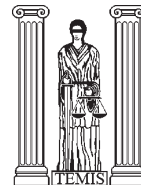


JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

LA VERDADERA HISTORIA DEL IMPACTO
CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Tercera edición



Bogotá - Colombia
2017

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Agradecimientos	IX
Presentación de la tercera edición.....	XI
Presentación de la segunda edición.....	XVII
Presentación de la primera edición	XIX
Prólogo.....	XXI
Proemio.....	XXVII
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”	23
3. El laberinto epistemológico de la constitucionalización del derecho privado	26
A) Una mirada a través del problema del acceso a los servicios financieros	26
a) Una elección: las palabras o la conducta de la constitucionalización.....	28
b) La predilección por las palabras: la ilusión formalista	29
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.....	36

CAPÍTULO II

LAS TRES HISTORIAS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. Entre la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización	40
--	----

	PÁG.
A) El enérgico tránsito entre historias y el jano: de la sobreconstitucionalización a la infraconstitucionalización.....	41
B) La búsqueda del equilibrio: la constitucionalización adecuada	60
C) El alegato en contra de la reconfiguración judicial de la autonomía de la voluntad y el sermón de la desconfianza.....	73
D) La Sala Civil de la Corte Suprema y los síntomas de una actitud novedosa y decidida	79
2. Recapitulación	83

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.....	89
A) La definición del servicio público en la actividad bancaria: su enérgico poder estratégico	90
B) De la alegoría del comerciante cuentacorrentista a la leyenda del usuario agobiado	97
C) En búsqueda del verdadero usuario	102
D) Recapitulación	115
2. El caso de las preexistencias y la batalla por desconstitucionalizar: la jurisprudencia se resiste y prepara el camino de constitucionalización de toda la actividad aseguradora.....	118
A) La limitada discusión del problema procesal	118
B) La lucha por el control de la buena fe.....	120
C) Los signos de un imperceptible giro	135
D) Recapitulación	138
3. Las aseguradoras pierden su último espacio: los efectos demoleadores de la constitucionalización de las pólizas de salud.....	140
A) El inicio de la aventura: un caso trágico y dulce para la constitucionalización.....	142
B) ¿Es posible establecer una obligación constitucional de contratar?	143
C) El creciente litigio constitucional: la interpretación y el cumplimiento de los contratos como un problema de la jurisdicción de tutela.....	155
D) Recapitulación	180
4. La interacción de los discursos de la constitucionalización y los signos de ineficacia relativa de la constitucionalización del derecho privado	183

CAPÍTULO IV

ENTRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN JUDICIAL
Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN REAL

	PÁG.
1. Presentación.....	185
2. La constitucionalización del derecho privado y el impacto “ex post” y “ex ante” en los comportamientos de los agentes privados	187
A) La seguridad de los negocios: su imagen en el derecho privado	188
B) La intervención de la Constitución en la técnica del negocio privado: la resistencia de los agentes.....	194
a) Riesgos relevantes en el negocio: el riesgo de selección adversa y el riesgo moral.....	197
b) El efecto de la exigencia judicial de una “justificación objetiva y razonable”.....	201
c) El efecto de la prohibición de las cláusulas genéricas.....	207
3. La constitucionalización del derecho privado y las razones de su ineficacia.....	211
Bibliografía	217

(ii) las reglas 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, 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 motivan desde la perspectiva del litigio constitucional, el uso 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. I, 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

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

importancia de la distinción entre derecho público y derecho privado en este trabajo: su extraordinaria funcionalidad. 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. Así, al paso que el derecho público se ocupará de relaciones entre desiguales mediadas por vínculos de subordinación¹³, el derecho privado se referirá a relaciones entre

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 En esta dirección puede consultarse a MAX WEBER, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 499.