

Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas

Current situation of constitutionalism of private law in Colombia. Juridical and philosophical theories

ABDÓN SIERRA GUTIÉRREZ

Abogado Especialista: en procesal civil derecho comercial y derecho constitucional Magister y Doctor en Derecho. Profesor de derecho Privado Universidad. Libre de Barranquilla y Universidad del Atlántico. Magistrado de la Sala Civil Familia del Tribunal de Barranquilla albertosi289@yahoo.es

Recibido: 13 de Abril de 2011
Aceptado: 15 de Mayo de 2011

RESUMEN

Después de las dos guerras mundiales surgió en occidente la necesidad de garantizar a la humanidad, la no repetición de las guerras y sus nefastas consecuencias. Es el ordenamiento jurídico, uno de los instrumentos legitimadores de esa categoría especial de derechos nacientes tras la segunda guerra mundial, llamados fundamentales constitucionales, cuya supremacía sería reclamada por la sociedad con vocación expansionista hasta llegar a Colombia en la Constitución de 1991 como premisa mayor de lo que luego se convertiría en la Constitucionalización del derecho privado, irradiando todos los poderes públicos, sometiéndose así a la Constitución Política, sin contrariarla.

Palabras clave: *constitucionalismo del derecho privado, los derechos constitucionales, el sistema jurídico, los derechos fundamentales, autonomía privada*

ABSTRACT

After of the two world wars emerged in Western countries the need to ensure humanity that there was not going to be more wars and their horrible consequences. It is the legal system, one of the legal instruments of that special category of rights given after World War II, called Fundamental rights, whose supremacy would be claimed by the European society at the beginnig until it reached Colombia in the Constitution of 1991. This became a premise of what later became the constitutionalism of private law, spreading among the public authorities giving the Constitution its supremacy over the legal system.

Key words: *constitutionalism of private law, legal system Constitutional rights, Fundamental rights, private autonomy.*

Generalidades

El propósito del presente artículo de reflexión, es demostrar la evolución de la constitucionalización del derecho privado en la teoría jurídica general y sus distintas reacciones, lo que advierte que no será tan pacífica su asimilación en Colombia, partiendo del supuesto que con lo avanzado de los estados europeos continentales, el proceso evidencia brechas y posiciones irreconciliables.

Al abordar la tesis de la constitucionalización del derecho privado y sus reacciones en la sociedad colombiana, conviene destacar como surge el proceso en la historia de los estados.

Lo primero a señalar es, que con el surgimiento del Estado liberal y sus transformaciones, se limita el poder absoluto del monarca señorial de la sociedad feudal. De tal manera que esa concepción libertaria caracterizada por la no intervención del estado en las relaciones entre privados, permitió que se constituyera como una fuente primigenia creadora de derecho y por ende, de obligaciones aprovechada al máximo por los códigos nacientes del siglo decimonónico.

Paralelo a los desarrollos de carácter legal, en esa concepción liberal, se dio paso al imperativo categórico que los derechos fundamentales y los principios constitucionales no constituyen límites al Estado, sino supuestos para la existencia del Estado democrático, planteándose así las diferencias puestas de presente en la concepción de Santiago (2003) y Habermas (2000), habida cuenta que el primero de los autores sostiene y defiende la idea que sin el respeto de los principios constitucionales en general y los derechos fundamentales en particular de parte del Estado, no es posible hablar de democracia, porque para disfrutar de los derechos políticos y sociales propios de esos sistemas de gobierno, se requiere previamente garantizar a los ciudadanos las condiciones materiales mínimas, pues sin ello, resultaría imposible la independencia en el uso y disfrute de aquellos derechos políticos. Por el contrario Habermas (2000) sostiene que es la democracia misma la que garantiza los derechos y con ellos las mínimas condiciones de vida, lo cual, se obtiene a través de su legalidad.

Pero, la concepción de los derechos constitucionales y los fundamentales en particular, por estar ligado a la evolución del estado y la sociedad, igualmente han progresado enormemente. La profundización de la crisis del sistema capitalista, el progreso tecnológico, la permanencia de la guerra fría, la formación de fuertes grupos económicos interrelacionados con los intereses del Estado, la posición dominante que ejercen dichos grupos en el mundo de la

vida, especialmente en la autonomía privada, conlleva a postular que aquellos derechos constitucionales debían extenderse, en su aplicación y respeto, a las relaciones entre particulares, llamadas relaciones horizontales. Así lo acepta hoy la doctrina constitucional: Alexy (2002), Bernal (2005), Prieto (2003), Nino (2003). Igualmente lo reconocen los tribunales constitucionales europeos y americanos, como expone Bilbao (1997) y Bastidas y otros (2005). En Colombia Estrada (2001) y en cuanto a Venezuela Molina (2008).

Pero el proceso no ha sido lineal y pacífico, sino que respecto al punto de la irrigación de tales derechos en la vida de los negocios y en general en las relaciones propias del derecho privado, aquella trayectoria ha estado caracterizada por permanentes enfrentamientos entre doctrinantes y los Tribunales y Cortes Constitucionales, muchas veces con alcances antagónicos y en el cual han participado los autores más representativos de la actualidad.

Surgimiento del Constitucionalismo moderno y su fusión con el Estado liberal

Superadas las relaciones feudales, surgen las relaciones económico-sociales de orden capitalista, que igualmente se han denominado individualistas o burguesas.

El régimen político-social derrotado fue el absolutismo estatal, cuya característica central, era la existencia de un único poder, es decir, la voluntad del monarca quien ejercía el control del Estado.

Por ende, el derecho, para esta época, no constituía un límite real al poder estatal, es decir, la normatividad jurídica no era oponible al Estado; lo que hacía incontrovertible el ejercicio del poder del monarca.

Es con el triunfo de la revolución burguesa, que se pensó en cómo diseñar un control del ejercicio del poder, el cual debía partir del supuesto minimalista de la intervencionista del estado. Es decir, que sólo debe limitarse a tomar las medidas para garantizar la seguridad o paz social, el orden público y la vida de los co-asociados, a efecto de generar las condiciones ideales para que la sociedad pudiese realizar, lo más libre posible, sus planes de vida y las relaciones entre privados.

Pero para poder garantizar tal cometido con el ordenamiento jurídico, se consideró, necesario abandonar las tesis Iusnaturalistas, para dar paso al Positivismo Jurídico, lo que permitiría diferenciar esas esferas, de manera que la ley y sólo la ley, fuese la que autorizara al Estado a intervenir en aquella esfera propia del individuo. Por ello, el doctrinante Bilbao (1997, P. 237) expresa:

...El Estado liberal surge, pues, para salvaguardar la libertad individual frente a lo que se percibe como su principal amenaza. Y esto se traduce en la idea de que el derecho está vinculado positivamente al poder público (que sólo puede hacer aquello que las normas jurídicas expresamente le permiten) y negativamente a los ciudadanos (que, como regla general, puede hacer todo aquello que las normas no prohíben). La ley es el fundamento de la actuación en el primer caso, y el límite externo de la actuación en el segundo.

Lo anterior se encuentra justificado, para que el derecho recogiese aquella diferencia que la política liberal dejaba establecida entre Estado y Sociedad. Pero antes del cambio social y político, que significó la revolución burguesa, se había obtenido, gracias a las luchas sociales de los pueblos, que el monarca produjese unas declaraciones de derechos que, según algunos tratadistas, eran exigibles sólo frente al Estado, ya que no se pueden pensar ni como límites aplicables directamente a las relaciones de los ciudadanos entre sí, y tampoco como garantías universales de la libertad ; mientras que para otros, su ámbito de protección se extendía a los estamentos y los privilegios de clase, tratando de garantizar un mínimo de libertad e igualdad en el ámbito de las relaciones privadas.-Prieto (2003) y Peces (1978).

Se destaca entonces la importancia en ese siglo decimonónico del Código Civil, el que vino a constituir una verdadera Carta Constitucional que regula y gobierna las relaciones entre los co-asociados, consideradas como autosuficientes, que se rige por la mano invisible del mercado, la oferta y la demanda, la autonomía privada y la libertad contractual de disposición de derechos.

Los Estados que jurídicamente bebieron de la revolución francesa, en sus Códigos Civiles, contemplaban como integrante del mismo y a manera de capítulo preliminar, la Constitución Política o por lo menos los capítulos referentes a los derechos, para significar que el desarrollo de aquellas garantías lo constituía el articulado del código.

Con el anterior telón de fondo, de naturaleza ideológica y política que guió el surgimiento del estado liberal, fácil era deducir que lo referente, al reconocimiento y exigibilidad de los derechos sólo podría plantearse con respecto al Estado, pero siempre y cuando fuesen éstos reconocidos mediante leyes, lo que vino a plasmarse conceptualmente en Alemania, en la teoría expuesta por el tratadista G. Jellinek, (1905) que transfirió los derechos subjetivos del derecho privado al derecho público.

La posición de Jellinek (1905), se ha llamado tradicionalmente la teoría del status y ello deviene del hecho de que

el autor sostiene que el individuo cuenta frente al Estado con diferentes situaciones que definen sus diversas posiciones ante el ente estatal y las clasifica en cuatro, denominados status. Sea lo primero expresar, que para el autor alemán, status consiste en una relación con el Estado que califica al individuo y el primero de ellos es el pasivo, entendido como la sujeción del individuo al Estado por existir mandatos o prohibiciones jurídicas estatales, cualquiera que sea su contenido.

Por ello, el status no cambia cuando cambian los mandatos y prohibiciones que afectan al individuo o la competencia del Estado para dictarlos. Como consecuencia de lo anterior, el individuo sólo pierde su status pasivo cuando el Estado pierde toda competencia para imponerle mandatos y prohibiciones o no exista ningún mandato o prohibición del Estado para aquél.-

Luego, pasa al estudio del denominado status negativo, el cual define, como

...Al miembro del estado le corresponde, pues, un status en el cual, es señor, una esfera libre del Estado, que niega el imperium. Es el de la esfera individual de la libertad, el status negativo, del status libertatis, en el cual, los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo. (Jellinek, 1905, p. 87)

A este status pertenece lo que el autor denomina acciones

...Irrelevantes para el Estado, entendido desde el punto de vista jurídico y no fácticamente; está protegido porque el individuo tiene un derecho a su reconocimiento, y a las autoridades estatales les ésta prohibido toda perturbación del mismo, es decir, toda imposición de una orden o de una coacción que no esté legalmente fundamentada. (Jellinek, 1905, p.105)

El status pasivo Jellinek (1905)lo define como el que coloca al individuo en relación con el Estado mediante el cual éste "le reconoce la capacidad jurídica para reclamar y utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas" (p.87).

Finalmente, el autor en cita, pasa a estudiar el status activo y expresa que un individuo se encuentra en él, cuando "no está limitada por un deber, sino que más bien se amplía su capacidad de acción jurídica". (Jellinek, 1905, p. 101)

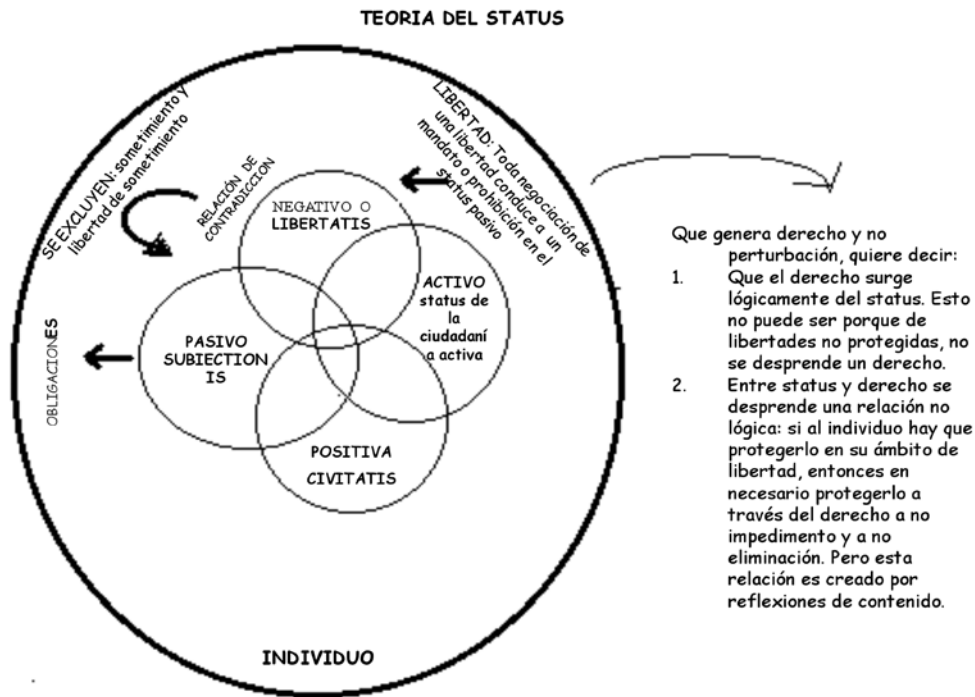
Este status tiene una relevante relación con los otros status, porque por ejemplo, una competencia del individuo

es ordenada o prohibida, por lo tanto relaciona con el status pasivo o es libre y entonces se conecta con el status negativo. El derecho nítidamente vinculado con este status es el del sufragio, el cual, se ha estatuido como la forma más común e importante que tiene el hombre para participar en los destinos del Estado.

De suyo, se tiene que para este status, el elemento característico es la competencia, el poder que tiene el hombre para ejercer su derecho a participar en la configuración

del Estado y que tal participación es de su exclusiva decisión. Y esa competencia no recae sobre capacidades que se encuentran por fuera de la libertad natural del individuo, sino que son atribuciones que se encuentran creadas por la evolución de la civilidad y las ideas políticas, como lo es el sufragio.

Se podría graficar al individuo desde la órbita de la teoría de Jellinek, de la siguiente forma:



Pérez (1999) expresa, que los “derechos públicos subjetivos surgieron como un decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológico iusnaturalista” (P.33).

Esta concepción de Jellinek, borra la idea de los derechos humanos y fundamentales, como nacidos a favor del hombre y válidos tanto en su relación con el Estado como entre particulares, y se limita únicamente a la primera de las relaciones, concepción que perdurará hasta mediados de mitad del siglo XIX unánimemente aceptada, con excepción de dos aspectos de la Constitución de Weimar que extendió los derechos de asociación y expresión frente a los poderes sociales no estatales.

Por tanto, para la teoría de Jellinek, los derechos fundamentales son considerados como expresión del derecho

a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajuste al principio de legalidad, pero como las intromisiones en las libertades y propiedades de los particulares requieren fundamentos en la ley, esto presupone la intervención del órgano popular. Esta teoría hoy día, se ha pretendido modernizar para adecuarla a los cambios de la vida moderna, especialmente presentados luego de las dos grandes guerras mundiales y la expedición de la Ley Fundamental de Bonn. Así, por ejemplo en España, García de Enterría (1975), ha pretendido diferenciar dos tipos de derechos público subjetivo: los típicos o activos de Jellinek y los llamados racionales o impugnatorios, ampliando de esa manera el espectro de la teoría de los status.

Por el contrario, Pérez (1999) se opone a aceptar esos intentos de actualización y re-adecuación de la tesis de los derechos públicos subjetivos por cuanto consideran que tal labor constituye realmente una pretensión de exten-

der la vida de dicha teoría, pero que objetivamente lo que pone de presente dicho esfuerzo es la insuficiencia de aquella postura, amén de constituir añadiduras descontextualizadas social e históricamente.-

Si bien es cierto, que la teoría liberal de los status significó un progreso en la trayectoria constitucional y de garantía para el hombre, a la vez genera una situación no sólo de estancamiento para el desarrollo de los derechos, sino que fragmenta los mismo en diversos grados, no permitiendo construir una teoría unitaria de los derechos, amén de colocase de espaldas a los potenciales desarrollos que su propia base económica –social liberal ha de generar, como efectivamente los años postreros han puesto de presente, pasando del liberalismo librecambista al monopolismo , con sus consecuencias políticas, sociales y económicas que constituyeron la antítesis de los orígenes filosóficos del propio liberalismo.-.

El liberalismo por sus propias bases no admite la estática económica-política y consecuentemente social. Por tanto toda concepción de status debe entenderse como posibilidad de ser, como dinámica, por lo que la concepción de Jellinek igual que el positivismo en general, constituye un intento de darle estabilidad a los derechos y rodear al Estado de garantías, no sólo frente a los particulares, sino a favor preferentemente de él mismo. El intento de fraccionar al individuo en status fijos, en situaciones estancadas, tarde o temprano, el mismo desarrollo habría de poner en evidencia su insuficiencia, entre otras cosas, por la idea de controlar al individuo mediante la mera ley del libre cambio, del liberalismo clásico que separó lo público de lo privado y que colocó a esta última a moverse y regirse por la mano invisible del mercado, dejando al Estado como única función la de resguardar aquella dinámica privada, la historia iba a poner a prueba y peor aún, a demostrar que era imposible continuar pensando y actuando de aquella manera.

Y tal prueba se obtuvo con la ocurrencia de las dos guerras mundiales, las cuales pusieron de presente que una sociedad sin controles, dejada a los desarrollos del mercado, por la dinámica misma de éste, ha de conducir a la concentración de poderes económicos y por esa vía a controles políticos y sociales de parte de las empresas o centros de poder privado, lo que a su vez se expresa en la generación de contradicciones en el seno del propio capitalismo por la división del mundo y el control del mercado, que algunas veces ha de expresarse en el control político y en su máxima expresión: la guerra.

Ahora bien, si lo anterior es visto desde dentro del sistema capitalista, surge a sus afueras un fantasma que inicia el recorrido del mundo, especialmente en Europa, que se

expresa en el despertar de los sectores populares, encabezados por los obreros de esas mismas concentraciones laborales, que adquiriendo conciencia de clase, se matriculan en el gran primer despertar de la ola socialista y la lucha por la democratización económica y política.

Los anteriores factores, internos y externos, condicionados por la gran crisis económica que golpea a la población de manera cíclica, propia del sistema anárquico de producción, fue generando el abandono de aquella división clásica de lo público y lo privado, lo estatal y la sociedad, para ir dando origen a un cruce entre ambas esferas. El estado fue saliendo de su aislamiento intervencionista para poco a poco, pasar a asumir planes de políticas públicas, intervenir, tratar de organizar y orientar la economía e incorporar contenido a algunos negocios jurídicos con alta sensibilidad social mediante leyes.

Estos cambios tienen su origen en los años 1950, dado que en años anteriores se sostenía que el fundamento de la autonomía privada, librecambista, -para impedir que el Estado interviniera en el campo privado-, descansaba en el hecho de que las personas y entidades que participaban en este ámbito están colocados en pie de igualdad e igual libertad para vincularse negocialmente y disponer de sus derechos. Y por tanto no se requería de intervención de terceros, amén de que ambos disfrutaban de idénticos derechos. ¿Y si era así para qué teorizar sobre derechos fundamentales en este campo?

Pero, los cambios políticos-sociales evidenciaron que lo anterior no era cierto; la sociedad y la mano invisible del mercado libre no garantizaban ni la igualdad ni la libertad. Cosa contraria ocurría en la relación Estado- ciudadano, donde se exigía, casi con una necesidad lógica, la existencia de cierto status que permitiera una especie de equilibrio de poderes, que posteriormente fue llamado el coto vedado.

Bilbao, (1997) recoge esta realidad en los siguientes términos:

No podemos sino suscribir, hoy más que nunca, la conclusión que “también el derecho privado conoce el fenómeno de la autoridad como poder de imponer jurídicamente a otros las propias decisiones”. Para acreditar la exactitud de esta afirmación basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de los centros de poder en éste ámbito (grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades cuasi públicas) y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. El poder ya no está concentrado en

el aparato estatal, diseminado, está disperso en la sociedad. (P. 242).

De suyo se tiene que el estudio de la evolución de los derechos fundamentales como institutos jurídicos meramente y de caracteres autónomos e independientes respecto de las transformaciones socio-económicas, es equivocada dado que el único método que permite comprenderlos a cabalidad es introduciéndolos al proceso general de evolución de la sociedad. Y la razón es simple: los derechos fundamentales no son graciosas prebendas de las clases dominantes, sino producto de las luchas y contradicciones, propias de la dialéctica capitalista, y de éstas con los sectores populares para superar las consecuencias nocivas de las condiciones sociales y políticas generadas por aquéllas.

Aquellos cambios, han de reflejarse en el campo jurídico, especialmente en la gran oleada democrática constitucional que inició su proceso en 1926 y que poco a poco se fue extendiendo al mundo con la promulgación de Cartas Políticas que no se limitaron a declarar un catálogo de derechos con calidad de fundamentales, sino que igualmente estableció los mecanismos procesales para la protección de tales prerrogativas, no sólo frente al Estado sino que igualmente y de manera expresa contempló la posibilidad de exigir su cumplimiento en las relaciones entre particulares.

Así por ejemplo, en Colombia se expidió la Constitución de 1991 y en el Capítulo III del Título I se establece el listado de derechos fundamentales y en el artículo 86 de la misma se expresa que para la protección y recuperación, en caso de haberse violado estos derechos, se establecía la excepcionalísima acción pública constitucional de tutela.

De igual forma, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el Capítulo I del Título III recogió los derechos fundamentales de orden constitucional y en el artículo 27 se instituyó como mecanismo de protección de aquéllos, el amparo constitucional.

Pues bien, hoy no existe duda que el problema de aceptar o no la influencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se encuentra resuelto genéricamente. Es decir, en términos de Alexy (2003) el problema de la construcción de una teoría acerca de la influencia de los derechos fundamentales entre las relaciones particulares en esencia se refleja en determinar cómo se da esa relación, para diferenciarlo de un paso posterior, cual es, establecer en qué grado o medida se da la misma.

En el campo de la reconstrucción de las teorías que se han desarrollado sobre el tema, se plantean dos grandes po-

siciones, que a su vez, se descompone cada una en subposiciones: un primer grupo, que se manifiesta enemigo o por lo menos no admite que los derechos fundamentales tengan alguna vigencia en el campo del derecho privado y los, que admite, como se ha explicado, la injerencia de los derechos fundamentales en el campo del derecho privado. Estos a su vez, van desde quienes admiten una penetración de aquellos derechos de manera directa e inmediata en el campo del derecho privado; otros de manera indirecta o mediata, otros, como Alexy defienden una tesis integracionista o de tres niveles y finalmente posiciones intermedias. Estas teorías, de una u otra manera han encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania, España y el resto del mundo.

Pues bien, pasemos de inmediato a exponer las más sobresalientes ideas que sirven de fundamento a cada uno de aquellos grupos.-

2. Teorías que niega la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas

El Primer grupo, se halla integrado por dos vertientes: a) Quienes desde un punto de vista ideológico niegan toda validez a la teoría de los derechos fundamentales, y de paso a su efecto entre particulares y b) quienes admitiendo los derechos fundamentales como orientadores y límites al sistema jurídico, sostienen que su ámbito se restringe a las relaciones Estado-particulares.

En el primer subgrupo se puede mencionar a Benthán, (1990) quien expone su rechazo a los derechos humanos manifestando que éstos eran medios de defensa del status quo por parte de los opositores a las reformas económicas necesarias para promover el bienestar general.

Así, el prologuista del texto de Benthán, expresa:

Los derechos fundamentales, segundo principio estructural del Estado constitucional, constituyen para Benthán simple nonsense cuando se construyen como derechos naturales. De ahí la crítica demoledora a la Declaración de 1789, contenida en *Anarchical Fallacies*, cuyas proclamaciones “retóricas y vacías de contenido” son sustituidas por concretas y positivas securities, que ofrecen una garantía eficaz frente al gobierno tiránico y una salvaguarda de la libertad política; si bien Benthán no niega que, en el pasado, los derechos naturales hayan sido usados para atacar al absolutismo. (Benthán, 1990, pág. xxvii).

En idéntico sentido se pronunció el socialismo marxista, quien consideró que la teoría de los derechos humanos es

una especie de encubrimiento de los intereses de clase, en particular de la burguesía, por lo que no comparte la naturaleza ontológica para reemplazarla por la ideología del proletariado. Para Marx (1994) la teoría de los derechos humanos, del que bebe la concepción de los derechos fundamentales actuales, no es otra cosa que la ideología a través de la cual la burguesía se arropó para ocultar su interés en su lucha contra el absolutismo feudal.

Desde la extrema derecha, la corriente comunitarista, considera, que la única cultura y moral posible de existir y ser efectivamente constitucionalizada, es la que se genera en la comunidad concreta y no la pensada en términos universales. Igualmente se resiste a aceptar la teoría ontológica de los derechos humanos. Su mejor y más conocido expositor Macintyre (2001) expresa que “creer en los derechos humanos es como poner fe en brujas y unicornios”, (P.289) ello, dado a consideración en que cada comunidad, cada pueblo, tiene su propia moral y por tanto es imposible pensar en una noción objetiva y universal de los derechos humanos. No es posible una sola moral cuando la realidad demuestra, con elemental objetividad, que no es preciso obtener un criterio único de ética.

Más modernamente, y desde la órbita propiamente jurídica, igualmente se han dado manifestaciones importantes de rechazo al reconocimiento de los derechos humanos. Y esto se ha obtenido desde la visión positivista radical del derecho recogida en la Teoría Pura de Kelsen (1953) y desde el ámbito del realismo jurídico, tanto norteamericano como escandinavo, concretada en el pensamiento de Ross (1976).

Por otro lado, la versión avanzada de este grupo acoge los derechos fundamentales como una realidad jurídico-político, pero restringen su ámbito a la relación Estado – ciudadano y no con alcance entre los particulares, porque consideran esta idea una posición que va en contravía de la naturaleza de tales derechos, además, innecesario.

El ataque más directo de este grupo proviene de la posición de E. Forsthoff (1975), quien expresa entre otras cosas:

...En los derechos fundamentales se expresa el reparto entre libertad individual y ámbito de actuación soberana del Estado y la libertad significa distanciamiento del individuo frente al Estado. La Constitución no es un supermercado donde se puede satisfacer todos los deseos. (p. 250).

Más adelante, el mismo autor expresa:

...Mediante el desarrollo técnico social la red de relaciones y entramados supra individuales se han he-

cho cada vez espesa, con lo que la libertad de movimientos en la esfera social se ha estrechado también progresivamente para el individuo, pero los derechos fundamentales, no ofrecen ninguna protección contra ese estado de cosas, porque las transformaciones sociales indicadas no afectan a las libertad en cuanto tal, sino que se limitan a las condiciones de su ejercicio. (p. 261)

3. Tesis que defienden la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado

A este grupo no sólo se integra un gran número de doctrinantes, sino que a su vez se descompone en subgrupos diferenciables por la forma e intensidad en que admiten aquellos efectos e interferencias.

Así se tiene:

1. Quienes admiten efectos inmediatos o directos: Tribunal Supremo Alemán -Sala Primera Laboral.
2. Quienes admiten efectos mediatos o indirectos: Tribunal Constitucional Federal Alemán.
3. Quienes admiten una posición crítica a las anteriores posiciones: Schwab, Lombardi y Cañarís Claus.

4. La teoría de los tres niveles de Robert Alexy

De inmediato, se procederá a realizar una breve exposición de las ideas centrales de cada uno de los grupos antes enunciados, especialmente de los dos primeros por tener mayor incidencia para la conclusión y el sentido a que se orienta esta investigación, admitiendo que todos tienen en común en que aceptan que los derechos fundamentales constitucionales irrigan todo el ordenamiento jurídico y por consecuencia a las relaciones de derecho privado.

4.1. Efectos inmediatos de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

Como su nombre parece indicarlo, esta tesis apunta a la idea que los derechos fundamentales, pueden ser aplicados de manera directa en las relaciones entre particulares, sin necesidad de mediación conectora, como serían los derechos subjetivos comunes y corrientes. Y el argumento de principio es que si la Constitución es el vértice superior del ordenamiento jurídico, elemental es concluir que ella debe aplicarse de manera plena y directa a todos los ámbitos jurídicos.

Luego, para la solución de un caso de violación de un derecho fundamental por entes privados, no se requiere acudir a la hermenéutica, sino que es la Carta Magna misma la que sirve de fuente normativa apta para brindarse como solución jurídica, sea o no que esté desarrollada por vía legal.

La crítica que se le hace a esta posición doctrinaria se basa en que una aplicación inmediata y directa de la materia constitucional de los derechos fundamentales al campo del derecho privado genera el peligro de acabar con la libertad e igualdad que se encuentra presente en la autonomía privada y que sirve de inspiración a aquellas relaciones negociables.-

Esta teoría, es aplicable en los siguientes casos: a) Que el derecho fundamental que se alega desconocido tenga cabida en el campo del derecho privado; b) Superado ese primer paso, debe acudirse al estudio de la finalidad protectora y orden que contiene la normas constitucionales a aplicar, pasando a establecer la extensión de esa protección que ella brinda para el derecho privado.

De ello, ha de colegirse que la norma de derecho fundamental debe aplicarse plenamente, en tratándose de un enfrentamiento entre un individuo y una organización que represente un núcleo del poder social. Aquí la aplicación es en términos absolutos, dada la situación de inferioridad del individuo frente a dichos poderes, que puede ser social, económico o de hecho, dado que lo esencial es que se constate un rompimiento del equilibrio negocial.

4.2. Efectos mediatos o indirectos. Fallo Luth. Tribunal Constitucional Federal Alemán.

El defensor original de esta postura doctrinaria fue el Tribunal Constitucional Federal Alemán quien comenzó hablando de la *Writtwirkung der Grundrechte* o eficacia "frente a terceros de los derechos fundamentales.-

La primera sentencia que plantea la cuestión fue de diciembre 3 de 1954.

La mediatez que se sostiene por este grupo doctrinario sostiene que la aplicación de los derechos fundamentales en el campo del derecho privado, requiere de la intervención, sea del legislador o del juez, como expresión del poder del Estado contra quien no hay duda es plenamente oponible los derechos fundamentales.

El núcleo esencial de esta teoría se encuentra en colocar en el centro del derecho la dignidad humana y por tanto toda la integridad del sistema jurídico debe funcionar en el sentido de la realización plena de esa esencialidad,

que en el campo del derecho privado actúa a través de las cláusulas como la de buena fe, buenas costumbres, orden público etc. Por ello, los derechos fundamentales obran entre los particulares de manera indirecta o mediata, en el cual se debe respetar características propias de dicho espacio y que igualmente son reflejo del desarrollo digno del hombre: la autonomía privada.

No es motivo de controversia la idea de que en el Estado democrático es el legislador el reflejo idóneo del querer de la nación y por lo tanto el más autorizado para desarrollar y limitar los derechos fundamentales. Eso es cierto. Pero, incluso él y a pesar de todo, tal atribución no puede ser arbitraria. De ahí que cuente con restricciones que deben ser atendidas, de ahí la importancia del control de constitucionalidad judicial de la ley.-

Pero la mediación del legislador no es la tesis del Tribunal Constitucional Alemán, sino que éste considera que el órgano preferente para mediar en la aplicación de dichos derechos es al juez, el órgano judicial. Una primera argumentación de esta idea, es la imposibilidad de aplicar directamente los principios constitucionales a las relaciones privadas por el legislador y que éste pueda atender diaria y casuísticamente todas y cada una de la problemática que se llevan a la administración de justicia, es cuestión notoriamente imposible. Por ello, es el juez, la polea de transmisión entre la Constitución y los casos sometidos a su conocimiento y que pertenecen al campo del derecho privado.

Una segunda premisa, para defender esta concepción mediática, es tener un conocimiento objetivo de los derechos fundamentales, es decir, entender que tales derechos constituyen un conjunto de valores que reflejan la imagen de la naturaleza humana y las circunstancias socio-políticas de la sociedad determinada en un lugar y tiempo específico, no pudiendo existir norma de cualquier nivel, que pueda desconocer aquella esencia digna de vida y por lo tanto imposible de restringir al campo de lo público y no al privado.

Esta posición fue asumida por el Tribunal Constitucional Alemán en el célebre fallo *Lüth-Urteil* del 15 de enero de 1958 que es considerada la decisión fundadora de esta línea jurisprudencial, en palabras del doctrinante López. (2000).

Luego el Tribunal ha reiterado esa línea jurisprudencial, que en concreto se estructura en las siguientes sub reglas: a.) Los derechos fundamentales son valores del sistema jurídico aplicables a todos los ámbitos, incluso en el campo del derecho privado. b.) Pero tal aplicación no tiene el alcance de los derechos subjetivos, sino extensión

irrigador de aquellos valores en las normas de derecho privado, que las modifican mediante una interpretación ajustada a la Constitución, especialmente a través de las normas civiles *topos*, como la buena fe, orden público etc. c.) Por tanto es el órgano estatal a quien va dirigido en primera instancia los mandatos constitucionales, sea legislador o juez.

5. Posiciones intermedias y críticas.

Han surgido posiciones diferentes, que aunque no alcanzan a contar con respaldo jurisprudencial, es interesante tener presente y para el caso se menciona las posiciones asumidas por Schwabe (1973); y la tesis del deber de protección defendida por Canaris, C. (1999), que se pasan a describir de manera breve.

Schwabe (1973) sostiene que el problema de los efectos expansivos de los derechos fundamentales en el campo de las controversias entre particulares es solo un problema aparente y lo es porque una controversia entre particulares respecto del desconocimiento de los derechos fundamentales por parte de uno de ellos, al fin quien debe conocer de él y resolverlo, es el Estado, único destinatario de dichos derechos y se acude precisamente al juez por ser éste parte del órgano estatal de administración de justicia.

Por otro lado, Stark (2002) y Canaris (1999) sostienen la teoría que ha sido bautizada como del "deber de protección del Estado" y su núcleo argumentativo se encuentra en que siendo un deber del Estado proteger los derechos fundamentales de las personas ante la intromisión proveniente de otro particular mediante la aplicación de legislación reguladora del derecho privado y de jueces competentes en dicho derecho, es a él a quien le corresponde proceder a subsanar tal desconocimiento, restableciendo el equilibrio social

De otra parte, Lombardi (1999) expresa que el mundo de hoy pone de presente, en el campo del derecho privado, grandes diferencias entre los sujetos negociales. Por un lado, un ente poderoso, que impone las condiciones y que cuenta con capacidad económica y política para resistir las duras circunstancias del mercado y que muchas veces son generadas por él mismo y otro, que podríamos llamar débiles, que no está en condiciones y pie de igualdad, quien se encuentra en graves riesgos de ser desconocido en sus derechos al momento de entrar en relaciones con el sector poderoso. Por ello, no es admisible la diferencia que se ha querido sostener entre las relaciones Estado-particulares y las entre solo particulares.-

Sin embargo, tal aplicación tampoco es mecánica, sino que el autor (Lombardi 1990, pág. 83) la matiza de la si-

guiente forma:

...De un lado las características del poder privado deben ser tales que permitan reconocer en ellas un relieve publicitario, por así decirlo de posición, es decir, que el poder privado asuma, frente a todos los que están en contacto con el, una posición de relevancia social y en consecuencia una incidencia pública, cuya principal manifestación es una nota de supremacía que asegura el poder privado una mayor libertad respecto de su contra parte, y entonces pone a ésta última en una posición típica de sujeción respecto al primero.

5.1 Posición de Robert Alexy o de los Tres niveles.

En su texto Teoría de los derechos Fundamentales, Alexy (2002) expresa que las líneas de pensamiento ante expuesta tienen la característica de ser graduable y que ponen de presente aspectos positivos de la relación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, pero todas criticables por considerar que las otras construcciones son erróneas y están ubicadas en planos irreconciliables, auto considerándose cada una de ellas como completa.

Por tal razón, la propuesta de este autor se denomina de tres niveles, que no es otro, que la integración de las tres teorías en una y las clasifica, así: a.) El nivel de los deberes de Estado; b.) El nivel de los derechos frente al Estado y c.) El nivel de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado.

Según este autor, el fallo Luth explica el primer nivel, en su primera premisa:

...Por mandato constitucional ,el juez debe examinar si las prescripciones materiales de derecho civil que tiene que aplicar están influenciadas iusfundamentalmente en la manera descrita ,si tal es el caso, entonces, en la interpretación y aplicación de estas prescripciones ,tiene que tener en cuenta la modificación del derecho privado que de él resulta. (Alexy, 1997, p.516)

Observa el autor que al Tribunal Constitucional no le fue problemático descender al segundo nivel, cuando expresó en el mismo fallo mencionado, luego de reconocer que el primer nivel muestra su insuficiencia:

...Si el juez no respeta estas pautas y su fallo se basa no en haber tenido en cuenta esta influencia jurídico-constitucional en las normas de derecho civil, viola no solo el derecho constitucional objetivo al desconocer el contenido de la norma de derecho fundamental sino que más bien, en tanto titular del

poder público, lesiona con su fallo el derecho fundamental a cuyo respeto también por parte del poder judicial, el ciudadano tiene un derecho constitucional. (Alexy, 1997, p.517)

Por tercer nivel comprende Robert Alexy (2002) los efectos propiamente entre particulares de los derechos fundamentales y de entrada expresa deben ser entendidos como efectos inmediatos. Pero precisa qué debe entenderse por tal:

...Ella consiste en que, por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano-ciudadano existen determinados derechos no derechos, libertades y no libertades, competencias y no competencias, que sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efectos inmediatos en terceros, la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge un efecto inmediato en tercero. Es así, porque "los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativo a la Constitución, son necesarios pero que, sin vigencia no lo serían" (Alexy, 2002, p.521).

En fin, Alexy (2002) considera que resultan falsas, las críticas que se le hace en el sentido que esta tesis de la inmediatez del derecho constitucional sobre terceros conduce no sólo a eliminar la autonomía privada sino igualmente el derecho civil. Pero tanto una como otra acusación es infundada, porque el efecto inmediato se refiere a los resultados modificativos que los derechos fundamentales generan sobre el derecho civil, pero partiendo que tanto la autonomía privada como el derecho civil en general, si se ajustan a los derechos fundamentales.

A manera de conclusión

La gran conclusión a que apunta esta reflexión, es que no ha sido un tema pacífico en la judicatura y la doctrina el tratar de establecer una construcción teórica respecto de los efectos de los derechos fundamentales en el campo del derecho privado y mucho más cómo resolver en la práctica esos choques. Cada Tribunal y Corte Constitucional cuentan con su aporte, y especialmente los Tribunales más representativos como lo son el Alemán y Norteamericano con su aplicación directa; el Constitucional Federal y Español, quienes apoyan la aplicación mediata; además la doctrina aportando argumentos enfrentados entre un bloque y el otro. Es precisamente, esa diversidad de pun-

tos de vistas lo que hace importante el tema y como se particulariza en los organismos judiciales de alto nivel en Colombia y Venezuela, como se pondrá de presente en la segunda parte de este trabajo, como también la modalidad de dicha irrigación en la legislación de estos países.-.

Para el autor de este trabajo no existe duda que la teoría de la aplicación de los efectos de los derechos fundamentales en el derecho en general, incluso el privado, debe ser directo, sea acorde con la fundamentación de la Sala Laboral del Tribunal Supremo Alemán o en la de Robert Alexy, por estar más acorde con las nuevas circunstancias económicas, sociales y políticas de los días que corren, que de llevarse a cabo, por lo menos en Colombia, se impediría el gran volumen de acciones de tutelas, porque los ciudadanos encontrarían satisfecho sus derechos en la jurisdicción ordinaria y no tendría que acudir a los mecanismos excepcionales.

De todas maneras, lo que no es admisible hoy día, es negar esos efectos irrigadores, porque por mandato constitucional, tanto Colombia como Venezuela están inscrito en una democracia de Estado Social de derecho, el cual se caracteriza, por la justicia material y no sólo formal y en consecuencia, la igualdad y libertad predicable de la autonomía privada no sólo es frente a la ley y el contrato, sino sustantiva, efectiva entre los contratantes y el proceso judicial es el instrumento, hoy por hoy, idóneo para hacer efectivo aquellos derechos en tal sentido.

En Colombia, las primeras tensiones que surgen en torno a la constitucionalización del derecho provienen del enfrentamiento entre las altas cortes producto de la interpretación del derecho privado desde la premisa de la invasión del sistema jurídico constitucional de principios y valores frente a las reglas, lo que conllevará a decisiones controversiales y quizá contradictorias porque si bien la regla del neoconstitucionalismo del derecho privado supone una forma distinta de interpretar el derecho, esa puede ser antagónica si se compara con los métodos tradicionales de la interpretación de la Ley. Dicho de otra manera, si se interpreta un caso de privados con el método sistemático de la ley puede llegar a una conclusión distinta si se ponderan. Quiere decir lo anterior, que en la medida que se advierta un derecho fundamental violado en un proceso de interpretación legal debe cederse a la interpretación constitucional pero de manera excepcional a efectos de no afectar el ordenamiento de reglas.

Esto a manera de comprobar que en Colombia, la recepción no esta planteada de manera pacífica.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial Tecnos.
- Bastidas, F. (2005). *La Teoría general de los derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid, España. Editorial Tecnos.
- Benthan, J. (1990). *Falacias Políticas*. Madrid, España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal, C. (2005). *Los derechos de los derechos*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Bilbao, J. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Madrid España.- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Canaris, C. (1999). *Grunderchte and Privatrecht eine zwischenbilores*. Berlín, Alemania. Editorial: Verlag C.h. Beck.
- Estrada, J. (2001). *Eficacia de los derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Enneccerus L y H Nipperdey (1950). *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Bosch Barcelona. Traductor: Blas Pérez Gonzalez y Jose Alguer.
- Forsthoff E (1975). *Sobre los derechos Públicos Subjetivos*, en revista Española de derecho administrativo .Madrid España
- García de Enterría, E (1975). *Sobre los derechos Públicos Subjetivos*, en revista Española de derecho administrativo. PP.427-448. Civitas Madrid.
- Habermas J (2000). *Facticidad y validez*. Valladolid, España Editorial Trota.
- Jellinek, G. (1905). *Sistema de derecho subjetivo público*. Società Editrice Libreria, Milano Italia.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría Pura del derecho*. México. Porrúa.
- López, D. (2000). *El derecho de los Jueces*. Bogotá, Colombia. Editorial Legis.
- Lombardi, G. (1990). *El Poder Privado y los derechos Fundamentales*. Editorial Giuffre. Milán.
- Marx, C. (1994). *La cuestión Judía*. Méjico. Editorial Coyoacan.
- MacIntyre, A. (2001). *Más allá de la virtud*. Barcelona, España. Editorial Crítica.
- Molina, G. (2008). *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional*. Caracas, Venezuela. Paredes.
- Nino, C. (2003). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Filosofía del derecho. Barcelona, España. Editorial Gedisa.
- Peces Barba, G. (1978). *Libertad, Poder y Socialismo*. Editorial Civitas.
- Pérez, A. (1999). *Derechos Humanos: Estado de derecho y Constitución*. Madrid, España.
- Prieto, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, España. Editorial Trota.
- Ross, A. (1976). *Tú-Tú*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abelero Perrot.
- Stark, Ch. (2002). *Jurisdicción Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España. Colección Dykinson Constitucional.
- Schwabe, J. (1973). *Drittwirkung and kein ende*. Berlin, Alemania. Nueva Jurisprudencia.