



# TENSIONES ENTRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

---

José LÓPEZ OLIVA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho privado.* 3. *Caso concreto de la tensión: el contrato mercantil de seguros.* 4. *El neoconstitucionalismo y la vulneración de principios del derecho privado.* 5. *Conclusiones.* 6. *Bibliografía.*

Resumen: Las tensiones existentes entre el derecho constitucional y el derecho privado, son cada vez más recurrentes y a su vez controvertidas, porque al parecer tanto privatistas como constitucionalistas, presentan su doctrina con un lenguaje distinto que hace que el tema sea algunas veces incomprensible. De un lado, el derecho privado, consagra principios establecidos de manera legal que no pueden ser vulnerados, como el principio de autonomía de la voluntad en el contrato, el cual regula las relaciones sociales y económicas entre personas naturales y jurídicas, que realizan actividades mercantiles y no comerciales. De otro lado, el Derecho Constitucional ha extendido sus

---

<sup>1</sup> Abogado consultor, profesor universitario de pregrado y posgrado, conferencista a nivel nacional e internacional; Magister en Derecho de la Universidad de los Andes; Magister de la Universidad Carlos III de Madrid (España), Especializado en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Derecho Penal y Probatorio de la Universidad del Rosario en Bogotá; con estudios de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); doctorando en Bioética médica y salud pública en la UMNG; docente certificado a nivel internacional por la Life Office Management Asociation, Inc – Loma con sede en Atlanta-Georgia (USA). Director de la Línea de Investigación en Derecho de la Responsabilidad y de Seguros UMNG. Ex-Director de Área de Derecho. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Ha escrito y publicado textos de contenido socio-jurídico. Correo electrónico: jose.lopez@unimilitar.edu.co

reglas y principios a tal punto de someter al Derecho privado, a nuevas categorías como el neoconstitucionalismo. De ahí la importancia de un diálogo interdisciplinario, que permita la expedición de normas que regulen las relaciones en el derecho privado, en el entendido de que éstas siempre deben estar sometidas a la norma de normas: la Constitución Política.

Palabras claves: derecho privado, contrato mercantil, neoconstitucionalismo, constitucionalización.

Abstract: The tensions between constitutional law and private law are increasingly recurrent and, in turn, controversial, because apparently both privatists and constitutionalists, present their doctrine with a different language that makes the subject sometimes incomprehensible. On the one hand, private law enshrines principles established in a legal manner that can not be violated, such as the principle of autonomy of will in the contract, which regulates social and economic relations between natural and legal persons, who carry out commercial activities And non-commercial. On the other hand, Constitutional Law has extended its rules and principles to the point of subjecting private law to new categories such as neo-constitutionalism. Hence the importance of an interdisciplinary dialogue, which allows the issuance of norms that regulate relations in private law, on the understanding that these should always be subject to the rule of norms: the Political Constitution.

Keywords: private law, mercantile contract, neoconstitutionalism, constitutionalisation.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, existen tensiones entre el neoconstitucionalismo y el derecho privado, que pueden generar inseguridad jurídica y la vulneración del principio de legalidad, ante la inexistencia de un diálogo interdisciplinario entre el derecho privado y el derecho Constitucional. En el caso concreto, el principio de autonomía de la voluntad en los contratos, es un principio que permite a las partes manifestar libremente su deseo autónomo, de celebrar o no un negocio jurídico generador de obligaciones positivas de dar o hacer, u obligaciones negativas de no hacer.

Para el neoconstitucionalismo, la Carta política no solo consagra categorías relacionadas con la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la autonomía de la voluntad, la democracia o el Estado social de derecho; la Constitución, consagra reglas que al ser instituidos en principios, prevalecen sobre las normas de contenido legal. El neoconstitucionalismo pondera y establece reglas de proporcionalidad, y aprueba el balance entre valores y principios que deben ser salvaguardados.

Salvaguarda, que el derecho privado realiza mediante normas que disponen principios, para el caso concreto, relacionados con la autonomía de la voluntad de los contratos, es decir la autonomía de la voluntad privada. La citada autonomía, se manifiesta siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales, asimismo que se persiga el interés general sobre el particular, evitando el abuso de los derechos; la tensión se encuentra en la actividad del operador judicial, la cual debe respetar la intención de los sujetos contractuales, sin vulnerar principios cardinales dispuestos por la Constitución.

Con el objetivo de identificar dicha tensión, en principio se hace relación al neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del derecho privado (1), para posteriormente identificar la tensión existente entre el derecho mercantil (2); posteriormente, se hace referencia al neoconstitucionalismo y la vulneración de principios del derecho privado (3). Finalmente, se presentan las conclusiones.

## **2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO**

El neoconstitucionalismo consagra la máxima de proporcionalidad entre las reglas jurídicas de carácter civil o comercial que enmarcan el derecho privado, ponderadas con reglas, principios y valores que garantizan derechos que benefician el interés general por encima del particular. Este hecho, produce tensiones que se expresan en una dicotomía entre el derecho privado y el derecho público, en particular el Constitucional<sup>2</sup>.

Así las cosas, el neoconstitucionalismo que integra modelos norteamericanos y europeos, considera que la Constitución está formada por competencias sociales y políticas, que propenden por la igualdad, en este caso de los sujetos sometidos al derecho privado, con el objetivo de transformar social y políticamente a la sociedad,

---

<sup>2</sup> FARALLI, Carla, La Filosofía del Derecho Contemporáneo, Madrid: Hispania Libros, 2007. p. 83.

desde valores como la libertad e igualdad<sup>3</sup>, que son superiores a principios como la autonomía de la voluntad en los contratos. Voluntad, la cual:

*Es pura y simplemente la creadora del vínculo jurídico. A partir de Savigny comienza una mutación importante, pues la voluntad pasa a formar parte de la doctrina del negocio jurídico. La voluntad deja así de ser soberana; su validez no descansa en que la persona la exteriorice como valor ético anterior a todo derecho, sino que reposa en el ordenamiento jurídico, el cual es necesario que la reconozca al proteger el fin querido por la voluntad<sup>4</sup>.*

En suma, la Constitucionalización del Derecho privado ha generado tensiones, ante todo con el denominado principio base de los contratos mercantiles, denominado autonomía de la voluntad de los contratos o negocios jurídicos, que se encaminan a generar derechos y producir obligaciones. La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en cuanto al citado principio, señalando lo siguiente:

*Según ha reconocido esta Corporación actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (I) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; (II) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; (III) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (IV) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes<sup>5</sup>.*

Esta discusión dogmática, genera tensiones entre el derecho privado y el derecho constitucional, ante la cual el juez constitucional debe ponderar lo establecido por la ley, y lo consagrado por la Constitución, instituida como norma de normas. No obstante, una parte de la doctrina colombiana, es bastante crítica de la citada ponderación, al considerar que el juez debe aplicar la ley que regula las relaciones entre las partes,

---

<sup>3</sup> Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid: Trotta, 2003, cap. 1. p. 54.

<sup>4</sup> HERNANDEZ FRAGA, Katiuska, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones, REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm.6, junio 2012, pp. 27-46. p. 29.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-186 de 2011, Expediente D-8226, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

porque de lo contrario se genera inseguridad jurídica, y a su vez se puede vulnerar el principio de legalidad<sup>6</sup>.

Por otra parte, el juez constitucional y la Corte Constitucional<sup>7</sup> colombiana dentro de su jurisdicción, interpreta las normas jurídicas en el ámbito del derecho privado, el cual regula las relaciones entre los particulares; esta facultad, es defendida por algunos doctrinantes<sup>8</sup>, lo cual puede vulnerar la libertad contractual, entendida como la “manifestación concreta para el campo de los negocios contractuales de la libertad jurídica, es la institucionalización jurídico-civil de la libertad de empresa o, si se quiere, de la iniciativa privada. Incluso, en un sentido más amplio, del principio del libre desarrollo de la personalidad<sup>9</sup>.

### 3. CASO CONCRETO DE LA TENSIÓN: EL CONTRATO MERCANTIL DE SEGUROS

El seguro es un contrato mediante el cual el tomador-asegurado, le traslada el riesgo inherente a su actividad a una compañía aseguradora, a cambio del pago de una prima o precio del seguro. Este negocio jurídico está regulado por normas positivas, “y que en una primera aproximación significa que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos. Tal concepto, siempre irá ligado con el concepto de libertad o si se le quiere llamar el derecho a la libertad<sup>10</sup>” de suscribir o no el contrato, es decir depende de la mera liberalidad de las partes la celebración del citado contrato bilateral, oneroso, aleatorio y donde prima la autonomía privada. Esta autonomía, *está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación,*

---

<sup>6</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier, La Constitucionalización del derecho privado en Colombia. Por una justicia independiente en defensa de los derechos humanos. (p.2 y s.s.). Lima. Justicia y Derecho, Año 2; número 3.

<sup>7</sup> En este tema, es importante hacer referencia a lo siguiente: “La jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones”. Cfr. GIACOMETTE, Ana. La prueba en los procesos constitucionales. Bogotá: Señal Editora: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes. p. 78. Asimismo, se indica que “La jurisdicción constitucional es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales”. Cfr. GOZAINI, Osvaldo. Introducción al derecho procesal constitucional. Buenos Aires, 2006. Rubinzal-Culzoni, Editores. p. 47.

<sup>8</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego, Interpretación Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, primera edición, p.43.

<sup>9</sup> GARCÍA AMIGO, M., “Teoría general de las obligaciones, Lecciones de Derecho civil II, McGraw Hill, Madrid 1995, p. 130.

<sup>10</sup> STIGLITZ, Rubén; Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato, Buenos Aires 1.992, p. 10.

*modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto, referida a la esfera del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. Por lo que desde esa perspectiva, la autonomía de la voluntad se analiza en dos sentidos, como creadora de normas jurídicas del ordenamiento jurídico que pasan a conformarlo junto a las demás. Pero además es por otra parte creadora de relaciones jurídicas concretas y reconocidas por el Derecho<sup>11</sup>.*

El contrato de ejecución instantánea denominado contrato de seguro, está ligado a la autonomía privada de las partes, y al derecho a la libertad consagrada desde el siglo XIX en el denominado individualismo jurídico; dicho individualismo, es un principio que considera que el ser humano es un individuo con voluntad libre, aislado del medio social y un fin del derecho<sup>12</sup>. Este hecho permite al asegurador, por su mera liberalidad expedir la póliza<sup>13</sup> de seguro, incorporando las condiciones generales y particulares autónomamente acordadas con el tomador asegurado.

Como se ha venido señalando, la constitucionalización del derecho privado produce tensiones con principios del derecho mercantil, relacionados con la autonomía de la voluntad en los contratos, el cual genera seguridad jurídica para las empresas de seguros, quienes tienen la certeza de que las normas que reglamentan el contrato de seguro, no serán alteradas ni siquiera por parte del juez constitucional<sup>14</sup>; operador judicial, que en Colombia ha obligado por ejemplo a la compañía de seguros, a suscribir un seguro de personas vida, porque de no hacerlo se vulneran los derechos del deudor

---

<sup>11</sup> Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Introducción al Derecho Civil. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

<sup>12</sup> *Ibidem*. STIGLITZ, Rubén. p. 10.

<sup>13</sup> Para los efectos de la presente ponencia, lease póliza de seguro y contrato de seguro como lo mismo. Existe una fuerte tensión académica entre los doctrinantes López Medina y Tamayo Jaramillo en el tema objeto de la ponencia. El último indica que “La constitucionalización del derecho privado, hace referencia a la utilización por parte del ente jurisdiccional, de la solución correcta a la controversia presentada en el despacho judicial; pero este hecho genera inseguridad jurídica, inestabilidad económica, y pérdida de la confianza inversionista, porque se han presentado casos en países como Brasil en el que algunos Bancos de crédito de consumo popular, dejaron de prestar su servicio porque un operador judicial negó una acción ejecutiva presentada por el acreedor en contra un deudor incumplido, fundamentando su argumento en que si el deudor pagaba la obligación a su cargo, se quedaba sin el mínimo vital”. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier. La Constitucionalización del derecho privado en Colombia. Por una justicia independiente en defensa de los derechos humanos. Lima. Justicia y Derecho, Año 2; número 3, p. 2 y s.s.

<sup>14</sup> Este tema ha sido tratado y puede ampliarse en el desarrollo de un proyecto de investigación, si el citado proyecto es aprobado para desarrollarse en el 2014 en la UMNG. LÓPEZ OLIVA, José. UMNG. Proyecto presentado y pendiente aprobación.

hipotecario a la igualdad y vivienda digna, con el argumento de proferir una sentencia moralmente correcta y justa.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional colombiana (1.993) señala que:

*La autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta. Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (CP art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14)<sup>15</sup>.*

Este argumento, se fortalece con la manifestación que realiza la Corte, en la cual se establece que en la Carta constitucional colombiana, se incorporan las normas sobre derechos de seguros, hecho que no se puede quebrantar con el argumento de garantizar relaciones justas y libres. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que el principio de autonomía de la voluntad de los contratos, debe ser coherente con la manifestación material señalada en la Constitución, relacionada con la protección de los derechos de las personas, de manera preponderante de los menos favorecidos.

La tensión se presenta, cuando algunos positivistas<sup>16</sup> argumentan que la pretensión de moralidad y corrección por parte del juez constitucional, amparado por la doctrina del neoconstitucionalismo, pretende regular y transgredir los derechos de los involucrados en un contrato mercantil, que se enmarca en relaciones autónomas y libres derivadas del contrato de seguro; autonomía privada la cual es un principio básico de la contratación, y que implica el poder de autonormarse o autogobernarse, en la propia esfera jurídica que implica el poder de las personas para reglamentar y ordenar sus

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente, es relevante señalar, que “En todos los Códigos europeos continentales expedidos a comienzos del siglo anterior, la estructura de la teoría de los contratos estaba basada en cuatro pilares fundamentales, a saber: el de la autonomía de la voluntad privada; el del consensualismo; el principio «*pacta sunt servanda*» o que el contrato es ley para las partes y finalmente el principio de ejecución de buena fe de los contratos”. Cfr. SUESCUM MELO, Jorge, La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales, p. 12.

<sup>16</sup> PIETRO SANCHIS, Luis, Constitucionalismo y Positivismo, Ciudad de México: Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, Segunda edición, p. 54.

relaciones jurídicas de las que hace parte. En suma, la autonomía de la voluntad de los contratos, representa el “poder de ordenación de la esfera privada de la persona”<sup>17</sup>.

En este sentido, la esfera privada es relevante para la Corte Constitucional de Colombia, al establecer que:

*el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisas del contrato (CP arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (CP art. 42); en fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa - base del desarrollo (CP art. 333) - sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (CP art. 333). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional<sup>18</sup>.*

#### **4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO**

Algunos autores<sup>19</sup> señalan que el neoconstitucionalismo, la doctrina de la Constitucionalización del derecho privado y el activismo judicial, vulneran principios como el de seguridad jurídica y el de legalidad. Neoconstitucionalismo, interesado en afirmar los principios del liberalismo, encaminados a la defensa de los derechos humanos en el tradicional Estado social de derecho, direccionado a un Estado

---

<sup>17</sup> En lo relacionado con el significado de la autonomía privada se pueden estudiar los siguientes autores: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones: La obligación y el contrato en general, Tomo II, volumen primero, 8ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989, pp. 391-392; id., Compendio de derecho Civil, 7ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1990, pp. 191-192; L. DIEZ-PICAZO / A. GULLÓN, Sistema. p.371; id., Instituciones de Derecho civil, vol.1, Madrid, Tecnos, 1995, pp.253-259; D. ESPÍN CÁNOVAS, Manual de Derecho Civil Español: Parte General, vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, pp.504-506; id., Manual de Derecho Civil Español: Obligaciones y Contratos, vol. III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, pp. 355-359.

<sup>18</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-240 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <sup>19</sup> Ob. Cit. TAMAYO JARAMILLO, Javier.



Constitucional de Derecho, donde convergen reglas, valores, y principios<sup>19</sup> que deben ser protegidos. Constitucionalización del Derecho privado el cual puede generar inseguridad jurídica, por cuanto el juez constitucional interpreta normas exequibles que representaría la vulneración del principio de seguridad jurídica.

Por su parte, el activismo judicial el cual puede generar precedentes constitucionales, maneja el argumento de la obligatoriedad del cumplimiento de los citados precedentes o antecedentes jurisprudenciales, que marcan una línea constitucional obligatoria para los operadores judiciales del país; no obstante, el juez constitucional cuando trata de dirimir conflictos en materia de derecho privado, se puede apartar de los citados precedentes, siempre y cuando el juzgador estructure un fallo razonado<sup>20</sup>, y de no hacerlo se puede incurrir inclusive en el tipo penal de prevaricato.

En este sentido, el juez adquiere un protagonismo judicial a consecuencia de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional, cuyo objetivo es la protección de los derechos fundamentales, sociales y colectivos; a su vez, la citada corporación, establece mecanismos para que los ciudadanos de forma individual o colectiva, participen en la obligación de salvaguardar sus derechos, aun estando por fuera de la observancia de principios como la autonomía de la voluntad<sup>21</sup> en los contratos; voluntad, la cual deja de ser soberana, pura, simple y creadora del vínculo jurídico contractual, que forma parte del negocio jurídico contrato de seguro por ejemplo. Por su parte, existen posiciones jurisprudenciales<sup>22</sup> que señalan que la constitucionalización del derecho privado, busca concretar de manera efectiva los

---

<sup>19</sup> GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismo Jurídico, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998 p. 61 y ss. Aunque, la autonomía de la voluntad en los contratos puede pasar de ser una regla a un principio. Lo anterior, por cuanto “La supervivencia del contrato está garantizada, por ser el vehículo que mejor atiende los intereses y requerimientos de los individuos. La ley no puede preverlo todo, pues por su naturaleza es abstracta y lejana. Al tener cada persona necesidades distintas, nadie mejor que cada interesado puede conocer de su urgencia e importancia. Por lo demás, el óptimo intercambio de riqueza y servicios solo se obtiene mediante la iniciativa individual y el contrato es el instrumento de esta libertad”. Cfr. SUESCUM MELO, Jorge, La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales, p. 14.

<sup>20</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-836 de 2001, Expediente: D-3374 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>21</sup> *Ibíd.* HERNANDEZ FRAGA, Katiuska, p. 29.

<sup>22</sup> “El derecho fundamental objeto de una acción de tutela debe corresponder a una consagración expresa y positiva efectuada directamente por el Constituyente que decide reservar ámbitos de la persona de la intromisión estatal o establece prestaciones y garantías que se incorporan como situaciones activas de poder de los sujetos oponible al mismo. No tienen ese origen y mal puede pretender conferírseles ese carácter, las situaciones subjetivas activas o pasivas derivadas de la concesión recíproca de facultades que intercambian entre sí las partes de un contrato y que constituyen su contenido. Si bien la contratación es una manifestación de la libertad contractual y el ordenamiento le brinda reconocimiento, dentro de ciertos límites, hasta el punto de imponer judicialmente su cumplimiento, no por ello los derechos derivados de la matriz del contrato - que no de la Constitución - adquieren rango constitucional”. En: Corte

derechos constitucionales fundamentales de la persona, que pueden ser vulnerados de manera expresa; por este hecho, es relevante que el juez haga la respectiva ponderación de derechos en sus fallos. Ponderación, que en algunas oportunidades genera tensiones que se revelan en la garantía de la protección de los derechos de las partes en un contrato. Así las cosas, para el caso concreto, la Corte ha establecido que si bien existe libertad contractual, esta pierde su efecto cuando existan prácticas discriminatorias, por parte del contratante dominante o fuerte en la relación contractual. En el caso específico la Corte señala lo siguiente:

*La Aseguradora Solidaria de Colombia, es una entidad nacional, especializada en la actividad aseguradora, sin ánimo de lucro, constituida bajo la forma de sociedad comercial de responsabilidad limitada. Por tanto, si bien en principio sería improcedente la acción de tutela en su contra, en los términos del artículo 86 de la Constitución y 42 del decreto 2591 de 1991, en el caso en estudio se acepta su procedencia, dado el estado de indefensión en que se encuentran los actores, quienes al ser portadores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana, ven frustrados sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora, al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida<sup>24</sup>.*

En el anterior fallo, el accionante tutela su derecho a la igualdad y a la vivienda, porque la entidad financiera le exige la suscripción de un seguro de vida con el objetivo de celebrar el contrato de mutuo entre acreedor y deudor, quien es portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH. Se evidencia en este caso, que los derechos consagrados en la ley tienen restricciones necesarias, según la Corte, al aplicar la denominada teoría de la constitucionalización del derecho privado<sup>25</sup>, la cual señala que desde la moral se deben aplicar las normas válidas y justas; lo anterior, con el objetivo de proferir un fallo coherente con las características de las citadas normas. La Corte señala finalmente que *si bien existe una disposición legal contemplada en el Estatuto Orgánico del*

Constitucional de Colombia, Sentencia T-240 de 1993, Expediente T-9665, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>24</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-1165 de 2001. Referencia: expediente T-500.674, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>25</sup> Constitucionalización del Derecho privado que se apoya en el denominado Derecho procesal constitucional, el cual es definido por Ernesto Rey Cantor, como “un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la constitución y la ley, que regulan los “procesos constitucionales. Cfr. REY, Ernesto, Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales, Bogotá; 2001, Ediciones Ciencia y derecho, p.19.

*Sistema Financiero artículo 100, que protege la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitación la aseguradora de su preferencia, la Sala no puede dejar de advertir, que en este caso, los demandantes optaron por la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue esa aseguradora la que en principio estuvo dispuesta a contratar con ellos, expidiendo a su favor la póliza que protege el inmueble en caso de incendio y de terremoto, no así la póliza de vida, bajo la excusa de que son portadores de VIH<sup>23</sup>.*

Finalmente, de acuerdo a lo enseñado por Dworkin<sup>24</sup>, el juez constitucional debe proferir la sentencia judicial que debe contener la solución correcta del caso, inclusive con la utilización de principios constitucionales que no se encuentren consagrados en la Constitución, con el objetivo de garantizar la protección de los derechos de la parte débil en el extremo contractual. Se busca, según el citado autor, que el juez constitucional profiera sentencias generadoras de precedentes judiciales. Se requiere, según Dworkin, que un juez activista no únicamente aplique la norma, sino la interprete siempre en defensa de los derechos del ciudadano, máxime si es la parte débil de la relación contractual.

## 5. CONCLUSIONES

La constitucionalización del derecho privado en Colombia, genera tensiones que pueden producir inseguridad jurídica en la parte contratante considerada dominante o fuerte en la relación negocial. Por este hecho, el juez constitucional debe hacer la ponderación respectiva, antes de aplicar los principios y derechos fundamentales consagrados en la

---

<sup>23</sup> La Constitución política de Colombia, indica que la administración de justicia es una función de carácter público, independiente de los demás poderes públicos, cuyas decisiones deben caracterizarse por su independencia y permanencia donde prevalece el derecho sustancial sobre el procesal; este último, el cual debe ser desconcentrado y autónomo, porque de lo contrario existirán sanciones. Cfr. Constitución Política de Colombia, 1.991, art. 228. Asimismo, la carta constitucional ordena que los operadores judiciales en sus fallos estarán sometidos a lo señalado por la ley, y este genera tensiones que son resueltas a través de la ponderación de reglas que se convierten en principios. Señala la Constitución, que “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Cfr. Constitución Política de Colombia, 1.991, art. 230.

<sup>24</sup> Es relevante señalar, que el control de legalidad por vía de acción faculta a la Corte Constitucional para declarar la inexecutable de la norma regla o norma principio. Por su parte, en el control de legalidad por vía de excepción, es el funcionario u operador judicial quien está facultado para abstenerse de aplicar la ley. En el derecho natural la norma tiene valor de acuerdo a su contenido interno, el cual debe ser acertado y justo. Sin embargo, la norma que regula una relación en el derecho privado positivado, tiene validez porque ésta ha sido estructurada e incorporada al sistema normativo, por parte del ser humano investido de autoridad. Cfr. DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, España Editorial Ariel, 1982, p.23.

Constitución, dejando sin efecto las disposiciones normativas establecidas en las leyes que rigen el derecho privado, las cuales consagran principios como el de seguridad jurídica.

Asimismo, las sentencias judiciales generan el denominado precedente constitucional, que produce una línea jurisprudencial proferida por parte de un juez activista, hecho que puede vulnerar los derechos de una parte en la relación negocial, que conllevaría a la transgresión del principio, igualmente, de legalidad. Lo anterior, genera tensiones generadas con la ponderación de reglas, principios y derechos, cuando se regulan relaciones entre particulares por parte del operador judicial.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones: La obligación y el contrato en general, Tomo II, volumen primero, 8ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989.
- D. ESPÍN CÁNOVAS, Manual de Derecho Civil Español: Parte General, vol. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.
- DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Barcelona, España Editorial Ariel, 1982.
- FARALLI, Carla, La Filosofía del Derecho Contemporáneo, Madrid: Hispania Libros, 2007.
- GARCÍA AMIGO, M., “Teoría general de las obligaciones, Lecciones de Derecho civil II, McGraw Hill, Madrid, 1995.
- GARCIA FIGUEROA, Alfonso, Principios y Positivismo Jurídico, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- GIACOMETTE, Ana, La prueba en los procesos constitucionales, Bogotá: Señal Editora: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes.
- GOZAINI, Osvaldo, Introducción al derecho procesal constitucional, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Editores, 2006.
- HERNANDEZ FRAGA, Katuska, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa Núm. 6, junio 2012, pp. 27-46.
- L. DÍEZ-PICAZO / A. GULLÓN, Sistema. p.371; id., Instituciones de Derecho civil, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1995.

LÓPEZ MEDINA, Diego, Interpretación Constitucional, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, primera edición.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Introducción al Derecho Civil, La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

PIETRO SANCHIS, Luis, Constitucionalismo y Positivismo, Ciudad de México: Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política, Segunda edición.

PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Madrid: Trotta, 2003.

REY, Ernesto, Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales, Bogotá, Ediciones Ciencia y derecho, 2001.

STIGLITZ, Rubén, Autónoma de la Voluntad y Revisión del Contrato, Buenos Aires 1.992.

SUESCUM MELO, Jorge, La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las entidades estatales.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, La Constitucionalización del derecho privado en Colombia. Por una justicia independiente en defensa de los derechos humanos. (p. 2 y s.s.). Lima. Justicia y Derecho. Año 2; número 3.