

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

RAÚL FERRERO COSTA*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6088>

Hoy nos resulta cada vez más evidente la creciente influencia que viene produciendo el derecho constitucional en el derecho civil como consecuencia de las nuevas constituciones que se han venido aprobando en las últimas décadas, las que recogen principios y conceptos que no necesariamente se plasmaban en los textos constitucionales anteriores. Ha sido en cierta forma el avance del constitucionalismo y la incursión de las legislaciones más representativas cubriendo campos con una mayor amplitud lo que ha permitido que muchos derechos y conceptos hayan recogido significados que tienen una génesis en el derecho constitucional y, por lo tanto, poseen un rango mayor que les corresponde ser reconocido. Sin embargo, ello no nos debe llevar a confundir términos, sino más bien a reconocer la categoría de constitucionales a aquellos que la tienen, dado que la norma constitucional se encuentra en la más alta cúspide dentro de la jerarquía jurídica, por lo que las reglas establecidas en el derecho civil tienen que someterse a las de mayor jerarquía, como son las normas emanadas de la Constitución.

Debemos reconocer que la propiedad, en particular la inmobiliaria, es una de las principales instituciones del derecho civil y la determinante del derecho privado, en lo cual coinciden innumerables tratadistas. El artículo 1 del capítulo 1 de la Constitución establece, tal como debe ser, que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

El Tribunal Constitucional señala que la vida digna sobrepasa al concepto físico-biológico y en la sentencia recaída en el Expediente 2005-2009-PA/TC, ubicada el 22 de octubre del 2009, se estableció que el derecho a la vida no se agota en la existencia físico-biológica; ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ex decano del Colegio de Abogados de Lima. Es árbitro calificado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima e integrante del Registro de Árbitros de la Cámara de Comercio Americana del Perú – AMCHAM y Pontificia Universidad Católica del Perú.

la seguridad como corresponde. Es más bien el artículo segundo el que menciona que toda persona tiene derecho a los derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral (psíquica y física) y a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1). Sigue con la igualdad ante la ley (inciso 2), la libertad de conciencia y de religión en forma individual o asociada (inciso 3) y las libertades de información u opinión o expresión y la difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen.

En una sentencia en la que ordenó reincorporar a un oficial de la Policía Nacional que había sido inconstitucionalmente pasado a retiro, el Tribunal Constitucional se ocupó del derecho al libre desarrollo de la personalidad y refirió lo siguiente: “El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad”. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual dotado de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sea razonable ni proporcional para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra, como lo indica la sentencia recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC, que se publicó el 7 de febrero del 2005.

Los derechos sociales y económicos van desde el artículo 4 hasta el 29 y están debidamente tratados en la norma máxima de la Constitución, mientras que los derechos políticos y los deberes están recogidos en los artículos 30 a 38 y las normas sobre el Estado, la nación y el territorio están comprendidas del 43 al 54. En relación con la familia, el Tribunal Constitucional sostuvo en la sentencia del Expediente 932-2006-PA/TC, que se publicó el 6 de febrero del 2007, que aquella, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia en las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros asuntos, han implicado un aspecto en la estructura de cambio en la familia tradicional nuclear. Consecuencia de ello es que se han generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas o ensambladas. En este sentido, el Tribunal Constitucional ordenó a un club privado que no realizara distinción alguna en el trato que recibían los hijos del demandante y su hijastra.

El artículo 44 de nuestra Constitución expresa que son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Mucho ha influido en la cada vez mayor penetración del derecho constitucional la presencia del Tribunal Constitucional, que con sus sentencias marca hitos jurídicos que reflejan una nueva toma de posiciones no solamente principistas, sino también jurisprudenciales, con decisiones y definiciones que anteriormente no se daban. En el Perú, la Constitución de 1993 fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, convocado después del autogolpe protagonizado el 5 de abril de 1992 por el ingeniero Alberto Fujimori con el apoyo completo de las Fuerzas Armadas, y debemos reconocer que luego fue aprobada por referéndum nacional el 31 de octubre de 1993, aunque en condiciones democráticas un tanto discutibles; sin embargo, dicha carta magna es reconocida por todos como la máxima norma jurídica vigente.

Al tratar el régimen económico, el mismo cuerpo de leyes en su artículo 60 es claro al disponer que “el Estado reconoce el pluralismo económico, la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”, y a ello agrega que “solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”, erigiéndose así en un principio determinante dentro de nuestro orden constitucional. El principio de subsidiariedad económica del Estado ha sido tratado, entre otras, en la sentencia del Tribunal Constitucional que figura en el Expediente 1535-2006-PA/TC, que se publicó el 11 de febrero del 2008. Allí se expresa lo siguiente:

El Tribunal Constitucional estableció que el principio de subsidiariedad tiene dos dimensiones, una vertical y otra horizontal. Conforme a la segunda de ellas, se impide que el Estado actúe en el ámbito que es propio de la sociedad civil, concepto que apoya la libertad de empresa y de mercado, y que solo reserva al Estado la función de supervisor y corrector.

El fundamento del principio de subsidiariedad parte del supuesto de que el Estado aparece como el garante final del interés general desde el momento en que su tarea consiste en intervenir en forma directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, pero solo en aquellas situaciones en las que la colectividad y los grupos sociales a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención no están en condiciones de hacerlo.

En cuanto a la libre competencia, el artículo 61 determina que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica monopólica y ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios, es decir, con toda claridad fija el principio que sostiene la libre competencia como norma a seguir, a la vez que prohíbe los monopolios.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado también de definir y establecer los requisitos que deben estar presentes en la libre competencia. La libre competencia se

define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, los servicios y la comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes:

- a. La autodeterminación de iniciativas y de acceso empresarial a la actividad económica.
- b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, los modos y las formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etcétera).
- c. La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación). Dicho supuesto debe ser necesariamente concordado con el concepto de diferenciación e igualdad real de oportunidades, sentencia recaída en el Expediente 018-2003-AI-TC, que se publicó el 4 de mayo del 2004.

En cuanto a la libertad contractual, esta es plena y no admite cortapisas. Asimismo, el artículo 62 establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Es decir, siempre que sea lícito, se puede pactar libremente sobre lo que se quiera.

Sobre el derecho a la libre contratación, el Tribunal Constitucional la concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo, fruto de la concertación de voluntades, debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público. Tal derecho garantiza, *prima facie*, (i) la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante, y (ii) la autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual, tal como consta en el Expediente 0008-2003-AI/TC, publicado el 12 de noviembre del 2003.

En cuanto al principio de autonomía de la voluntad, el Tribunal Constitucional señaló que este tiene un doble contenido: (a) la libertad de contratar, consagrada en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución Política del Perú, llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, y (b) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, tal como consta en el Expediente 2185-2002-AA/TC, publicado el 17 de agosto del 2004.

En el artículo 62 de la Constitución se va más allá al disponerse que mediante contratos ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden

ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente. Con ello se recoge un principio ultraliberal que garantiza que se respetará lo acordado tal como lo hayan pactado las partes intervinientes, y lo pactado no puede ser cambiado ni siquiera por una ley, tal como lo establece la Constitución en su artículo 62. También dispone en su artículo 63 que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, lo cual es una garantía de igualdad de trato a la economía nacional y la extranjera, sin disponer ningún tipo de preferencias para ninguna de las partes. Tal como corresponde, el mismo artículo 63 agrega que, en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, conste el sometimiento de estos a las leyes y los órganos jurisdiccionales de la república y su renuncia a toda reclamación diplomática. Sin embargo, pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. Esta es la única excepción dispuesta por la Constitución.

El artículo siguiente, el 64, dispone que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. Esta regla no se establecía en nuestras anteriores constituciones. Es una verdadera novedad que busca dar seguridad al sistema económico otorgándose esa garantía a quienes posean moneda extranjera. Por otro lado, el artículo 65, pensado principalmente para el orden interno, establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y los usuarios. Asimismo, vela en particular por la salud y la seguridad de la población. La doble dimensión del mandato constitucional de protección al consumidor y los principios que forman parte del derecho de protección al consumidor son objeto de la sentencia recaída en el Expediente 01865-2010-PA/TC, que se publicó el 4 de agosto del 2011.

El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios a través de un derrotero jurídico binario, a saber, (a) establece un principio rector para la actuación del Estado y (b) consagra un derecho personal y subjetivo. En el primer ámbito, el artículo 65 de la Constitución fija una pauta vacilar y postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier activación económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivados de la conducta del Estado sobre la materia tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y los usuarios en los casos de trasgresión y desconocimiento de sus legítimos intereses, es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Asimismo, el artículo 66 ordena que “los recursos naturales o no renovables son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”. Evidentemente, esta disposición enfatiza que dichos recursos pertenecen al Estado, pero agrega que por

ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y su otorgamiento a particulares, aunque se debe entender que siempre se dará respetando el interés nacional y reconociendo una participación a la región de la cual provienen los recursos.

Con relación al tema de la propiedad, en el fondo es el mejor y más claro referente para determinar el sistema económico. El artículo 70 establece que el derecho de propiedad es inviolable; el Estado lo garantiza. Asimismo, sostiene, a nadie debe privársele de su propiedad, sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

El Tribunal Constitucional ha hecho un importante desarrollo constitucional del derecho de la propiedad. El derecho a la propiedad, establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria puede servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición convenientemente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. Tal derecho corresponde por naturaleza a todos los seres humanos, y estos quedan habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de estos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa, tal como se estableció en el histórico caso *Campbell versus Holt*. El concepto constitucional de la propiedad difiere —más aún, amplía— los contenidos que le difiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco de dominio de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica no solo en lo esencial, sino también en la propia naturaleza humana que impulsa al individuo a ubicar bajo su ámbito de acción y autoconsentimiento del proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial.

Ahora bien, la referencia bien común establecida en el artículo 70 de la Constitución es la que permite reconocer la función social que el orden reserva. El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites extremos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros.

Así, en la propiedad, no solo recibo un derecho, sino también un deber de obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca. Solo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía; tal como lo refiere Haberler, en la democracia pluralista el bien común idéntico al interés público es indispensable. Incorporando la necesaria referencia al bien común en el desarrollo de la institución de la propiedad, dicha libertad fundamental se convierte en parte integrante del interés público. Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social), y se trata en efecto de un instituto constitucionalmente garantizado. Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad.

Sobre la validez constitucional de la expropiación, el Tribunal Constitucional ordenó a una municipalidad dejar sin efecto el encauzamiento de las aguas que atravesaban el terreno de un propietario, pues no se tomó en cuenta la valorización de los terrenos afectados ni se efectuó debidamente la expropiación legal correspondiente.

Para que sea constitucionalmente válida la expropiación, se requiere lo siguiente:

- a. Que existan motivos de seguridad nacional o de necesidad pública definidos por el Congreso de la República mediante una ley especial, porque la naturaleza de las cosas así lo exige. Los motivos expropiatorios de la Constitución de 1979, en cambio, tenían que fundamentarse en la necesidad y en la utilidad pública o en el interés social.
- b. Que el Estado pague previamente en efectivo una indemnización justipreciada que incluya el precio del bien expropiado y la compensación por el evento perjuicio, ya que a su vez debe establecerse en el procedimiento expropiatorio. Es decir, el Estado tiene el deber de indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada por el daño que no tenía el deber de soportar.

En cuanto al derecho de propiedad de los extranjeros, estos se encuentran en la misma condición que los peruanos, ya sean personas naturales o jurídicas. La única condición excepcional es que, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no puedan adquirir ni poseer por título alguno minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía directa ni indirectamente, ni de forma individual ni en sociedad. No han faltado, por supuesto, quienes han tratado de darle la vuelta a este enunciado, que es clarísimo, mediante artilugios indebidos, y le han dado interpretaciones antojadizas que deben ser castigadas con la severidad que merezca el caso.

Hoy día, el tema constitucional no es solamente un asunto que deben encarar los publicistas o constitucionalistas, sino por el contrario también deben abocarse a él los

juristas y civilistas en general, dado el carácter transversal de la Constitución, que vela principalmente por la protección de los derechos fundamentales de las personas, los cuales están adecuadamente expuestos en el artículo segundo de la carta magna con la precisión necesaria.

Los derechos de la persona que consagran los derechos fundamentales se encuentran debidamente recogidos en los veinticuatro incisos del artículo segundo y no amerita hacerles mayor crítica, por cuanto se agrega que la enumeración no excluye a los demás que la Constitución garantiza.

En realidad, la Constitución de 1993 es más moderna en cuanto a los temas económicos; asimismo, denota una fuerte influencia liberal, a pesar de que se dijo todo lo contrario en la campaña política de 1992, que llevó al poder al ingeniero Alberto Fujimori, quien luego de asumir el gobierno cambió de criterio y se convirtió súbitamente en liberal en lo económico. Pero nada de lo que contenía la Constitución anterior de 1979 le hubiera impedido encauzar los temas económicos, como quedó demostrado cuando el Congreso de la República le otorgó facultades delegadas, tal como lo permitía el artículo 188 de la carta magna entonces vigente, el cual establecía que el Congreso podía delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos sobre materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa, como en efecto ocurrió en la práctica. A este efecto —y lo puedo decir con conocimiento de causa, ya que yo era senador de la república en aquel entonces, cuando se dio el golpe—, se convino en otorgarle al Poder Ejecutivo las facultades delegadas en las materias solicitadas; pero, mal aconsejado el presidente por el Servicio de Inteligencia Nacional, prefirió dar un golpe de Estado y clausuró el Congreso de la República —tanto el Senado como la Cámara de Diputados—; luego, convocó a elecciones para un parlamento unicameral que redactó una Constitución que fue aprobada por referéndum en 1993, y es la que rige hasta hoy en día.

Para que haya un control eficiente y efectivo de los actos realizados por los poderes públicos, es necesario que existan órganos independientes que salvaguarden a las personas cuando se produzcan abusos de poder, para lo cual están el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Al ser este último el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales.