

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL.



Por: León Darío Giraldo Gómez¹

Resumen:

La ley dejó de ser la expresión del interés general y sí más bien la de intereses parciales o sectoriales, como quiera que cada reforma legal resulta ser el intento de uno u otro grupo por reivindicar sus intereses de clase. La ley entonces adquiere un carácter contractualista que le hace perder su pretendida generalidad, abstracción e impersonalidad. La norma legislada es más el resultado de la capacidad de presión de un determinado grupo social que la encarnación normativa de un supuesto interés general. De ahí el carácter temporal y meramente circunstancial que hoy posee la ley

Palabras Clave:

Derecho Civil, Derecho Constitucional, Derecho Privado, Fuerza de Ley, Concreción Judicial

¹Abogado egresado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana, se ha desempeñado como asesor jurídico y litigante, ocupó los siguientes cargos: Abogado de la División Jurídica de COMFAMA, docente de derecho civil para la Universidad de Medellín, fue docente, director del consultorio jurídico y secretario general en la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo, docente de derecho empresarial para la Universidad Eafit. Actualmente es docente de tiempo completo en la coordinación del núcleo de derecho privado para la Corporación Universitaria de Sabaneta J. Emilio Valderrama.

El estudio del Derecho Civil se ha caracterizado en nuestras facultades de Derecho, por limitarse en la mayoría de las veces al entendimiento y comprensión de la ley de acuerdo con su tenor literal. Desde antaño, se consideró a la ley como el “verbo perfecto del Derecho” (la frase es de Josserand) y nada mejor para entenderlo que conocer la ley en su expresión gramatical. Inclusive, se llegó a considerar que la mejor manera de aprender Derecho Civil era memorizando los artículos del Código Civil. Fue BUGNET quien expresó: “no conozco el derecho civil; no enseño más que el Código de Napoleón” y el mismo DEMOLOMBE señalaba que su profesión de fe era: “los textos sobre todo”².

Si bien el fenómeno codificador de las leyes tuvo su razón de ser y estaba fundamentado en una cierta concepción del Derecho, hoy en día completamente superada, y más allá de los posibles beneficios que apareja la codificación de la ley, como lo es la tecnificación y racionalización del mundo jurídico y el de la simplificación y claridad de las normas jurídicas,³ debemos entender que el Derecho ha venido experimentando cambios importantes que generan transformaciones sustanciales en su concepción y aplicación.

Estos cambios no pueden ser ajenos al Derecho Civil, pues esta importante rama del Derecho no es como se ha creído, una normativa completamente neutral a las filosofías e ideologías políticas. Por el contrario, hoy debemos ver con ojos diferentes un Derecho Civil que palpita por fuera y más allá de nuestro entrañable Código Civil, pues desde el año de 1936 la misma realidad se reveló contra las ideas originales del Código y de la filosofía, primero racionalista y luego positivista, que lo informaba.

Como elemento axial o piedra angular que nos permita comprender cabalmente las características del derecho actual, así como las profundas transformaciones que nuestro ordenamiento jurídico viene experimentando en los últimos años, especialmente a partir de la Constitución de 1991, lo constituye el carácter normativo que ahora se le endilga a la Constitución. Es decir, que la Constitución ya no es solamente un documento político que regula la institucionalización de los agentes básicos del proceso político, sino que también ella misma se ha convertido en un documento jurídico, esto es, en fuente de derecho pero entendida como en la fuente de las fuentes del derecho, como quiera que es ella la que determina quién y de qué manera debe decidirse lo que no está decidido en la misma Constitución. A este respecto, el artículo cuarto de la Carta Fundamental es perentorio al establecer que la Constitución es la norma de normas.

Teniendo entonces la Constitución un carácter normativo, y siendo ella misma la norma fundamental, la consecuencia inmediata de ello es lo que García de Enterría llama la “constitucionalización del derecho”⁵ en todas sus áreas. Es decir, que todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico y por supuesto, todas las autoridades constituidas, incluido el Legislador, se encuentran sujetos a la Constitución. La ley por tanto, ha perdido su posición de preeminencia como categoría jurídica superior, la cual ahora ostenta la Constitución como norma superior.

Esta “soberanía” de la Constitución también puede ser vista como una consecuencia y expresión del advenimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual supone una ruptura y una superación del concepto clásico

²Metodología de la Ciencia del Derecho. Antonio HERNÁNDEZ GIL, Vol. I, 2ª ed., Madrid, 1971, p. 84 y 85.

³Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho. Luís Díez Picazo. Barcelona. Editorial Ariel, 1973, pag. 144 y siguientes. IBN 84-344-0734-5.

⁴LAS FUENTES DEL DERECHO. JAVIER PEREZ ROYO. Cuarta Edición. Editorial Tecnos. ISBN 8430916008. Pag. 232.

⁵García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, Editorial Civitas, 1985.

de Estado de Derecho bajo su forma histórica de Estado Liberal. Este último resultaba ser fiel trasunto de la doctrina económica del liberalismo clásico, de un Estado abstencionista en lo económico y en lo social, limitado a unas pocas funciones y basado en la idea de una sociedad homogenizada, integrada por personas que en teoría estaban colocadas en pie de igualdad y dotadas de derechos subjetivos abstractos, con intereses iguales y únicos, a cuya defensa y promoción se enfocaba toda la actividad estatal. Consecuencia necesaria de esta concepción del Estado y de la sociedad, es la de la existencia de un orden jurídico acabado, racionalmente coherente, unívoco, sistemático y pleno. La realidad sin embargo, se encargó de echar por tierra esta falacia. El Estado bajo esta forma histórica no era más que un encubrimiento o máscara que le permitía al grupo hegemónico presentar sus intereses de clase como el interés general de toda la comunidad, como emanación de la voluntad Estatal, gracias a la ficción de un Estado que actúa como la personificación de un poder soberano.

Hoy existen circunstancias que corroen y destruyen la pretendida soberanía estatal, tanto en lo interno, marcado por la presencia de un mayor pluralismo político que reconoce la diversidad de actores sociales con intereses muchas veces opuestos entre sí, que compiten por asumir la dirección del Estado y la producción normativa, y en lo externo, por la existencia del fenómeno de integración regional y subregional, con autoridades supranacionales con capacidad para imponer su voluntad por encima de la de los Estados miembros.

La ley dejó de ser la expresión del interés general y sí más bien la de intereses parciales o sectoriales, como quiera que cada reforma legal resulta ser el intento de uno u otro grupo por reivindicar sus intereses de clase. La ley

entonces adquiere un carácter contractualista que le hace perder su pretendida generalidad, abstracción e impersonalidad. La norma legislada es más el resultado de la capacidad de presión de un determinado grupo social que la encarnación normativa de un supuesto interés general. De ahí el carácter temporal y meramente circunstancial que hoy posee la ley.

Por eso la Constitución, por lo menos en el momento de su adopción original, goza de un mayor consenso, pues ella es el resultado de ese gran acuerdo social en el que todas las fuerzas reales de poder logran fijar un marco jurídico que no puede ni debe ser modificado ni sobrepasado por ninguna de las fuerzas en liza. En palabras de Zagrebelsky, "las voluntades políticas de los sujetos políticos se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares de cada uno, permitan la convivencia de todos"⁶. De una soberanía del Estado pasamos ahora a una soberanía de la Constitución.

Ahora bien, dado que las Constituciones modernas como la nuestra, consagran derechos y deberes de carácter fundamental, así como principios dogmáticos, directrices, valores, determinación de fines de la actividad Estatal; en otras palabras, un buen número de normas de carácter "principal" en expresión de Luis Díez Picazo⁷, y dado que la Constitución tiene fuerza vinculante por sí misma en todas sus partes, inclusive el mismo preámbulo, según lo tiene entendido nuestra Corte Constitucional, también la Constitución le impone a los órganos constituidos y a todas las fuerzas políticas en lucha, unos contenidos materiales que no pueden sobrepasar y que necesariamente habrán de presidir la vida de nuestra sociedad.

6 Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

7 Obra citada. Página 196.

La entronización de unos principios explícitos en el ámbito constitucional, conlleva un cambio estructural del Derecho, una transformación de orden genético y no solamente coyuntural, una nueva concepción del derecho, como quiera que esas directrices, valores, derechos o principios, se levantan como los postulados generales que determinan y condicionan la interpretación y aplicación de cualquier norma del ordenamiento jurídico. Inclusive hoy las categorías jurídicas clásicas del derecho privado deben necesariamente revalorizarse a la luz de los derechos y principios que orientan esta filosofía de lo social.

Pensemos en instituciones como la persona, antaño considerada como un ser dotado de derechos abstractos y universales, pero aislada de sus condiciones reales de vida. Hoy la persona se erige como el fundamento mismo del Estado, merced a una dignidad y unos derechos que le son innatos o congénitos, cuyo propósito es el de permitirle a cada uno desarrollar su existencia en las mejores condiciones posibles. El hombre como persona es tenido como un ser ubicado en unas circunstancias reales de vida, de tal manera que sus derechos y deberes depende y varían según la especial posición que cada persona ocupe en la sociedad. Igual análisis podríamos realizar en el ámbito de la familia, la propiedad, la autonomía privada, entre otras muchas instituciones propias del derecho privado que han experimentado profundas transformaciones como consecuencias del fenómeno que se deja destacado.

La constitucionalización del derecho supone por tanto una superación del Estado de derecho

legislado, por cuanto la Constitución, norma superior, consagra de manera explícita un conjunto importante de principios de orden imperativo, en cuya observancia y mantenimiento está interesada toda la colectividad. Este cambio que venimos anotando permite hablar no sólo de un derecho legislado sino también y lo que es más importante, de un derecho por principios⁸.

Hoy entonces es posible diferenciar dentro del conjunto de las normas que integran el Derecho, normas principiales de aquellas que no lo son⁹. Estas últimas serían las normas legislativas que algunos llaman reglas, en tanto que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia, integran lo que comúnmente se denomina como principios (Zagrebel'sky¹⁰). La diferencia entre uno y otro tipo de norma permite comprender no sólo la diferencia entre Constitución y ley, sino también el concepto que hoy se tiene del Derecho como instrumento para regular la siempre cambiante realidad social.

Algunos de los criterios que permiten mostrar las diferencias de orden cualitativo existentes entre unos u otros tipos de normas, sería los siguientes:

a. En cuanto a su función, se dice que sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitutivo del orden jurídico, en tanto que las reglas, aunque estén consagradas en la Constitución, se agotan en sí mismas en cuanto carecen de fuerza constitutiva diferente a lo que ellas mismas significan¹¹.

b. En lo que respecta a su estructura, las reglas tienen la forma de un juicio de imputación, es decir, que a un supuesto de hecho se le asigna o imputa una consecuencia, de tal manera que

8 Gustavo Zagrebelsky, Obra citada. Pág. 26.

9 Nomoárquica, principalística jurídica., Principios generales del derecho. Hernán Valencia Restrepo. Bogotá. Editorial Temis. 1993. Páginas 442. ISBN 8482725645.

10 Obra citada.

11 Colisión y ponderación de principios: su relevancia en el derecho ordinario. Rodolfo Arango // En: Letras Jurídicas. Vol. 7 No. 2. Septiembre de 2002. p. 303-334.

si se da el supuesto de hecho debe darse la consecuencia. La regla es cerrada en cuanto permite determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación, así como sus posibles excepciones, salva claro está, las críticas formuladas a la "textura abierta" que posee toda norma escrita. Los principios en cambio son definidos como normas abiertas y como mandatos de optimización.

En lo primero por cuanto los principios carecen de un catálogo completo de supuestos de hecho que permitan saber con certeza cuándo procede o queda excluida su aplicación, presentando por ello una mayor vaguedad e imprecisión. Y como mandatos de optimización los principios están caracterizados por el hecho de que al carecer ya no de supuesto de hecho sino de consecuencia, su cumplimiento admite diferentes grados (especialmente las directrices políticas o principios programáticos) y depende de las posibilidades reales o jurídicas, como cuando en el caso dado concurren otras normas o principios que le son opuestos.

c. Por su carácter las reglas, según Dworkin¹², son normas binarias por su cualidad de "todo o nada". Es decir, que no caben soluciones intermedias pues o se da el supuesto de hecho y debe aplicarse la consecuencia o no se da el supuesto de hecho y por tanto la regla es irrelevante. Los principios por el contrario, tienen una dimensión de peso, determinante a la hora de ponderarlo con otros principios que también pueden ser aplicables al mismo caso. Son pues razones o criterios para decidir y que determinan al juez a inclinarse en uno u otro sentido.

No nos dicen cómo debemos actuar en determinada situación específica, sino que nos brindan criterios para tomar posición frente a una situación concreta, generando frente a

ella actitudes favorables o desfavorables, de adhesión y apoyo, o de descontento y repulsa. Por eso su significado no puede determinarse en abstracto sino sólo en los casos concretos. Como quiera que a los principios se les presta adhesión, es necesario conocer el mundo de los valores, los contextos de significado en que están llamados a operar

d. En cuanto al modo de aplicación, las reglas jurídicas se aplican según el método de la subsunción o del silogismo judicial, es decir, que si los hechos encuadran en el supuesto de hecho debe imputársele la consecuencia jurídica prevista en la regla. Los principios, en cambio, y este es un punto importantísimo, tienen como forma de aplicación la ponderación. Por su grado de indeterminación los principios por razón de su aplicación a un caso determinado pueden entrar en conflicto unos con otros, por lo cual deben ser "colocados en una balanza" para apreciar su peso y sus alcances.

Una de las aplicaciones más importantes de la ponderación entre principios es el denominado test de razonabilidad, en el cual se trata de determinar si una limitación al derecho fundamental, a la libertad por ejemplo, está constitucionalmente justificada por la igualdad que exista entre los principios en pugna o por razones que tienen igual jerarquía.

e. Por la manera de resolver los conflictos de reglas y los conflictos de principios. Algunos consideran que es aquí donde cobra sentido la distinción entre reglas y principios.

En el caso de las reglas, el ordenamiento jurídico prevé reglas para su resolución, según las cuales en caso de antinomia la superior prima sobre la inferior, la posterior prima sobre la anterior, la ley especial prima sobre la general, de tal manera que el resultado final es la validez de

¹²R. M. DWORKIN. ¿Es el derecho un sistema de normas? En: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. BREVIARIOS FONDO DE CULTURA ECONOMICA. MEXICO. 1980. ISBN 968-16-0639-6

una de las reglas y la invalidez de la otra o bien se introduce una cláusula de excepción que elimine el conflicto. En cambio un conflicto entre principios no supone la pérdida de validez de uno de ellos, ambos siguen siendo igualmente válidos aunque en el caso concreto se le conceda preferencia a uno sólo de ellos.

Los principios están llamados y ya veremos de que manera, a confluir unos con otros lo cual obliga a ponderar sus respectivos alcances. La prevalencia de un principio sobre otro no es absoluta como en la regla, sino relativa pues sólo operaría en las circunstancias especialísimas del caso.

Y es en este punto donde la cuestión adquiere especial relevancia, pues si aceptamos que la nuestra es una sociedad con una base pluralista, es decir, una sociedad que reconoce la diversidad de actores sociales, con intereses, ideologías y proyectos de vida diferentes, debemos aceptar también que los principios constitucionales llamados a permitir la "convivencia de todos", tienen un carácter relativo y no absoluto.

Por ello y dada la concepción de los principios como máximas de optimización que deben ser realizadas en la mayor medida posible, es viable que en la práctica se presenten conflictos entre ellos, por ejemplo, el derecho a la intimidad colisiona con el derecho a la información, el derecho a la honra con el derecho a la libertad de prensa, y como la plena protección de uno de los derechos no es compatible con la plena protección del otro derecho, de tal manera que el juez constitucional debe resolver dicha colisión dando prevalencia a un principio sobre otro, de forma que se optimice la protección de ambos según las circunstancias concretas del caso.

Esta confluencia de principios que pueden

ser opuestos entre sí, consecuencia necesaria, según se dijo ya, de una sociedad pluralista, conduce a lo que Gustavo Zagrebelsky denomina la "ductibilidad constitucional"¹³, esto es, un derecho no rígido sino flexible, que sin renunciar a su función controladora y orientadora del grupo social, permite ajustarse permanentemente a las siempre cambiantes circunstancias sociales, lo cual supone a su vez una convivencia dúctil, ajena a cualquier idea de imposición por la fuerza, que busca una "plenitud de vida colectiva" basada en la inclusión y el consenso, y que supone no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la defensa de varios principios simultáneamente.

La constitucionalización del derecho y la existencia de un derecho por principios tienen como consecuencia inmediata el agotamiento de la matriz estado-céntrica como principio unitario de organización política, es decir, como un orden del que todo emana y al que todo finalmente confluye. Por el contrario, la Constitución lejos de reflejar un proyecto unitario y acabado de organización social, se erige más como en un orden por construir y para alcanzar.

Al respecto, son esclarecedoras las ideas que nos suministra Gustavo Zagrebelsky en su obra "El Derecho Dúctil", pues advierte que la Constitución y los principios que la informan, actúan como materiales de construcción que posibilitan "propuesta de soluciones y coexistencias posibles"¹⁴ para la construcción constante y permanente de un orden que por su misma naturaleza se encuentra en permanente proceso de renovación y ajuste, conforme a las siempre cambiantes transformaciones sociales. Si hay algo permanente en el derecho es el de ser constantemente vario, siempre cambiante, siempre nuevo: "Constituciones que permiten, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social, como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática"¹⁵.

¹³Obra citada.

¹⁴ Obra citada. Pag. 45

¹⁵ Gustavo Zagrebelsky. Obra citada. Pag.

Esta posibilidad de utilizar la Constitución ya no como el centro del que todo debía derivar gracias a la soberanía Estatal en la cual se apoyaba, sino como centro al que todo debe converger, es decir, no como un orden del cual se debe partir sino un orden al cual se debe llegar, permitirá finalmente construir un derecho de estirpe netamente colombiano, ajustado a nuestras características propias, a nuestras circunstancias históricas de orden económico, social, político y cultural.

En efecto, nuestro Derecho, en especial el Derecho Civil, ha sido siempre un derecho de recepción. Muchas de nuestras instituciones jurídicas tuvieron su origen y desarrollo en otros espacios y en razón de otras problemáticas, pero que fueron “transplantadas” a nuestra realidad como propias, forzando muchas veces nuestra propia realidad e identidad colombiana para tratar de ajustarlas a estas formas jurídicas rígidas preestablecidas, consideradas por la razón como universalmente válidas en todo tiempo y lugar.

El derecho por principios, por el contrario, dado su grado de indeterminación, cumple una función ya no simplemente de integración, sino principalmente de creación e interpretación, pues ahora los jueces constitucionales, que en nuestro medio los son todos en virtud del amparo de tutela, deberá cumplir un papel creador del derecho, como órganos de comunicación permanente entre el derecho y la sociedad. Son los principios los que permitirán vivificar el derecho continuamente, pues la necesidad de ponderar los principios constitucionales requiere considerar la especificidad del caso y las circunstancias concretas de la persona que invoca la protección de un derecho.

Pero no solo los jueces, sino también los abogados, quienes en su función de auxiliares

de la justicia, deberán actuar siempre con la idea de un derecho en permanente construcción y no como un orden racionalmente acabado.

Precisamente Carlos Santiago Nino¹⁶ define a los distintos operadores jurídicos como verdaderos “constructores de estructuras sociales” y artífices de un orden siempre por construir.

Piero Calamandrei en una obra suya denominada “Demasiados abogados”¹⁷, hace estas consideraciones: “..., el abogado es un precioso colaborador del juez, porque labora en su lugar para recoger los materiales del litigio, traduciendo en lenguaje técnico las fragmentarias y desligadas afirmaciones de las partes, sacando de ellas la osamenta del caso jurídico para presentarlo al juez en forma clara y precisa y en los modos procesalmente correctos; por donde, gracias a ese abogado paciente, que en el recogimiento de su despacho desbasta, interpreta, escoge y ordena los elementos informes proporcionados por el cliente, el juez llega a estar en condiciones de ver de golpe, sin perder tiempo, el punto vital de la controversia que está llamado a decidir”.

Resulta entonces apremiante un serio replanteamiento en la enseñanza del derecho y la necesidad de implementar transversalmente en todas las materias jurídicas, una referencia obligada a los principios, sean explícita o implícitamente positivizados¹⁸, lo que permitiría una visión más humana del derecho, más real y menos formal, así como su permanente evolución y cambio, ajustándose continuamente a las siempre cambiantes circunstancias sociales. También los principios permitirían la unidad sistemática del derecho y su plenitud hermética, evitando de contera la resolución de los casos más difíciles mediante el criticado recurso del arbitrio judicial.

¹⁶ NINO, Carlos Santiago. INTRODUCCION AL ANALISIS DEL DERECHO, EDITORIAL ARIEL,S.A.8ª EDICIÓN,1997,BARCELONA ISBN 84-344-1504-6 P. 338 -347.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. Demasiados Abogados, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Paginas 21-29.

¹⁸Hernán Valencia. Obra citada. Pág. 67.