contenido de la regla judicial, por una parte, y una incidencia importante en la operación del negocio debido al significado que tiene la referida regla en el control de la selección adversa, por otra, su seguimiento puede calcularse como un riesgo *ex post* que, por ello, solo se concretaría cuando exista una orden judicial.

Cabe señalar, antes de concluir, que es previsible que la división de la Corte Constitucional acerca de los efectos de la inexistencia de una justificación objetiva y razonable pueda reducir las posibilidades de seguimiento espontáneo en tanto el asunto, si se siguiera la postura expresamente consciente de los riesgos de selección adversa incorporada en la sentencia T-416 de 2007, ubicaría la cuestión en una disputa que debería desplegarse ante organismos diferentes a los jueces de tutela.

El grado de incorporación *ex ante* de la obligación de justificar objetiva y razonablemente las decisiones de no contratar se asocia no solo al efecto que puede tener la jurisprudencia constitucional en la estructura del negocio sino, al mismo tiempo, en la asociación derivada del binomio estabilidad/generalidad. Por ello, (i) la incertidumbre acerca de la continuidad y el grado de obligatoriedad de la doctrina incorporada en una sentencia de tutela, (ii) la consideración de los bancos y de los aseguradores como administradores de riesgos, (iii) la presión del derecho privado a partir de su asociación con un esquema dilatado de intercambios voluntarios y (iv) la lucha por contener las restricciones a la autonomía de la voluntad, son factores que pueden explicar por qué, a pesar de la existencia de una regla constitucional dirigida a exigir la presencia

de justificaciones objetivas y razonables cuyo alcance incluso se ha intentado en pronunciamientos de la Superintendencia, los casos vinculados a ella se siguen litigando en la jurisdicción constitucional²³.

Algo similar parece haber ocurrido en los negocios de las empresas de medicina prepagada. A continuación se echa un vistazo a lo que ha pasado.

c) *El efecto de la prohibición de las cláusulas genéricas.* Tal y como fue presentado en el capítulo tercero de este trabajo, la batalla por desconstitucionalizar los problemas asociados con las empresas de medicina prepagada ha girado alrededor, principalmente, del control del alcance de la buena fe y de la admisibilidad de cláusulas genéricas de exclusión y preexistencias. Así, las empresas de medicina prepagada defienden la admisibilidad, a la luz del principio de la buena fe, de tal tipo de cláusulas. Los usuarios, en una línea adversa suponen que la buena fe, en asuntos constitucionalizados, implica el predominio de su posición atendiendo los valores constitucionales en juego y, en particular, considerando que se trata de la garantía del derecho a la salud.

De antemano, la afirmación de tratarse de un servicio público, implica un anuncio acerca de la forma en que las normas constitucionales pueden impregnar el asunto. El problema se refiere, nuevamente, a una cuestión de información y, por ello, a un asunto de control de la selección adversa.

La selección adversa constituye una preocupación específica del sistema asegurador en salud. Lo acompañan las dificultades vinculadas al riesgo moral:

“De todas maneras, los principales fallos en el funcionamiento del mercado de seguros sanitarios privados son consecuencia de la existencia de información imperfecta y asimétrica entre los contratantes.

”La asimetría de información, que se da tanto *ex ante* del contrato como *ex post*, es favorable al asegurado y desfavorable para la compañía aseguradora, y puede dar lugar a dos problemas distintos.

”[...]

”El segundo problema es el llamado de «selección adversa». Dado que la población está compuesta por individuos que tienen diferente riesgo

²³ Recordará el lector que en la sent. C-140 de 2009, la Corte Constitucional hizo un fuerte llamado a la Superintendencia Nacional de Salud a efectos de controlar la efectiva exposición de justificaciones objetivas y razonables por parte de las empresas de medicina prepagada. Al respecto puede confrontarse la nota de pie 77 del capítulo III.

y las compañías de seguros normalmente no tienen posibilidad *ex ante* de conocerlo, la prima de seguro tenderá a reflejar el riesgo medio de la población. Pero entonces es posible que a los individuos de bajo riesgo no les interese la compra del seguro, ya que la prima media será mayor de lo que sería su propia prima. Los que se aseguren serán probablemente una muestra sesgada («adversa») de la población, compuesta principalmente por individuos de alto riesgo. Cuando la selección adversa ocurre, la compañía pierde dinero y debe aumentar la prima para reflejar ese mayor riesgo. A medida que la prima aumenta, más individuos de bajo riesgo dejan la compañía. Según el teorema de ROTHSCCHILD-STIGLITZ, los buenos riesgos pueden llegar a verse excluidos del mercado, ya que ninguna compañía ofrecerá pólizas a bajo precio adecuadas a su riesgo; por tanto, es posible que no exista un equilibrio competitivo en el mercado de seguros sanitarios”²⁴.

El establecimiento de cláusulas genéricas de exclusión en los contratos de medicina prepagada tiene como propósito disminuir los problemas vinculados con la elección de *malos riesgos* derivados de la ausencia de información suficiente acerca de la situación en la que se encuentra el asegurado. De esta manera, la empresa de medicina prepagada pretende reducir el riesgo cubierto a aquel efectivamente conocido y valorado al momento de celebrar el contrato correspondiente. Esta posibilidad de contención resulta central si lo que se pretende es conseguir una proyección adecuada del negocio. En otros términos, si el elemento central de

²⁴ M. RODRÍGUEZ, *El espacio de los seguros privados en los sistemas sanitarios públicos: marco conceptual y políticas*. Allí, refiriéndose al primero de los riesgos, esto es, el riesgo moral, advierte: “Por una parte, el conocido en la bibliografía especializada como «riesgo moral» (*moral hazard*), o «abuso moral» que hace referencia a la variación del comportamiento de los individuos —haciéndolo más negligente y aumentando así la probabilidad de enfermar o aumentando el consumo por encima del que harían en caso de no estar asegurados— una vez realizado el contrato de seguro, sin que la compañía aseguradora pueda verificar fácilmente este cambio en el comportamiento *ex post*. La consecuencia lógica del abuso moral es un mayor gasto sanitario, que se traduce en mayores primas para todos. Desde el punto de vista de la sociedad, se trata de una pérdida de eficiencia o bienestar, ya que esos recursos de más dedicados a producir servicios sanitarios posiblemente tengan un valor inferior al de otras asignaciones alternativas de esos mismos recursos. Puesto que cuanto más asegurado está el individuo más incentivo tiene al abuso moral, una manera de poner freno a esta escalada consiste en vender seguros incompletos, por ejemplo, haciendo participar al usuario en el coste del servicio”. En otro lugar, se ha señalado: “La selección adversa en el mercado de seguros de salud tiene su origen en el mayor conocimiento que tienen los individuos en relación a las compañías aseguradoras sobre su estado de salud y su propensión a usar servicios médicos”. RICARDO SANHUEZA, “Riesgo, mercado y seguridad social en salud: revisión de algunos aspectos conceptuales”, en *Estudios de Economía*, vol. 24, núm. 1, junio 1997, págs. 135-154.

la actividad aseguradora se asocia con una adecuada limitación de los riesgos es evidente que las litigadas cláusulas genéricas constituyen un mecanismo extraordinariamente funcional para la operación del negocio.

La interpretación de la Corte Constitucional ha consistido en señalar que tales cláusulas desconocen el principio de la buena fe. Por ello la aseguradora no puede apoyarse en una cláusula genérica de exclusiones para negarse a prestar un servicio. En esa medida existe un mandato jurisprudencial de enunciación taxativa y precisa, advirtiendo la Corte que las empresas de medicina prepagada disponen de la facultad de exigir exámenes previos a la celebración del contrato con la finalidad de establecer el verdadero estado del riesgo precisando incluso, tal y como lo hizo en la T-533 de 1996, que el usuario tiene derecho a solicitar su nueva práctica en el caso de objetarlos.

Esta línea de argumentación se encuentra acompañada de una tendencia aparentemente dominante —aunque no unánime— a impedir que el comportamiento del usuario, incluso en casos de evidente mala fe, sea cuestionado en la jurisdicción de tutela²⁵.

Así pues, la jurisprudencia constitucional limita una de las posibilidades centrales para el control de los riesgos de selección adversa y determina que la totalidad de los costos de su evitación se encuentran a cargo de la empresa de medicina prepagada que debe, por ello, buscar medios alternativos diferentes a las cláusulas genéricas y a la alegación de comportamientos erróneos del usuario si pretende sustraerse de las obligaciones a su cargo.

De esta manera, despojadas las empresas de medicina prepagada de las posibilidades más eficientes —desde la perspectiva del negocio— para el control del riesgo de selección adversa y el riesgo moral, tendrían la posibilidad, legítima constitucionalmente, de disponer la realización de exámenes detallados y detenidos para establecer, con rigor científico, la presencia de enfermedades previas o de defectos congénitos de la persona o, la ilegítima, de contener los costos por medio de la atención de los usuarios con cargo al plan obligatorio de salud. A pesar de la legitimidad de la primera alternativa, el alto costo que supondría una actuación *ex ante* unido al hecho de la incertidumbre de la regla debido a su disputa en la

²⁵ En una determinación que ha sido ciertamente controvertida y al parecer tomando partido por una de las posturas de la Corte Constitucional, el art. 21 del decr. 131 de 2010 estableció que en las pólizas de seguros de salud no procederá la aplicación de los institutos de retención e inexactitud. El mencionado decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

jurisprudencia constitucional, se traduce en la determinación del riesgo constitucional como un riesgo *ex post* frente a cuya concreción habrá de reaccionarse de manera específica y particular²⁶.

La vinculación fenomenológica del derecho privado a la imagen de intercambios voluntarios justificados en la operación del negocio —delimitación de riesgos buenos y riesgos malos— propicia un incentivo de litigio constante alrededor del asunto. Las empresas no parecen estar dispuestas a sustituir un eficiente mecanismo de contención de riesgos —amparado por una comprensión estándar del alcance de la buena fe en el derecho privado— por un costoso sistema para evaluarlos, definido por el juez de tutela al amparo de normas constitucionales que tengan un importante grado de indeterminación. Como consecuencia de ello, o bien pueden intentar trasladar la prestación a un sistema de no mercado como lo es el régimen contributivo²⁷ o, por el contrario, a incorporar como riesgo *ex post* la posibilidad de *perder* el caso ante la jurisdicción de tutela. La definición de una práctica *ex ante*, compatible con la Constitución, sería muy costosa para el negocio y, por ello, parece valer la pena seguir disputando al menos mientras no exista una definición legislativa general.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y LAS RAZONES DE SU INEFICACIA

La limitada injerencia de la Constitución en las prácticas de los agentes privados, que se comprueba en la continuada estrategia del litigio, se

²⁶ Habrá de evaluarse, si se dispone nuevamente la expedición de las reglas que contemplaban el inc. 1º y el parágrafo del art. 21 del decr. 131 de 2010, la manera en que podría afectar el comportamiento en esta materia. Ellas fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en la sent. C-289 de 2010. El referido inciso disponía que *las entidades habilitadas para emitir planes voluntarios no podrán incluir como preexistencias al tiempo de la renovación del contrato, enfermedades, malformaciones o afecciones diferentes a las que se padecían antes de la fecha de celebración del contrato inicial* al paso que el parágrafo establecía que los contratos solo podrán terminarse cuando mediara incumplimiento del usuario. Estas normas, considerando su nivel de generalidad hubieran podido inducir nuevos comportamientos considerando que ante la presencia de una patología posterior a la celebración del contrato y no habiéndose previsto como una preexistencia, la empresa de medicina prepagada no se encontraba habilitada para terminar el contrato. Esta nueva regulación recogía, en realidad, la posición de la jurisprudencia constitucional contenida en las sents. T-724 de 2005, T-660 de 2006 y T-650 de 2007.

²⁷ Así lo estableció la Corte Constitucional en diversas oportunidades y, por ello, definió la prohibición de trasladar prestaciones amparadas por el contrato de medicina prepagada al régimen contributivo.

encuentra emparentado con el problema del incumplimiento del derecho. En verdad, del análisis emprendido puede concluirse que, al menos como riesgo *ex ante*, la jurisprudencia de tutela no detona de manera profunda en la actuación de las aseguradoras, de las empresas de medicina prepagada y de los bancos. Las reglas judiciales definidas, a pesar de ser extendidas y más o menos consistentes, no son seguidas de manera voluntaria.

Las razones para que ello sea así pueden explicarse a partir de una doble dimensión: la dimensión estratégica y la dimensión axiológica.

GARCÍA VILLEGAS ha indicado:

“En principio los individuos pueden cumplir por alguna de las tres razones siguientes, que dan lugar a tres tipos de cumplimiento. Algunos cumplen lo que prescribe el derecho porque quieren evitar las consecuencias perjudiciales de la sanción. En este caso el individuo hace un cálculo estratégico entre la posibilidad de la sanción y los beneficios del incumplimiento, y decide con base en ello. Llamaré coercitivo a este primer tipo de cumplimiento. La segunda razón es la existencia misma de la norma; es decir, la persona cumple porque estima que la norma es válida y está dispuesto a cumplir el derecho o las reglas que rigen en su sociedad [...] Llamaré normativo este segundo tipo. Por último, hay personas que solo cumplen el derecho cuando juzgan bueno lo que prescriben las normas. [...] Las comunidades Amish de Estados Unidos son un ejemplo de este comportamiento, que denominaré ideológico. El cumplimiento normativo es diferente del ideológico en cuanto que no se funda en un juicio moral o valorativo sino en un juicio de legitimidad. El juicio de legitimidad implica la aceptación del régimen político y jurídico imperante en general y no del contenido específico de cada una de sus normas”²⁸.

Esta clasificación de las razones para el cumplimiento de las normas permite ofrecer una comprensión más amplia de la ineficacia relativa de la jurisprudencia constitucional referida al derecho privado. Operan con intensidad variable los motivos estratégicos y los motivos normativos.

Los bancos, las aseguradoras y las empresas de medicina prepagada conocen el *efecto* que la constitucionalización judicial puede tener en la estructura y la operación del negocio. Se ha destacado la manera en que tal proceso puede incidir en las estrategias de control del riesgo de selección adversa e indirectamente del riesgo moral. Igualmente, se ha indicado que al constituirse la seguridad jurídica en elemento fundamental

²⁸ MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, “No solo de mercado vive la democracia” [en línea]. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2331436> [consulta 15 de agosto de 2008].

de la imagen del derecho privado²⁹, la constitucionalización se cataloga como un proceso que incide de manera desfavorable en la estabilidad de las transacciones y el cumplimiento de los contratos.

El análisis llevado a cabo en la tercera parte de este trabajo se ocupó del impacto de la Constitución en las actuaciones *de derecho privado* a través de la jurisdicción de tutela. En este escenario el cálculo estratégico parece inevitable. Las posibilidades de seguimiento espontáneo de las reglas judiciales definidas por la Corte Constitucional parecen integrarse a una relación que toma como variables, de una parte, los beneficios de no seguimiento de las exigencias de la jurisprudencia y, de otra, la posibilidad de que su respeto o acatamiento sea impuesto o sancionado³⁰.

Así, la fijación de un mecanismo de contención de los riesgos, ante los problemas de asimetría de información, consistente en el empleo de cláusulas genéricas de preexistencia parece ocupar, a pesar de la jurisprudencia constitucional, el primer lugar en la forma de actuación. Ella ha desplazado las consistentes en realizar exámenes de verificación o el cumplimiento voluntario del mandato de prestación de servicios cuando se trate de dolencias que pretenden ser excluidas a partir de las citadas cláusulas genéricas. Es poco dudoso, igualmente, que la decisión de celebrar un contrato de seguro de accidentes personales a fin de amparar los riesgos de un grupo de discapacitados se encuentre afectada por un

²⁹ Parecería que la jurisprudencia que ha conseguido avanzar en la constitucionalización tuviese implícita una función latente orientada a consolidar su ineficacia. Esa función latente no se encontraría explícita en las normas constitucionales ni en las reglas judiciales definidas para ello. El espacio discursivo de la constitucionalización se encuentra cercado por una intensa presión derivada del uso del derecho privado que suscita una expectativa de que el asunto atraído por la jurisdicción constitucional puede ser de allí excluido invocando, por ejemplo, el hecho de que se trata de una cuestión cobijada por el ámbito de protección de la autonomía privada que ampara, ampliamente, los intercambios voluntarios. Sobre la distinción entre las funciones manifiestas y latentes en el derecho puede consultarse MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *La eficacia simbólica del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Uniandes, 1993, pág. 83.

³⁰ GARCÍA VILLEGAS, complementando su explicación del cumplimiento coercitivo indica: “El cumplimiento coercitivo —el punto de vista externo propio de la visión de la estrategia— se origina en un cálculo estratégico. La persona cumple solo si la sanción es probable. Cuanto menor sea la posibilidad de sanción, tanto menos es la posibilidad de cumplimiento. Este tipo de comportamiento puede ser descrito adecuadamente por el modelo del actor racional. Esto no significa que la persona siempre escoja la mejor solución posible, la más racional, sino que su decisión se basa en un cálculo estratégico cuyo propósito es comparar y elegir aquello que más le convenga. Otra cosa es que lo logre”. MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, “No solo de mercado...”, [en línea]. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2331436> [consulta 15 de agosto de 2008].

examen estratégico que podría concluir en la negativa de expedición de la póliza atendiendo los beneficios de no hacerlo y las limitadas posibilidades de que el asunto resulte constitucionalizado.

Se trata de aquello que es fundamental para el negocio. Su existencia se encuentra ligada a variables que lo explican y en el que se apoyan. El seguimiento de reglas judiciales particulares que lo afecten de manera importante parece poco probable.

La anterior explicación se conecta, adicionalmente, con otra línea de argumentación. La idea de seguridad jurídica asociada al derecho privado se traduce en un vínculo intenso entre la generalidad y la estabilidad que operan, finalmente, como ideas centrales de tal concepto. Asumir las decisiones de la Corte Constitucional en sede de tutela o más aún las disposiciones constitucionales con estructura de principio, como normas obligatorias para la actuación de los particulares plantea dificultades importantes. Al ser consideradas, de una parte, normas particulares, sin valor jurídico general —aun bajo el imperio de una doctrina relativamente fuerte del precedente judicial— y, de otra, normas sin un claro supuesto de hecho y una consecuencia, no existirían razones normativas para su seguimiento espontáneo y generalizado. De lo que se trata es que no se tendrían motivos para el cumplimiento normativo debido a la ausencia de normas en el sentido requerido por el derecho privado. La incertidumbre y la falta de universalidad son los rasgos que conducirían a este resultado³¹.

No parece adecuado asumir que los particulares planteen, ordinariamente, una actitud ideológica, de desafío o de desobediencia frente a los planteamientos constitucionales que interfieren su actuación. El cum-

³¹ La negación del carácter de norma de derecho privado a los precedentes judiciales y a las disposiciones con alto nivel de indeterminación contenidas en la Constitución, parece asociarse a las líneas centrales del llamado positivismo pre-kelseniano y claramente caracterizado por DIEGO LÓPEZ en *La teoría impura del derecho*. En particular, aceptarlas como normas implicaría ir en contra del *legocentrismo* y la *coercibilidad*. El primero implica que “el derecho se entiende sub especie legis; es decir, el derecho legislado formalmente promulgado aspira a ser la única e incuestionable fuente de derecho. [...] Así, el legocentrismo se expresa en la existencia de un sistema completo de derecho basado exclusivamente en reglas legisladas en donde las decisiones judiciales, la costumbre y la dogmática son explícitamente relegados a un sitio secundario”. Por su parte, la coercibilidad sugiere que “las reglas jurídicas deben ser necesariamente coercibles para que sean aceptadas como parte de un sistema jurídico en sentido estricto. Las proposiciones meramente descriptivas, los principios políticos o morales, o, en general, las reglas que no determinen una consecuencia jurídica positivamente comprobable no tienen un peso normativo específico requerido para ser consideradas como «derecho» [...]”. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *La teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.

plimiento por razones ideológicas no resulta ser una cuestión central. Es por ello por lo que, según se dijo, el núcleo de la ineficacia relativa de la constitucionalización judicial se encuentra bajo el poder de motivos estratégicos y motivos normativos. Estos motivos deben ser valorados como parte de una consideración cultural sobre los espacios dominados por el *derecho privado*.

Algunos advierten con precaución que la constitucionalización ha incidido en la práctica de los agentes en el sentido de “existir consciencia” acerca de su importancia. Sin embargo esa sensación de consciencia no se percibe de idéntica forma en las prácticas efectivas. Existe entonces una dicotomía entre percepción y acción que neutraliza la eficacia del impacto de la Constitución.

Pues bien, la presión del derecho privado en la argumentación presente en casos de constitucionalización se encuentra mediada por la existencia de motivaciones como las que quedan descritas. La función de ineficacia latente del proceso de impacto constitucional se encuentra entonces compuesta por presiones retóricas —es un asunto de derecho privado—, presiones estratégicas —es necesaria la maximización de utilidades y la conservación de la estructura del negocio— y presiones culturales —no se trata de normas aplicables al derecho privado—.

Quienes advierten la existencia de un caos como consecuencia de la constitucionalización habrán de examinar si la distancia entre lo escrito y lo real, entre lo que se dice y lo que se hace, entre el papel y la vida, no es suficiente como para desvirtuar su preocupación por la jurisprudencia constitucional.

EPÍLOGO

Intentar plantear conclusiones alrededor de una cuestión como la tratada en este trabajo es difícil. Las cuestiones abiertas que quedan son muchas. El abordaje dogmático y la perspectiva fenomenológica que se propone, plantea incontables dudas y, al mismo tiempo, deja ver algunas puertas que están por abrirse.

La constitucionalización del derecho privado constituye una trama llena de misterios y metáforas. La usual afirmación acerca de que la capacidad definitoria o clasificatoria del derecho público y del derecho privado se encuentra agotada, se ve desafiada por la fuerza con la que la imagen del derecho privado y su oposición al derecho público operan en las disputas en las que se pretende analizar un caso de particulares a partir de la Constitución. Esta dicotomía entre la debilidad teórica y la resonancia práctica constituye un dato que se constata en las disputas constitucionales suscitadas en la actividad bancaria, en la actividad aseguradora, en la actividad de medicina prepagada y, sin duda alguna, en muchos otros escenarios.

La discusión semántica sobre la constitucionalización del derecho privado se traduce, finalmente, en un debate sobre las posibilidades de usar con éxito la distinción entre el derecho constitucional y el derecho de los particulares. Alrededor de tal disputa concurren, entonces, diversos discursos que niegan tal posibilidad o la promueven con diferentes objetivos. Se trata de una batalla entre actores que luchan por mantener espacios de intercambio no intervenidos y actores que exigen dilatadas formas de intervención.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tomado partido reconociendo la distinción entre problemas de derecho público y problemas de derecho privado. Para ello se ha apoyado en el papel del contrato, en la relevancia del mercado y de la ley y, finalmente, en las dimensiones de la igualdad. Eso ha conducido a la Corte a aceptar en sus decisiones que los asuntos que plantean problemas contractuales, de mercado o de igualdad formal se tornarían relevantes para el derecho privado e intrascendentes para el derecho constitucional. Pero cuando existe un asunto que se revela relevante para la igualdad material se activa una poderosa estrategia de control constitucional aunque el forcejeo derive de un contrato o de una relación de mercado. En la igualdad se encuentra la médula de la constitucionalización. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en el proceso de constitucionalización del derecho privado puede caracterizarse como una jurisprudencia igualitaria.

La importancia real de la calificación del asunto es que cuando se reconoce ser una cuestión de derecho privado las normas derivadas de la autonomía de la voluntad o aquellas establecidas en la ley, ostentan un papel predominante. Este predominio se traduce en el desplazamiento de la Constitución y, por esa vía, en la incompetencia de la jurisdicción constitucional.

En ese contexto los agentes privados pueden llegar a verse forzados por la Constitución a explorar diversas estrategias de argumentación a fin de evitar la incidencia de la jurisdicción de tutela en asuntos que forman parte de su actividad privada y que, por ello, estiman regulados por el contrato y por la ley. En el centro de su preocupación se encuentra el hecho de que la constitucionalización puede afectar el alcance adecuado de la autonomía de la voluntad, agraciada garantía de los intercambios voluntarios.

Tres escenarios de constitucionalización de gran significado han tenido como efecto coartar, en diferentes medidas, la libertad de los agentes privados a pesar de su esfuerzo por huir. Así, la constitucionalización de la actividad bancaria a partir de su consideración como servicio público, la constitucionalización de la actividad contractual de las empresas de medicina prepagada con apoyo en una especial comprensión de la buena fe y la incidencia iusfundamental del derecho a la salud y la constitucionalización de la actividad aseguradora con las consecuencias conocidas sobre la libertad de contratación, acreditan las dificultades del proceso de marcación constitucional de un derecho que ha pretendido aislarse de la imposición.

Esta constitucionalización, que se ha extendido incluso a los más hondos escenarios privados no abordados en este trabajo, han activado una alarma ruidosa. La constitucionalización en el papel dejaría al borde de la hoguera sus categorías, normas e instituciones. El lector adoptará, en este nivel, sus propias conclusiones.

A pesar de ello, la sofocante jurisprudencia constitucional no parece tener una réplica en las prácticas efectivas de los agentes bancarios y aseguradores. El presente trabajo, desde su inicio, toma nota de la necesidad de diferenciar adecuadamente entre el impacto de la Constitución en las normas, por una parte y, en la vida, por otra. Esta distinción, epistemológicamente exigida para superar un trabajo dogmático, promueve algún grado de escepticismo sobre la incidencia real de la jurisprudencia de tutela en las actividades privadas.

El escepticismo se alimenta (i) de la constatación de que las prácticas y resultados del litigio —que constan en las sentencias de tutela de la Corte— han permanecido en algunos casos casi inmodificables a pesar de la reiteración de las reglas definidas por la jurisprudencia de la Corte, (ii) de la evidencia acerca de la comprensión general que del proceso analizado tienen agentes que han debido combatir durante el proceso y (iii) de la severidad bajo la cual los discursos de la constitucionalización —sobre, infra y adecuada— se expresan en la doctrina.

Los partícipes del proceso —jueces, litigantes y profesores— escudan narraciones referidas a la constitucionalización. Ellos transitan, de una parte, entre quienes afirman que el ordenamiento se encuentra sobreconstitucionalizado por la acción incontrolada y desordenada de la jurisdicción constitucional y a partir de allí exigen una inmediata infraconstitucionalización y, por otra, quienes defienden y reclaman la idea de que la constitucionalización puede ser adecuada y que bajo el liderazgo de la Corte Constitucional se ha venido gestando su construcción correcta en Colombia. Estas imágenes de la historia impregnan la actividad teórica y el litigio y por ello debe estarse atento a su alcance.

La constitucionalización real, esto es, en las prácticas efectivas, no se desarrolla de manera uniforme. Aquí se sostiene que una práctica privada se encontrará altamente constitucionalizada cuando el riesgo de incumplimiento constitucional es incorporado *ex ante*. Por el contrario, el nivel de constitucionalización será reducido cuando el riesgo se asume como *ex post* y, en esa medida, los agentes privados se abstienen de tomar medidas suficientes en el proceso de diseño del negocio esperando, en su lugar, una exigencia judicial que establezca la obligación de implementar determinado comportamiento.

Sugerir que existen dos variables que inciden en esta última forma de actuar es posible. Los agentes privados toman en consideración, de una parte, la incidencia técnica y económica que la regla constitucional tiene en el negocio y, de otra, el grado de certidumbre acerca de su estabilidad, alcance e imposición. De esta manera, si las reglas definidas por la jurisdicción de tutela se encuentran afectadas por un alto grado de inestabilidad o particularidad y su seguimiento afecta profundamente la dinámica y costos del negocio, es claro que existe un incentivo para su no seguimiento. Por el contrario y al otro costado, si se trata de una regla cuya estabilidad y generalidad no ofrece dudas y ella tiene un impacto leve en la operación del negocio, la misma será incorporada *ex ante*.

Las fuerzas descritas y que pueden incidir en el grado de constitucionalización también impregnan la reacción organizacional de los agentes privados. Las formas de acción y de discusión de una regla constitucional que se despliega sobre el negocio variarán en función de la posibilidad de ingreso *ex ante* o *ex post* del riesgo. La comprensión de estas formas de comportamiento puede enseñarnos mucho más del derecho privado que la preocupación sobre el poder clasificatorio examinado desde una perspectiva ortodoxa.

Los problemas analizados en este trabajo se inscriben en uno más amplio relacionado con la forma en que se hace eficaz el derecho. Nuestra creencia, fruto del saber dogmático, acerca de la coincidencia entre el derecho que se dice y el derecho que se práctica —que incluso incide en la forma en

que nuestros cursos de derecho se desarrollan— tiene en la constitucionalización del derecho privado, un escenario que la hace problemática. Saber que ocurre en la vida con las reglas que se construyen en el proceso de constitucionalización es una tarea que queda abierta.

El derecho privado ha venido cambiando. Esos cambios también han sido consecuencia de las crisis que se derivan de la modificación de contextos. La constitucionalización impregna de rasgos igualitarios a tales contextos. Esto constituye, en si mismo, un gran problema del papel y de la vida.

BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina

- ALEXY, ROBERT: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ANGARITA GÓMEZ, JORGE: *Lecciones de derecho civil*, Bogotá, Edit. Temis, 2005.
- BARBERIS, MAURO: *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008.
- BERNAL, NATALIA: “El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales. Un estudio comparado en pocas palabras”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 338, Bogotá, 2008.
- BERNAL PULIDO, CARLOS: *El neoconstitucionalismo a debate*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BOBBIO, NORBERTO: *Estado, gobierno y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- CÁRDENAS, MAURICIO y BADEL, ALEJANDRO: “La crisis de financiamiento hipotecario en Colombia: causas y consecuencias”, disponible en <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubWP-500.pdf> [consulta 15 de julio de 2008].
- CEPEDA E, MANUEL J. *et al.*: *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sent. T-760 de 2008*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- COOTER R. y ULLEN T.: *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- CHABLÉ-SANGEADO, J. J.: “Las teorías de la información y el funcionamiento del mercado del crédito. Hitos de ciencias económico administrativas”, disponible en <http://www.ujat.mx/publicaciones/hitos/ediciones/34/finanzas.pdf> [consulta el 4 de agosto de 2008].
- ESTRADA, ALEXEI JULIO: *Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en MIGUEL CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-Unam, 2007.
- EZQUIAGA G, FRANCISCO JAVIER, *et al.*: *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El Debate*, Bogotá, Universidad Javeriana-Dike, 2007.
- GARCÍA V. MAURICIO: *La eficacia simbólica del derecho*, Santa Fe de Bogotá, Edic. Uniandes, 1993.
- *No solo de mercado vive la democracia*, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2331436> [consulta el 15 de agosto de 2008].
- GUASTINI, RICARDO: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en MIGUEL CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN: *Los efectos económicos de la Corte Constitucional*, disponible en <http://quimbaya.banrep.gov.co/junta/publicaciones/salomon/K-EfectosCorte.pdf> [consulta el 30 de abril de 2008].
- KELSEN, HANS: *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1941.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO: *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2009.
- LLEWELLYN, KARL: “Una teoría del derecho realista: el siguiente paso”, en JUAN MORESO y POMPEU CASANOVAS, *El ámbito de lo jurídico*, Madrid, Edit. Crítica, 1994.
- LÓPEZ M, DIEGO E.: *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- *La teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- MALLOY P., ROBIN: *Derecho y economía de mercado*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MANTILLA E., FABRICIO *et al.*: *Los contratos en el Derecho privado*, Bogotá, Universidad del Rosario-Legis, 2007.
- *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- NINO, CARLOS SANTIAGO: *Derecho, moral y política*, Barcelona, Edic. Ariel, 1994.
- *Derecho, moral y política*, Madrid, Edic. Ariel, 1994.
- *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Edic. Ariel, 1999.

- NÚÑEZ, ANTONIO JOSÉ: *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Bogotá, Legis, 2005.
- OSSA, EFRÉN: *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Edit. Temis, 1984.
- PÉREZ S., MAURICIO: “Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana desde la vigencia de la Carta Política de 1991 hasta 2003”, disponible en <http://Mauricio%20Perez%20Salazar%20No.%202021> [consulta el 30 de abril de 2008].
- POSNER, R.: *El Análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- PUGLIATTI, SALVADOR: *Introducción al derecho civil*, México, Edit. Porrúa, 1943.
- RADRUCH, GUSTAV: *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches, México, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, 1939.
- SÁCHICA, LUIS C.: *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1993.
- SANHUEZA, RICARDO: *Riesgo, mercado y seguridad social en salud: revisión de algunos aspectos conceptuales*, Estudios de Economía, vol. 24, núm. 1, junio 1997.
- UPRIMNY, RODRIGO: “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, disponible en http://dspace.icesi.edu.co/dspace/bitstream/item/417/1/cap1c-ruprimny-legiti_convien.pdf [consulta el 15 de agosto de 2008].
- VALENCIA ZEA, ARTURO: *Derecho civil*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1979.
- VÁSQUEZ, J. y GÓMEZ, K.: “El problema de selección adversa en el seguro de salud colombiano: un estudio de caso para el régimen contributivo”, disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/revistas/salud/pdf-revista-10/estudios1.pdf> [consulta el 15 de agosto de 2008].
- VENEGAS F., ALEJANDRO *et al.*: *Estudios de derecho privado*, t. I, Liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- *Estudios de derecho privado*, t. II, Amicorum en homenaje a César Gómez Estrada, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- AA. VV.: *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des juristas franco-latino-américains*, Bogotá, U. Externado, U. del Rosario, Asociación Andrés Bello, 2007.

B) *Jurisprudencia. Sentencias de la Corte Constitucional*

- Sent. T-412 de 1992.
- Sent. T-414 de 1992.
- Sent. T-443 de 1992.

Sent. T-240 de 1993.
Sent. T-025 de 1995.
Sent. T-533 de 1996.
Sent. T-697 de 1996.
Sent. T-307 de 1997.
Sent. T-375 de 1997.
Sent. SU-039 de 1998.
Sent. T-602 de 1998.
Sent. SU-157 de 1999.
Sent. SU-166 de 1999.
Sent. SU-167 de 1999.
Sent. T-128 de 2000.
Sent. T-449 de 2000.
Sent. T-661 de 2000.
Sent. T-687 de 2000.
Sent. T-693 de 2000.
Sent. T-1072 de 2000.
Sent. SU-1554 de 2000.
Sent. T-1592 de 2000.
Sent. T-1675 de 2000.
Sent. T-1697 de 2000.
Sent. T-219 de 2001.
Sent. SU-509 de 2001.
Sent. T-980 de 2001.
Sent. T-1042 de 2001.
Sent. T-1165 de 2001.
Sent. T-1118 de 2002.
Sent. T-171 de 2003.
Sent. T-468 de 2003.
Sent. T-520 de 2003.
Sent. T-549 de 2003.
Sent. T-587 de 2003.
Sent. T-592 de 2003.

Sent. T-814 de 2003.
Sent. T-065 de 2004.
Sent. T-222 de 2004.
Sent. T-419 de 2004.
Sent. T-699 de 2004.
Sent. T-853 de 2004.
Sent. T-133 de 2005.
Sent. T-170 de 2005.
Sent. T-271 de 2006.
Sent. T-348 de 2005.
Sent. T-763 de 2005.
Sent. T-1223 de 2005.
Sent. C-341 de 2006.
Sent. T-517 de 2006.
Sent. T-660 de 2006.
Sent. T-875 de 2006.
Sent. T-196 de 2007.
Sent. T-416 de 2007.
Sent. T-632 de 2007.
Sent. T-433 de 2008.
Sent. T-636 de 2008.
Sent. T-760 de 2008.
Sent. C-1011 de 2008.
Sent. T-140 de 2009.
Sent. T-563 de 2009.
Sent. T-589 de 2009.
Sent. T-910 de 2009.
Sent. T-160 de 2010.
Sent. C-289 de 2010.
Sent. T-312 de 2010.
Sent. C-432 de 2010.

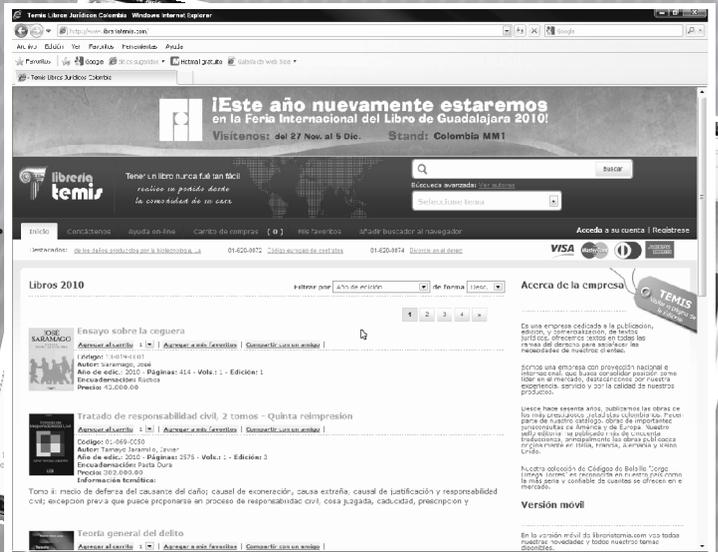
NOTAS

NOTAS



¡visítanos!

librería TEMIS S. A.



Versión móvil

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA ON-
CE DE ENERO DE DOS MIL ONCE, ANIVERSARIO
DEL NACIMIENTO DE EUGENIO MARÍA
DE HOSTOS Y BONILLA (n. 11, I, 1839
y m. 11, VIII, 1903).

LABORE ET CONSTANTIA