

# **El contrato y los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho**

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

1. El tema del contrato y los derechos fundamentales pasa necesariamente por lo que hoy se denomina como la constitucionalización del derecho.
2. Pero la definición y contenido de la constitucionalización pasa igualmente, por una pugna constante entre el neoconstitucionalismo ideológico y el neoconstitucionalismo conceptual o lógico, como explicaré más adelante.
3. Ambos conceptos surgen del hecho de que siguiendo la estructura piramidal kelseniana o de la escuela de Viena, pero desde el punto de vista axiológico y no formal, ya nadie discute que todo el ordenamiento normativo debe estar acorde con los principios y derechos consagrados en la Constitución. Toda norma debe respetar los valores, principios y derechos constitucionales.
4. Pero el neoconstitucionalismo ideológico desprecia y desconoce sin inconveniente alguno el orden jurídico, si se trata de aplicar al caso concreto un derecho fundamental o los que sin serlo están ligados a ellos en la práctica, como sería el derecho a la salud o al mínimo vital. Es decir, el juez tiene la discrecionalidad necesaria para aplicar la solución que le parece correcta, independientemente de lo que digan las normas, inclusive las constitucionales en algunos casos.
5. En cambio, el neoconstitucionalismo lógico o conceptual reconoce los valores constitucionales y la necesidad de que el juez y la ley los apliquen, pero dentro del núcleo esencial o duro, tanto de las normas constitucionales como de las normas inferiores de todo tipo.
6. Pero esta teoría no defiende el formalismo o literalismo positivista en todos los casos, como lo calumnian las doctrinas antinormativas como los neoconstitucionalistas ideológicos o del nuevo derecho. El positivismo incluyente acepta que el juez con un margen de discreción judicial aplique la solución que crea correcta, en las denominados casos oscuros,

en las lagunas, y cuando es evidente que el método teleológico prima sobre el literal.

7. Ahora, en Latinoamérica ha hecho carrera el neoconstitucionalismo ideológico extremo, de orientación marxista, derivado del llamado en Italia *EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO*, y en Latinoamérica, *DERECHO DE LOS JUECES* o *NUEVO DERECHO*, de acuerdo con el cual, los jueces siempre deben fallar favoreciendo al proletariado, poco importa lo que digan las normas, es decir, convirtiendo la función judicial en un arma de lucha política, y con ello una lucha de clases. Es decir, les interesa el Estado social, pero no el Estado de derecho. Con el agravante de que a esa táctica, de la mejor buena fe, contribuyen juristas de gran sensibilidad social y humanista, pero que no se dan cuenta de que están sirviendo al aniquilamiento del Estado Social de Derecho.
8. Con base en ello, vemos en casi todos los países latinoamericanos tribunales de todo rango, reconociendo derechos económicos y sociales, no previstos en la ley ni en los contratos, lo que convierte a los jueces en figuras políticas mediáticas que los tornan en personajes eróticos y que marcan el criterio de lo políticamente correcto, para luego incursionar en actividad política, blandiendo como banderas sus generosas sentencias.
9. Dentro de los derechos sociales o económicos, están el derecho a la salud, pero por sus costos, la ley tiene que hacer restricciones con el fin de que los escasos recursos se repartan por igual entre los menesterosos. Así las cosas, tribunales constitucionales no pueden reconocer derechos sociales, como la salud, mientras el legislador no lo haya previsto. Así lo prevén las Constituciones occidentales, y allá eso se respeta. Pero los tribunales nuestros, en su gran mayoría, hacen caso omiso de esa limitación y desconocen ese principio y otorgan todo lo que un menesteroso solicite, así sea a costa de los recursos que dispone el Ejecutivo para conceder a todos por igual, lo poco o mucho de que dispone.
10. Pero esta teoría se derrumba como un castillo de naipes cuando estudiamos con seriedad la teoría de los principios (ALEXY) y el criterio de restricción de los derechos constitucionales.

**11. Cómo funcionan los derechos constitucionales.** ALEXY, al igual que los grandes teóricos de los principios, valores y derechos constitucionales, unánimemente piensan que los derechos, así sean los fundamentales, solo son exigibles en la medida en que sea fáctica y jurídicamente posible concederlos en la práctica. El Estado social de derecho es imposible, si pese a su consagración absoluta y categórica en la práctica, se aplican sin un desarrollo legislativo. Un derecho constitucional no

es aplicable si con ello se violan los derechos constitucionales de otras personas. No se puede, por ejemplo, atender las pretensiones judiciales de una de las partes del contrato, si alegada y probada la prescripción, el juez la desconoce con el fin de garantizar al demandante, el mínimo vital. Ni se puede garantizar el derecho a la prórroga del contrato de trabajo si el patrón prueba que el contrato era a término definido, y no fue prorrogado (imposibilidad jurídica).

12. Y no se puede otorgar prestaciones o derechos sociales si estos no han sido desarrollados por el legislador. Sobre todo, no se pueden otorgar dichas prestaciones si el Estado carece de recursos suficientes, y los escasos recursos de que dispone para atender a todos los débiles, al conceder una prestación no prevista en la ley, deja a estos en la absoluta miseria, pues se estarían violando los derechos de estos, y se estaría violando el derecho a la igualdad. En Colombia, la Corte anda desbordada concediendo toda clase de derechos sociales con cargo al Estado. Hoy, el sistema de salud, el carcelario y el mínimo vital están colapsados, pues mientras se le ordenó al Estado dar a todos los colombianos un servicios de salud sin límites, se ordenó la construcción de cárceles en todos los municipios del país, se ordenó concederles a los desplazados por el conflicto armado vivienda, salud, alimentación y educación, se autorizan cirugías estéticas para garantizar el derecho a la autoestima y a la dignidad, los niños mueren de desnutrición, en el campo no hay educación, y en los hospitales dejan morir a mujeres parturientas por falta de recursos, pues estos se gastaron en toda esa clase de prestaciones sociales. Y esas tutelas hoy son letra muerta, porque ya el Estado carece de recursos para cumplir esos fallos y al mismo tiempo garantizar a los demás pobres un mínimo de asistencia social. En la más reciente tutela o amparo se ordenó al Estado enviar a un paciente a los Estados Unidos a que le practicasen una operación de trasplante de médula espinal, con un costo de dos millones de dólares, cuando en el país se practicaba esa misma operación por la décima parte de los costos. Todo ello es consecuencia del reconocimiento sin límites de todos los derechos fundamentales y constitucionales, sin tener en cuenta las restricciones legales, ya que no todo se puede garantizar. Eso depende de la cantidad de recursos de que dispone el Estado.
13. Como se ve, estos derechos constitucionales no son garantizables, porque fácticamente ello es imposible ante la ausencia de recursos.
14. Y llevando las cosas al extremo, si a causa de un desastre el Estado solo dispone de transporte para salvar a dos personas, y hay 20 en peligro de muerte, es claro que 18 de ellos morirán porque el Estado, en ese momento, no tiene cómo salvar la vida de todas las víctimas. Y no por

ello el Estado es responsable, porque fácticamente no tenía como garantizar el derecho a la vida de todos ellos. Y en ninguna parte del mundo es garantizable en todos los casos el derecho de libertad. Imaginemos la libertad de locomoción en una ciudad como Santiago, sin un código de la circulación y sin semáforos. O la abolición del Código Penal para que no haya gente privada de la libertad.

15. Como se ve, ningún derecho constitucional es siempre categórico y absoluto. Es indispensable que sean fáctica y jurídicamente posible.

#### 16. LA RESTRECCIÓN DE DERECHOS.

17. Los neoconstitucionalistas ideológicos o los de tipo marxista desconocen la ley y aplican directamente la Constitución basados en un sofisma sobre la pirámide kelseniana, según la cual la contradicción entre una norma constitucional y una legal se resuelve en favor de la primera. Luego si por ejemplo la Carta Política garantiza el derecho a la Libertad de opinión, pero la ley restringe parcialmente ese derecho en favor del derecho a la intimidad, es claro que el primero primaría sobre la ley restrictiva, pues el tenor literal de ambas normas es diferente, y por tanto debe ceder ante la norma constitucional.

18. Otras veces se dice que todo derecho constitucional se debe aplicar cuando hay violación del mismo, sin importar los derechos de los demás ni el juicio de proporcionalidad. También se dice a veces que todo contrato derecho que aparece mencionado en la Constitución, es porque está impregnado de constitucionalización.

19. Pero es acá donde se precisa aclarar el concepto verdadero de constitucionalización.

20. En efecto, todas las leyes son restricciones de derechos constitucionales. Paradójicamente, para que todo el mundo disfrute de la mayor porción posible de un derecho fundamental hay que quitarles a todos ellos una cierta porción de su contenido, de acuerdo con la disponibilidad que las circunstancias de hecho y de derecho lo permitan. Es imposible pensar en que, a punta de juicios de amparo, en un país pobre haya vivienda para todos, libertad absoluta, salud sin límites, derecho a la intimidad irrestricto. Inmersos en el mundo, los derechos de los unos chocan con los de los otros, y si no fuera por la restricción de las leyes, se crearía un caos de tal magnitud que los derechos constitucionales desaparecerían. Mediante la ley, el Estado de Derecho desarrolla y restringe todos y cada uno de los derechos fundamentales, para que todo el mundo pueda disfrutar, parcialmente, de cada uno de ellos.

21. Y el legislador es soberano para restringir, siempre y cuando no sea excesiva la restricción. Así, por ejemplo, si una ley establece una prescripción de 30 días para ejercer una acción delictual por muerte en accidente de tránsito, es claro y razonable pensar que se trata de una restricción excesiva y por lo tanto, en virtud de la constitucionalización de la ley, dicha prescripción viola la Carta Política. Pero si la prescripción es de 10 años, y la demanda se presenta 15 años después de haberse producido la muerte, y el demandado alega la prescripción, el juez no podrá decir que la norma es inconstitucional, así la viuda y sus hijos se queden sin el mínimo vital. En ambos casos, las leyes contradicen y restringen el derecho fundamental a la defensa, y desconocen el mínimo vital, pero mientras en el primer caso la restricción de 30 días es excesiva, y por lo tanto es inconstitucional, la segunda es una prescripción razonable, razón por la cual, no contradice la axiología de la Constitución. El texto constitucional y el legal son contradictorios, pero el legal no contradice axiológicamente la Constitución, ya que la prescripción razonable es un principio que racionaliza en el tiempo el derecho de defensa.
22. Pero es aquí donde el nuevo derecho y las teorías antinormativas vuelven trizas el Estado de Derecho. En efecto, supongamos que una norma constitucional afirma que *EL ESTADO GARANTIZARÁ A TODOS EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA DIGNIDAD*. Y que otra norma diga que se *GARANTIZARÁ A TODOS EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*. Esos dos derechos son absolutamente imposibles de garantizar en su totalidad porque a menudo chocan el uno contra el otro.
23. En consecuencia, si una ley dice que en horarios infantiles no se podrán transmitir noticias que informen sobre la vida privada de un artista, es evidente que desde el punto de vista lingüístico la ley contradice la letra del texto constitucional, y entonces fácil sería decir que la norma inferior, la que restringe el derecho a la libre información, va contra la Constitución. Por eso, por ignorancia, o por su lucha política, es un error monumental afirmar que se aplica a raja tabla el derecho a la libertad de expresión, pues esta norma es superior a la que lo contradice en su lenguaje y contenido.
24. El derecho es un sistema coherente que necesita un ensamble impregnado por el logos de lo razonable, pero sin desconocer el núcleo duro de la norma escrita.
25. Si se entiende y se acepta que todo derecho constitucional solo es exigible si es posible fáctica y jurídicamente, entonces aceptaremos que las restricciones legales lo que buscan es mermar el contenido de todos los derechos para que pueden coexistir juntos, razonablemente.

26. EN CONSECUENCIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONSISTE EN QUE TODAS LAS NORMAS INFERIORES QUE DESARROLLAN Y RESTRINGEN RACIONALMENTE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SON EXEQUIBLES, ASÍ LITERALMENTE, SIEMPRE, LA NORMA RESTRICTIVA, CONTRADIGA LA NORMA CONSTITUCIONAL. LO DEMÁS ES DEMAGOGIA Y LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE OTRA ARMA DE LUCHA POLÍTICA DEL MARXISMO, CON LA AYUDA DE JUECES QUE DE BUENA FE ESTÁN CREYENDO QUE CON SUS DECISIONES CONTRIBUYEN A LA REALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
27. Esa restricción razonable de la ley es la esencia de la constitucionalización del derecho.
28. Acorde con lo anterior, el contrato debe entender que tanto desde el punto de vista de las leyes como de las cláusulas pactadas por las partes, las unas y las otras deben conservar un límite razonable de contenido constitucional.
29. En general, uno podría decir que las cláusulas abusivas y la licitud del objeto y de la causa son la constitucionalización del derecho. Porque bien vistas las cosas, todo contrato que pacte o incluya cláusulas abusivas o el desconocimiento de un derecho constitucional, simplemente, serían nulo.
30. Y en lo que se refiere a las leyes que regulan el contrato, pongo a título de ejemplo algunas insertas en el nuevo Estatuto del Consumidor que rige en Colombia. Por ejemplo, existe una norma que permite al prestador de servicios no otorgar garantía de eficiencia del servicio prestado; y en lo que se refiere a las garantías de idoneidad o ineficiencia, permite la exoneración mediante la prueba de una causa extraña, lo que choca contra el objeto del contrato, pues en las obligaciones de garantía nada exonera de responsabilidad. No es constitucional que un vendedor alegue que a causa de un aguacero en el puerto de llegada, un refrigerador no tiene la eficiencia esperada, y pese a ello se quede con el precio. Finalmente, consagra una prescripción de un año para todos los contratos, como la caída de un edificio, lo que es muy corto. Todas esas normas violan el equilibrio económico del contrato debido a una restricción excesiva de los derechos del consumidor.