

55

FONDO
EDITORIAL

Revista de la Facultad
de Derecho

Diciembre
2022



IUS^{ET} PRAXIS







IUS_{ET} PRAXIS

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 55, diciembre, 2022

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

CONSEJO EDITORIAL

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Enrique Varsi Rospigliosi

Comité editorial:

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)

Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)

Aida Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)

Rémy Cabrillac (Université de Montpellier, Francia)

Francisco Ramos Méndez (Universitat Pompeu Fabra, España)

Flavio Tartuce (Universidade de São Paulo, Brasil)

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33

Apartado postal 852, Lima 100, Perú

Teléfono: 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Impreso en el Perú

Tiraje: 200 ejemplares

Periodicidad: semestral

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09663

EVALUADORES

Dr. Carlos Hakansson Nieto (Universidad de Piura, Perú)

Dra. Laura Albornoz Pollmann (Universidad de Chile, Chile)

Mg. Aníbal Quiroga León (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Dra. Marianella Ledesma Narváez (Universidad de Lima, Perú)

Dr. Napoleón de Jesús Álvarez Vargas (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mtr. William Homer Fernández Espinoza (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Dr. Miguel Eduardo Ramos Miraval (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Dr. Ernesto Alvarez Miranda (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mtr. Juan Alejandro Olavarría Vivian (Universidad de Lima, Perú)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada y registrada en:

Bases de datos

LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades)

Buscadores

Google Académico

Repositorio

Repositorio Institucional Ulima

COMITÉ DE APOYO 2022

Coordinadora ejecutiva:

Natalia Carolina Siguas Santa Cruz

Coordinadora de la Comisión de Administración y Financiamiento:

Katherine Carolina Caqui Laguna

Coordinadora de la Comisión de Edición:

Ángela Valeria Cuba Palomino

Coordinador de la Comisión de Eventos:

Mateo Francisco Dueñas Loayza

Coordinadora de la Comisión de Gestión y Desarrollo Humano:

Valeria Belén Orellano Valdiviezo

Coordinadora de la Comisión de Imagen Institucional:

Romina Huertas Mora

Coordinador de la Comisión de Promoción de Ventas y Relaciones Públicas:

Jorge Álvaro Maguiña Valenzuela

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANCIAMIENTO:

A Comisión de Administración y Financiamiento:

Alexia Karolina Ramírez Coico

Camila Carrillo Sam

Carlos Eduardo Elías Velarde

David Medina Minaya

Marcelo Rodrigo de la Cruz Otero

María Sofía Cortez Olazábal

Sharon Margareth Flórez Hurtado

Ximena Nicole Matos Espinoza

Comisión de Edición:

Belén Núñez Stojkic

Carlo André Ayala Ponce

Carlos Enrique Cárcamo Valencia

Carlos Samuel Fernández Baeza

Caterina Micaela Capcha Becerra

Dayana Sofía Luján Sánchez

Deyna Sol de la Serna Prescott

Fabrizio Fuster Graham

Franco Alexander Vásquez Robles

Helena Natalia Sánchez Borja

Katya Myluska Villacriz Castillo

Leandro Ugaz Valencia

Ligiaelena Daniela Tarazona Larrauri

Omar Nathan Huaytalla Paredes

Comisión de Eventos:

Andrea Nicole Chávez Suárez

Aracely Nicole Chacón Medrano

Ariana Masiel del Villar Gonzales
Celia Christina Soto Tipacti
Daria Stephania Hidalgo Martínez
Eduardo Jesús Chocano Ravina
Flavia Valeria Quijandría Guevara
María José Ruiz Sánchez
Mario Alejandro Moscol Carrasco
Natalia Ávalos Espinoza
Salvador Terán Torero
Sebastián Alonso Tara Guerrero
Sherlyn Dayhana Gonzales Genebros
Vanya Rocío Córdova Valencia

Comisión de Gestión y Desarrollo Humano:

Ariana Lucía Villegas Espinoza
Camila Alessandra Fashe Gastañadui
Camila Lucía Zumaeta Roja
Claudia María Condori Pantoja
Daniela Sofía Chávez Chahud
Geraldine Mariana Núñez Morales
Gerardo Josué Loaiza Fuentes
Juan Daniel Hinojoza Gil
Kiara Christel Flores Medina
Solange de los Ángeles Solano Ninahuanca
Valeria Soria Villena
V́ctor Manuel Bustamante Barreto

Comisión de Imagen Institucional:

Adriana Cecilia Lecaros Gonzales
Alessandra Tais Ávila Quispe
Andrea Micaela Sánchez Pachas
Annyoly Cielo Vásquez Peña
Antonella Alejandra Delgado Flores
Brenda Cristina Saavedra Jacobo
Fiorela Mahatmi Nako Cárdenas Tantalla
Flavia Fernanda Alvarado López
María Lucía Horna Dueñas
Marjorie Daniela Alonzo Villarreal
Nain Amaro Gamero

Nathaly Dayana Altamirano Gonzales

Yara Sofía Lazo Panduro

Comisión de Promoción de Ventas y Relaciones Públicas:

Adrián Arnaldo Freyre Marquina

Ana Belén Llamoctanta Aguilar

Ángel Fabricio Sosa Alarcón

Cesia Quiñones Condezo

Jesús Alonso Donohue Vargas

Josué Carlos Pérez Justiniano

Luis Rafael Jibaja Tapia

Manuel Jesús Merino Mariñas

Marcelo Galíndez Flores

Víctor Enrique Angulo Navarte

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
PONENCIAS DEL SEMINARIO INTERNACIONAL “El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil”, organizado el 9 y 10 de junio del 2021 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y el Grupo de Investigación en Derecho Civil	13
Presentación	15
<i>Enrique Varsi Rospigliosi</i>	
Constitucionalización del derecho civil	19
<i>Raúl Ferrero Costa</i>	
El derecho civil desde la óptica de la judicatura constitucional	27
<i>Ernesto Blume Fortini</i>	
El principio-derecho a la igualdad en el ámbito civil y político	33
<i>Víctor García Toma</i>	
Las limitaciones de la constitucionalización del derecho	41
<i>Domingo García Belaúnde</i>	
El derecho a la propiedad en el derecho civil en el marco del constitucionalismo: la constitucionalidad del derecho civil en el Estado constitucional de derecho peruano	47
<i>Luis Andrés Roel Alva</i>	
Reflexiones sobre la observancia del derecho fundamental a la protección de datos personales en diversos actos regulados por el Código Civil	65
<i>María de Lourdes Zamudio Salinas</i>	

ARTÍCULOS	91
Aspectos constitucionales de derecho sucesorio: reflexiones contemporáneas <i>Ana Paula Magna Da Silva Frasca Castelhana</i>	93
Apellido del padre y principio de igualdad entre hombre y mujer <i>Vincenzo Barba</i>	101
La constitucionalización del derecho contractual en Brasil <i>Anderson Schreiber</i>	129
El derecho civil en el proceso constituyente en Chile <i>Hernán Corral Talciani</i>	141
Sesgos de inconstitucionalidad en la regulación civil de la libertad de trabajo de los cónyuges <i>Romina Santillán Santa Cruz</i>	155
Caso de orden de apellidos: una interpretación auténticamente constitucional del Código Civil peruano <i>Renzo Díaz Giunta y Franco Vásquez Robles</i>	171
ARTÍCULOS GANADORES DEL CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2021	183
Derechos humanos y Constitución: la paradoja silenciosa <i>Leandro Ugaz Valencia</i>	185
El camino de la constitucionalidad: las bases jurídicas de un nuevo régimen para el patrimonio convivencial <i>Ángel Armando Alejandro Chávez Huamán</i>	205
La constitucionalización del derecho civil: un camino al equilibrio <i>Renzo Díaz Giunta</i>	221
MISCELÁNEA	237
Las modificaciones en la normativa que regula la capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia <i>Rosa Elizabeth Guío Camargo</i>	239
INFORMACIÓN ADICIONAL	269
Código de ética	271
Política editorial y normas para colaboradores	275

PRESENTACIÓN

En mi condición de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y director general de la revista *Ius et Praxis*, constituye motivo de gran satisfacción presentar la edición n.º 55 dedicada en esta oportunidad a la constitucionalización del derecho civil.

El derecho es un orden normativo e institucional en constante mutación, y la confrontación de ideas y la investigación son las herramientas más valiosas y adecuadas para lograr un seguimiento acertado de tal fenómeno.

En repetidas oportunidades se han considerado voluntades reformadoras del Código Civil, pero para que aquellas tengan éxito es necesario abordar la problemática que plantean con el respaldo de las normas constitucionales a fin de esclarecer las contradicciones y los vacíos que puedan suscitarse y descartar cualquier duda u oscuridad mental con el objeto de garantizar los derechos y las obligaciones de todos los sujetos de derecho.

En esa línea de pensamiento, y ante el impacto de nuevos escenarios que han conllevado a una serie de modificaciones legales frente a los retos que la sociedad moderna debe afrontar, es importante fomentar un diálogo entre disciplinas con la finalidad de reforzar el respeto y la supremacía de las normas constitucionales para regular de manera adecuada la conducta de las personas y de las instituciones, de modo tal que, al final de un proceso que conlleve transformaciones legales, el nuevo ordenamiento legal resulte totalmente impregnado de principios garantes de un Estado de derecho.

Con ese propósito, la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y el Grupo de Investigación en Derecho Civil organizaron en el año 2021 el seminario internacional “El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil”, con la destacada participación de prestigiosos profesores nacionales y extranjeros, quienes compartieron sus experiencias y reflexiones contemporáneas sobre el tema.

Esta edición recoge las principales investigaciones presentadas en dicho evento, así como también de modo especial los tres artículos ganadores del Concurso Universitario

Presentación

de Investigación Jurídica 2021, realizado por nuestra facultad con la participación de estudiantes de diferentes universidades del Perú, en reconocimiento a su valioso aporte e interés en este campo.

Estamos seguros que estos estudios y reflexiones servirán para fortalecer las reglas de nuestra sociedad.

Para finalizar, deseo expresar mi especial agradecimiento al Comité Internacional presidido por el profesor Enrique Varsi Rospigliosi y a nuestros alumnos miembros del equipo de la revista por su estrecha colaboración en la edición del presente número.

Germán Ramírez-Gastón Ballón
Director general de la revista *Ius et Praxis*
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

PONENCIAS

Seminario internacional “El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil”, organizado el 9 y 10 de junio del 2021 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y el Grupo de Investigación en Derecho Civil

PRESENTACIÓN

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6107>

Muy buenos días a todos, público participante, señores invitados. Vamos a dar inicio al seminario internacional “El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil”.

Yo quisiera hacer una pequeña presentación de este evento primero dando las gracias a mi facultad por haber permitido su realización a través del señor decano, Germán Ramírez-Gastón, y también agradecer especialmente a dos personas: a mi profesor Raúl Ferrero, con quien he compartido en los últimos meses todo el diseño y temática de este webinar internacional, y al profesor Domingo García Belaúnde, quien me dio algunas indicaciones muy precisas y además me permitió contactarme con muchos de los panelistas especialistas en derecho constitucional que justamente van a dar el marco teórico particular. Lo primero que tendríamos que decir es que toda ley —y el Código Civil, que es una ley— tiene que ir en la línea de los principios constitucionales, en respeto del principio de la supremacía de la Constitución. Caso contrario, una norma opuesta a la Constitución puede ser sometida a una acción de inconstitucionalidad o, en todo caso, puede inaplicarse por el juez con base en el control difuso.

El Perú ha tenido tres códigos: el código afrancesado de 1852, el Código Civil de 1936, un código de corte germánico y el Código Civil de 1984, que es el que nos rige hasta la fecha y tomó de los principales códigos contemporáneos lo más importante de sus instituciones reguladas. Es importante tener en cuenta que la Constitución de 1979 tomó mucho del proyecto que se venía preparando del Código Civil de 1984, sobre todo en materia de la gran teoría de los derechos de las personas. Es importante rescatar eso. En dicha línea, también debemos tomar en cuenta que el Código Civil de 1984 está

* En esta oportunidad, Enrique Varsi Rospigliosi fue el moderador del seminario internacional “El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil”. Él es doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal e investigador en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador RENACYT (P0010485) del CONCYTEC. Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

sustentado en un criterio humanista, personalista, sin dejar de lado el carácter económico y patrimonial que en muchas de sus instituciones están consagrados. El Código Civil de 1984 tiene una puerta de entrada, que es el título preliminar. En la década de los ochenta, cuando yo estudiaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, era la primera línea de trabajo en el Código Civil. Y recuerdo que mi profesor de derecho de las personas y del título preliminar nos dijo en la clase que esto es lo que se conoce como derecho civil-constitucional. Lo plasmado, lo consagrado, lo tratado en el título preliminar es la esencia del derecho privado. El título preliminar tiene ocho instituciones que también están tratadas en la Constitución, o sea, el título preliminar consagra principios constitucionales para regular las relaciones privadas y dar esa entrada en el tratamiento de las instituciones del derecho privado. Hay que tener en cuenta que el Código Civil de 1984 ha tenido modificaciones. Podríamos decir que cerca del 16 % del Código Civil de 1984 ha sido modificado. Algunas normas derogadas, algunas normas aclaradas, en muchos artículos modificados en más de una oportunidad. Pero también ha habido un análisis en el Tribunal Constitucional en lo que respecta al Código Civil. La casuística civil ha llevado a este supremo tribunal de interpretación constitucional a aclarar algunas figuras. Es más, hay un artículo en el Código Civil que ha sido declarado inconstitucional en una de sus partes y me refiero a esta facultad que tenía juez para poder valorar la conducta deshonrosa en materia de causal, tomando en cuenta la costumbre y la educación de los cónyuges. Esta norma, analizada en un contexto constitucional, resultó que infringía el principio de dignidad, el principio de igualdad y el principio de respeto, que es lo que inspira básicamente las relaciones entre las personas.

Es importante considerar que no solo la teoría de los derechos de la persona del Código Civil tiene un aire de constitucionalidad, sino que podemos ver que hay dos ramas clásicas en el derecho civil, que son los derechos reales y los de los contratos, que han tenido una influencia de la Constitución, y que ha entrado el carácter público a tratar de interpretar los criterios que el Código Civil mantiene. Por ejemplo, la clásica división de los bienes en muebles e inmuebles ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. Este régimen cerrado que establece el Código Civil para poder interpretar cuáles son los derechos reales, que según dicho código son la propiedad, la posesión, el uso, el usufructo, la servidumbre y la superficie; sin embargo, con un criterio constitucional, podemos ver que deben tenerse en cuenta otros derechos reales no consagrados en el Código Civil, como lo hacen algunos códigos, que poseen un sistema abierto de derechos reales. Entonces ahí ha habido un tema de discusión constitucional. Por ejemplo, el artículo 882 del Código Civil, que establece la prohibición de enajenar y que no se puede determinar un límite para que una persona enajene un bien, si nosotros lo analizamos desde el punto de vista del derecho constitucional, veremos que hay una privación de la autonomía de la libertad de una persona para poder decidir el destino de un bien cuando lo transfiere a un tercero. Entonces, observamos que el derecho constitucional no solo está presente

en la teoría de los derechos de la persona, no solo está presente en la teoría del trato a los sujetos de derecho, sino también en derechos clásicos como los derechos reales. Sin duda, en materia de derecho de familia ha habido una fuerte constitucionalización, por ejemplo, para liberar lo que es la investigación de la paternidad permitiendo la aplicación de la prueba de ADN para posibilitar la incorporación y clasificación de estos nuevos tipos de familia que tenemos. Por ejemplo, la familia ensamblada, que ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y ameritaría una inclusión en nuestro código. Y luego tenemos —por mencionar solo algunos, porque en el resto de los seminarios vamos a escuchar la especialidad de la influencia de la Constitución en el Código Civil— el clásico artículo 62 de la carta magna. El artículo 62 nos habla de la libertad de contratar, que santifica la autonomía privada de las partes, y una persona tiene la capacidad de decidir el tiempo y con quién contrata, el famoso principio de libertad de configuración interna, versus el famoso principio de libertad contractual, es decir, que la persona tiene la capacidad de decidir el contenido de su contrato. Estas dos grandes libertades, de contratar y la contractual, se enrolan dentro de lo que se conoce como la santidad del contrato. Y en contracara a la santidad del contrato tenemos lo que la Constitución reconoce como el contrato ley, es decir, la socialización del contrato, y cómo en algunos casos el Estado puede entrar a normar determinado tipo de relaciones, que, si bien son privadas, por una cuestión social, de criterio comunitario y de equidad, pueden ser reguladas por el Estado. Simplemente son algunas ideas que yo les expreso, y en el desarrollo del evento vamos a escuchar las brillantes participaciones de cada uno de nuestros ponentes.

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.

EL DERECHO CIVIL DESDE LA ÓPTICA DE LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL

ERNESTO BLUME FORTINI*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6089>

El tema ha sido elegido con base en los siete años de experiencia como miembro del Tribunal Constitucional y como juez constitucional. Se ha pretendido dar un enfoque personal de cómo creo yo que un juez constitucional debe ver la problemática jurídica en general y el ámbito del derecho civil.

¿CUÁL DEBE SER LA VISIÓN DE JUEZ CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO CIVIL?

En primer lugar, para obtener una respuesta, se debe partir de una comprensión de cuál es el rol de un juez constitucional en un Estado constitucional, que es un Estado de imperio de la Constitución, de soberanía de la Constitución, al cual todos nosotros nos sometemos y en el cual no existe territorio liberado de control cuando se trata de la defensa, el rescate, la guardianía, la protección y la garantía de los derechos fundamentales, a partir del concepto de que la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado, razón de ser del Estado, anterior y superior al Estado. No solamente persona como ser humano, sino también como principio y como valor.

Además, la constitución es la expresión normativa del poder constituyente, que es el poder fundacional del Estado de nación. Por lo tanto, el juez tiene un rol importante en la dimensión de la defensa de la Constitución.

Esto lleva a una primera afirmación: el juez constitucional es un juez garante, defensor y protector de los derechos fundamentales, por un lado, y de la primacía normativa o jerárquica de la norma suprema de la república. Por otro lado, estimar que el juez constitucional, por lo menos en nuestro país, no actúa de oficio, en el sentido

* Exmagistrado del Tribunal Constitucional y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

de promover su intervención para dilucidar controversias, sino que actúa a partir de la instauración de un proceso constitucional, a partir de la existencia de un conflicto de naturaleza constitucional, que se somete al conocimiento de la judicatura constitucional. Por lo tanto, este garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la constitución, como integrante de un Tribunal Constitucional u otro órgano que tenga función constitucional, función de magistratura constitucional, debe observar la problemática que ante él se presenta. Y debe hacerlo teniendo muy claro en la mente dos aspectos. En primer lugar, cuál es el eje de preocupación del juez constitucional. Y, en segundo lugar, cuál es el ángulo de observación del juez constitucional con respecto a los casos que conoce. Desde mi modesto parecer, el eje de preocupación de un juez constitucional en el ámbito de la defensa de los derechos o en el ámbito de los procesos de defensa de derechos o procesos de la libertad, llámese *habeas corpus*, amparo, *habeas data* o proceso de cumplimiento, es precisamente defender el derecho invocado por la parte demandante como un derecho que ha sido objeto de una amenaza o violación. Sin embargo, en los procesos de control de la constitucionalidad o de control de las competencias constitucionales, como son, respectivamente, los de inconstitucionalidad y de proceso competencial, su tarea es garantizar, en el caso de la inconstitucionalidad, que las normas infraconstitucionales de primer rango guarden armonía y concordancia plena con la Constitución y no estén bajo la categoría de normas inconstitucionales, por infracción a la Constitución, de acuerdo con la tipología de infracciones que recoge el Código Procesal Constitucional. Y, en el caso del proceso competencial, garantizar el cuadro de asignación de competencia que diseña la Constitución con base en un criterio muy propio del Estado constitucional, que es el establecimiento de mecanismos de compensación e intercontrol del poder para evitar exceso y abuso de poder. En este marco, el rol del juez constitucional, de las cortes o juzgados constitucionales y del propio Tribunal Constitucional, es sumamente importante en el Estado de derecho; es un rol de garante, vigilante y cautelador; además, dicho rol debe ser ejercido en el marco de una concepción de justicia garantista y finalista, que prioriza el rescate de los derechos fundamentales y su protección, así como la garantía de vigencia de la Constitución.

Por lo tanto, estos son aspectos que hay que considerar en forma separada y detallarlos para una mejor comprensión.

Cuando nos preguntamos qué significa el eje de preocupación, como se adelantó, es que el juez constitucional debe priorizar, al cumplir su tarea, la defensa del derecho invocado. Y priorizar la vigencia de la Constitución en otro tipo de procesos, como el de inconstitucionalidad y el competencial. Cuando hablo del ángulo de observación, quiero decir desde qué punto observa el juez constitucional la problemática materia de conocimiento y resolución. Allí hay que ser muy claro: el juez constitucional se ubica en la Constitución y a partir de ella observa esa problemática, lo cual significa que se ubica

en la Constitución en un sentido integral, no solamente como un cuerpo normativo de derecho positivo, que contiene una serie de preceptos que posee un contenido normativo, sino también en principios, valores, institutos, derechos y todo aquello que conforma la esencia de la Constitución, que encierra la filosofía del legislador constituyente, así como la lógica del legislador constituyente, porque el rol del juez constitucional es la defensa de la expresión normativa del ejercicio del poder constituyente, que es la Constitución. Él está allí para defender al legislador constituyente, para resguardar ese patrimonio contenido en la Constitución, que expresa la voluntad popular, así como la materialización del poder constituyente, y no está necesariamente para defender al legislador constituido, que puede o no haberse ceñido a la Constitución cuando dicta una norma, pero que para el juez constitucional implica una visión con cierta cautela en la medida en que hay que preservar toda la normativa infraconstitucional de la constitucionalidad, de ese vínculo de armonía y concordancia plena que debe existir en toda la estructura jurídica del país con la norma suprema de la república.

Por lo tanto, el juez debe tener una visión constitucionalizada, es decir, imbuida de lo que es el eje de su preocupación y el ángulo de observación, y a partir de allí ver el derecho. En ese sentido, el derecho civil, desde la óptica del juez constitucional, es un derecho visto a la luz de la Constitución; es un derecho iluminado por los faros del legislador constituyente; es un derecho que parte de la Constitución y que sobre la base de ella analiza el contenido material que comprende todo el derecho civil en sus diversas áreas, en las áreas múltiples que esta disciplina tan importante abarca, desde la persona, los derechos, la familia, las formas asociativas, los contratos, las obligaciones, el matrimonio y todo lo que conocemos del derecho civil. Por lo tanto, el juez constitucional tiene esta importante labor.

Viene la siguiente pregunta: ¿cómo determinamos en términos cerrados y definitivos cuál es esa visión? Yo diría que esa visión es la que corresponde al supremo intérprete de la Constitución, que es el Tribunal Constitucional, cuya visión, alcance y análisis del contenido del derecho en general —en particular, del derecho civil— tiene que ver con lo previsto en el artículo VI del título preliminar del texto actual del Código Procesal Constitucional: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Por lo tanto, aquí también hay un mandato de visión constitucionalizada del derecho civil, pero que no debe constreñirse en puridad al juez constitucional, porque en el Estado constitucional se parte de la premisa de que toda la normativa es constitucional; sin embargo, se habilita al juez a poder efectuar un análisis puntual y en algunos casos modular los alcances de la normativa civil, o inclusive inaplicarla por control disperso o difuso de constitucionalidad.

Voy a referirme a algunos casos en los que el Tribunal ha resuelto, y obviamente todas las decisiones son polémicas y no siempre todos los magistrados estamos de acuerdo. Muchas veces me he sentido un llanero solitario en mis tesis en este colegiado. De ello dan cuenta mis numerosos votos singulares. Pero lo cierto es que, como toda institución autónoma, independiente y democrática, se rige por la decisión mayoritaria que adoptan los magistrados al decidir en un determinado caso. Y, obviamente, hay líneas interpretativas y existe el derecho de crítica, que se asume con toda humildad. Los miembros del Tribunal no somos perfectos y muchas veces nos hemos equivocado. Como todo colegiado humano, somos falibles por naturaleza; pero, en cada caso, cada magistrado tiene sus razones, muy importantes y respetables. La intervención de Luciano, que ha tratado algunos temas del Tribunal Constitucional, me llama a dar una pequeña explicación en el caso del proceso seguido por el señor Óscar Ugarteche Galarza, quien recurrió al Tribunal Constitucional para que este ordenara al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) inscribir el matrimonio celebrado en México con el señor Fidel Aroche, sosteniendo que debía disponerse la inscripción del matrimonio, lo cual conllevaba reconocer oficialmente por decisión del Tribunal el matrimonio en este país entre personas del mismo sexo. Ello generó un gran debate en el que hubo una decisión mayoritaria. Yo acompañé la decisión de mayoría, que declaró improcedente la demanda, pero soy consciente de que es un tema polémico y que para llegar en el Perú al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo hay que cambiar la Constitución. Fíjense brevemente: la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 17, inciso segundo, ratificado por el Perú, lo siguiente: "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio". Dicha convención no dice que contraer matrimonio es un derecho de las personas, dice que es un derecho del hombre y de la mujer, es decir, dos personas del sexo opuesto. La Convención Americana sobre Derechos Humanos tampoco ampara la poligamia ni el matrimonio entre personas del mismo sexo. Es indudable, entonces, que la Constitución, leída a la luz del inciso segundo del artículo 17 de la referida convención, con la cual tiene una relación de convencionalidad, contiene la misma noción de matrimonio que el Código Civil y la eleva al más alto rango jurídico. La Constitución no contiene una norma expresa que indique que el matrimonio es entre personas de distinto sexo; sí lo dice en el concubinato, pero una lectura concordada de la Constitución y armónica con la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos llevó a sostener, en decisión discutible, que no podríamos ir más allá porque como jueces constitucionales nos debíamos constreñir al cumplimiento del marco constitucional, que no habilitaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual no significa que tengamos algo en contra de las personas que establecen una unión y un proyecto de vida; al contrario, ellas merecen en lo particular el mayor de los respetos, y tengo algunos amigos muy entrañables que tienen una opción distinta y yo los respeto muchísimo. Sin embargo, lamentablemente hemos estado atrapados por un marco constitucional y convencional

que no podíamos romper. Lo que sí creo, en todo caso, es que puede a futuro propiciarse un cambio constitucional que habilite esa fórmula. Quería dejar simplemente aclarado este tema y pasar, por último, a algunos casos en los cuales el Tribunal Constitucional ha precisado y tenido una visión constitucionalizada de algunos institutos del derecho civil, en esta línea de una judicatura que ve el derecho civil a la luz de la Constitución y sus principios, valores e institutos. Por ejemplo, en el Expediente 1643-2004, proceso de amparo promovido por Domingo Peralta Tapara contra la Asociación de Padres de Familia (Apafa) de la Institución Educativa 22346, el Tribunal declaró fundada la demanda e incorporó al abuelo de un menor como representante de los padres ante la Apafa, frente a la decisión de los dirigentes de la Asociación de Padres de Familia de excluir al abuelo de la representación de la familia porque, debido al compromiso laboral que tenían los padres y no podían dejar, delegaban en el abuelo la asistencia a las reuniones de la asociación, para que a nombre de ellos pudiera recibir la información y luego transmitírsela. Sin embargo, los dirigentes dijeron: "Usted no entra acá; usted es el abuelo; usted no tiene vela en este entierro y lamentablemente no lo podemos recibir". ¿Qué dijo el Tribunal Constitucional? Aludiendo al concepto de familia, señaló que en su acepción común el término familia alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y comparten el mismo techo-ambiente; tradicionalmente con ello se ha pretendido englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, los cuales se encuentran bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional, la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, la filiación y el parentesco. Empero, se agregó en el fundamento 7, desde una perspectiva constitucional, que debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. De esta forma, los cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer y la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado una modificación en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que hayan surgido familias con estructuras distintas a las tradicionales, como son las constituidas por los padres, los hijos y los abuelos. La mencionada sentencia desarrolla ampliamente este y otros aspectos que me parecía importante referir a título de ejemplo de cómo el juez constitucional ve el derecho civil.

Por último, otro caso que quiero traer es el de la señora María Chura Acata contra el Banco de la Nación, quien planteó un amparo, pues se le negó un préstamo bancario porque la señora "frisaba" los ochenta y cinco años, y entonces el banco le indicó que no estaba en edad de ser sujeto de crédito. Esta señora recurrió a un abogado, quien inició un proceso de amparo que terminó en el Tribunal Constitucional (venía con una decisión en contra del Poder Judicial). El Tribunal entró al terreno del análisis del acceso al préstamo bancario por los adultos mayores y hasta qué punto la marginación y discriminación

de que son objeto —o, yo diría, eran objeto, porque a partir de esta sentencia ya no es así— se daba a causa de la edad. Señaló el Tribunal en su fundamento 9 que, en efecto, existen distintos factores que comprueban la especial situación en la que se encuentran los adultos mayores. Uno de los mayores flagelos radica en la asignación de estereotipos vinculados a la vejez. Muchas veces se piensa que una edad avanzada es sinónimo de inoperancia o falta de capacidad para emprender actividades o proyectos. Del mismo modo, se les suele asociar con un estado de constante dependencia y que termina por generar en el adulto mayor la sensación respecto a su falta de autonomía para el desarrollo de sus actividades diarias. Ello resulta contrario a las ideas de autonomía e independencia que se vienen implementando y fomentando a favor de este colectivo, más aún si se consideran los valiosos aportes que ellos realizan a la sociedad y al Estado. Y, a partir de allí, se realiza todo un desarrollo muy interesante en que se llega a la conclusión de que no es objetivamente una razón atendible el que a una persona, por su edad, la marginen de ser sujeto de crédito; le pueden exigir las garantías correspondientes, naturales en el otorgamiento de todo crédito. Y, en este caso, la demandante tenía garantías. Ese no era el problema; el problema era la edad. Y el Tribunal apuntó en esta sentencia sobre el deber especial de protección que tiene el Estado en relación con los adultos mayores, y que esto tiene correlación con la prohibición de discriminación en función de la edad y, por lo tanto, dejó sentado que no era constitucional que una entidad bancaria discrimine a un adulto mayor en razón de su edad. Y espero que esta decisión siga siendo tomada en cuenta. He leído documentos de algunos bancos que, cuando promueven beneficios, señalan límites de edad. Ese es un tema que, en específico —esa parte de la problemática—, no ha llegado al Tribunal Constitucional.

EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO CIVIL Y POLÍTICO

VÍCTOR GARCÍA TOMA*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6090>

Si hablamos de igualdad, lo primero que tenemos que evocar es el itinerario histórico-social que ha habido en torno a este concepto. Felipe Pardo y Aliaga, uno de nuestros más calificados costumbristas del siglo XIX, escribió un poema a su hijo Manuel, quien en 1872 llegaría a ser presidente de la república. Luego de haberse educado en España regresó al Perú y se dio con el acontecimiento de que había alcanzado la ciudadanía. Este poema dice lo siguiente:

Dichoso hijo mío, tú,
que veintiún años cumpliste;
dichoso que ya te hiciste
ciudadano del Perú.
Este día suspirado
celebra de buena gana,
y vuelve orondo mañana
a la hacienda y esponjado,
viendo que ya eres igual,
según lo mandan las leyes,

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogados.

al negro que unce tus bueyes
y al que te riega el maizal¹.

La ironía y el sarcasmo de la igualdad ciudadana está manifiesta en este poema.

Tampoco fueron extraños ni ajenos los comentarios del monseñor Francisco de Paula Taforó y Zamora, un sacerdote y político chileno exiliado en Arequipa, quien lanzó alguna frase que alcanzó repercusión popular. De él son algunas de estas ideas: “Mestizo educado, diablo encarnado”, “No hay indio bueno, si bueno nunca inteligente, y si bueno e inteligente siempre libre” y “Al indio y al burro, palo hasta por el culo”. De este mismo personaje, hay otras frases: “A los negros y a los indios no se les puede ayudar por mucha simpatía que inspiren, a la larga la ayuda les hace más mal que bien” y “La sangre se hereda y el vicio se pega, por su culpa padece, compasión no me des”. Entre las damas limeñas de la época se recordaba aquella frase de Samuel Johnson: “Es preferible que más sean desgraciados a que nadie pueda ser feliz”.

En este contexto de la lucha por la igualdad en el Perú, tanto el texto de 1979 como el de 1993 han dado avances significativos. Pero ¿qué es la igualdad? Estamos hablando de un principio democrático de organización de la sociedad política y además de un fundamento jurídico para el goce de derechos constitucionales y legales. Es principio-derecho se ancla en las revoluciones democráticas burguesas de finales del siglo XVIII. Es con la inspiración de las revoluciones en Francia y Estados Unidos, bajo una raigambre liberal, que empiezan a tener expresividad normativa. Por ejemplo, es importante cómo en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, en 1789, que es la piedra angular del constitucionalismo, se consigna que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Y no menos importante es el Acta de Independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, en la que se proclamó lo siguiente “Tenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales, ningún hombre ni grupo de hombres tienen derechos, privilegios o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad”.

En ese contexto, debemos recordar la interrogante que alguna vez se formuló el dramaturgo Pierre-Augustin de Beaumarchais en su obra *Las bodas de Figaro*, de 1779, cuestionando la sociedad estamental que las revoluciones liberales derrumbaron. Él se preguntaba lo siguiente: “¿Qué habéis hecho para merecer tanto bien?”, dirigiéndose a los nobles y a los clérigos, y respondía: “Habéis nacido, nada más”.

1 Tomado del tomo III del libro *La literatura peruana*, de Luis Alberto Sánchez, publicado en Lima en el año 1981 por la Editorial Juan Mejía Baca.

Esta igualdad quedó inicialmente subsumida dentro del principio de legalidad. Por consiguiente, se consignaba como iguales a aquellos a quienes la ley consideraba como tales y diferentes a aquellos otros a quienes ellos mismos diferenciaban. En ese sentido, la ley era igual para todos, porque esta reunía las características de conjunto y totalidad. En razón de la primera, la razón normativa exponía el acervo de ideas esenciales referidas a una específica forma de relación jurídica, la cual le daba a dicho tipo de ligazón una naturaleza o carácter común. En razón de la segunda, la determinación normativa se extendía indistintamente a todos los vínculos jurídicos del mismo género y de la misma especie. Sin embargo, esta igualdad en la ley, que luego se avanzó hacia la igualdad en la aplicación de la ley, exigiendo al operador jurisdiccional y al operador administrativo que la interpretación y la aplicación de esas normas fueran uniformes y simétricas, no quedó allí. Esto permitió seguir avanzando.

La igualdad es un derecho relacional, en la medida en que es con base en la posibilidad de exigir un mismo derecho, carga pública o bien tutelado en donde aparece este concepto. La igualdad como concepto relacional solo se revela en función de la respuesta de las consideraciones siguientes:

1. El patrón de parangón: cuál es la fuente jurídica que sirve de parámetro para comparar una relación de otra.
2. La igualdad entre quiénes: qué personas naturales o personas jurídicas deben ser ubicadas en un mismo plano de equiparidad.
3. La igualdad respecto a qué: condiciones, circunstancias, requisitos, etcétera.
4. La igualdad para qué: qué reconocimiento o ejercicio de un determinado derecho exigimos; qué deber o qué sanción es la que debe aplicarse de manera uniforme.

Como bien decía Aristóteles en su libro *Política*: “Es importante reconocer que se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”. Estaba ingresando al terreno de las reglas de diferenciación.

Si bien es cierto que todos los seres humanos tenemos el derecho a la igualdad ante la ley porque gozamos de la misma identidad —somos seres libres, racionales, espirituales y sociales que nos integramos para la persecución de fines trascendentes—, lo cierto también es que somos diferentes. Esas diferencias se establecen en dos ámbitos: las calidades accidentales y la naturaleza de las cosas. Por las calidades accidentales, se pueden establecer reglas diferentes. Por ejemplo, en el ámbito laboral existen reglas para el trabajo de menores, reglas para el tratamiento de derechos previsionales o derechos de salud, reglas que tienen que ver con el sexo o las condiciones físicas. También tienen que ver con el concepto de naturaleza de las cosas. Como bien he señalado, no es lo mismo que un alumno me solicite un examen de rezagados bajo la consideración de que

estuvo enfermo o sufrió un accidente que le impidió dar el examen que aquel que me diga que se olvidó o consideraba no estar preparado. Son dos situaciones diferentes que no pueden ser tratadas de manera igual.

Entonces, la regla de diferenciación se sustenta en la existencia de calidades accidentales que todos seres humanos tenemos o en las circunstancias o hechos que hacen que en unos casos el derecho los trate de una manera y en otros casos sean tratados de otra manera.

El autor Francisco Laporte ha establecido un conjunto de criterios para señalar cuándo estamos de manera correcta frente a una regla de diferenciación. Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional.

El primero tiene que ver con el criterio de satisfacción y necesidades, que se aplica a favor de aquellos sujetos que tienen la urgencia de que se les asegure la protección de un derecho, la prestación de un servicio o el goce de un bien, los cuales no generan para nosotros el mismo grado de apremio en su satisfacción. Un ejemplo puede ser la decisión que el Gobierno del presidente Humala adoptó para establecer Beca 18; vamos a generar un trato diferenciado para aquellos estudiantes de alto rendimiento escolar, pero que por razones económicas no pueden tener acceso pleno a la educación superior, la cual serviría para dar plenitud a su proyecto de vida y fomentar el bien común en la medida en que estamos formando ciudadanos con competencias mayores.

La segunda posibilidad surge por el criterio de retribución de merecimientos, que se aplica a favor de aquellos sujetos que se han hecho merecedores de premios, recompensas o beneficios por la realización de algo socialmente valorable. Por ejemplo, el obtener una nota favorable para ser admitido en la universidad, el aprobar un examen de abogado o el hecho de haber calificado para un ascenso o promoción laboral.

Una tercera posibilidad tiene que ver con el criterio del reconocimiento de aptitudes, que se aplica a favor de aquellos sujetos portadores de atributos necesarios o útiles para el desempeño de una labor. Por ejemplo, el caso de los exámenes de ingreso a las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, en los que se requiere cierta fortaleza y potencia física por la naturaleza de trabajo que se va a desempeñar.

Por último, el criterio de consideración del Estado. Cada uno de nosotros sale a la calle con temor y solo, por el miedo de ser asaltado; en cambio, el presidente de la república cuenta con un personal de seguridad que le brinda esa tranquilidad ciudadana. Ello se justifica por la condición de ser presidente, así como se justifica en caso de un parlamentario la inviolabilidad. Cuando vamos a una ceremonia hay una mesa de honor presidida por quienes conducen el evento y hay una primera fila para invitados especiales que por sus circunstancias tienen un lugar de honor. Con base en esos cuatro criterios y dentro del marco de las calidades accidentales y la naturaleza de las cosas, podemos saltar la valla de la igualdad.

María Isabel Garrido refiere que existen varias máximas para fijar esta idea de la diferenciación:

1. Cuando no existe una razón suficiente, es exigible un trato igualitario.
2. Cuando existe una razón suficiente, es permisible un trato diferenciado.
3. Cuando el trato diferente recae sobre supuestos de hechos desiguales en su propia naturaleza, es exigible que este aspire a la consolidación de la igualdad sustancial en pro de la satisfacción de un fin constitucional.

Damos el salto a la discriminación. Es un trato desigual, arbitrario, subjetivo mediante el cual se menoscaba, denigra, limita, condiciona, restringe o impide el ejercicio de un derecho fundamental a una persona o a un grupo de personas. Como bien señala la Constitución, esto puede ser por razón de raza, origen, sexo, ideología, etcétera. La discriminación se asienta en el prejuicio social de dividir a los congéneres en iguales e inferiores, en respetables e irrespetables, en calificables y descartables. Mediante esta práctica viciosa, se suele excluir o menospreciar en razón de alguna de estas tres características:

1. Existencia de las “características inmanentes”. Son aquellas que aparecen por el mero acto de nacimiento. Tal es el caso de la discriminación por la raza o por el sexo.
2. Por las características incorporadas del medio social. Son aquellas que aparecen en función de nuestro entorno mediato. Tal es el caso de nuestro origen. El doctor Domingo García Belaúnde aludía al hecho de que durante los debates de la Constitución de 1979 se logró acabar con esa cruel distinción entre hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio. Igualmente, se logró acabar con esa discriminación que existía entre una relación matrimonial y una mera relación convivencial, es decir, personas que sin tener impedimento decidían no casarse y hacer vida en común. La Constitución de 1979 rompió con esos dos actos de discriminación, y hoy los concubinos y los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos que los cónyuges y los nacidos dentro del matrimonio.
3. Aparecen también, como una fuente de discriminación, las características adoptadas. Estas son aquellas que aparecen por la libre decisión de la persona. Tal es el caso de la discriminación por el credo, por la filiación política, por la opción sexual, etcétera.

Además, aparece también la igualdad de oportunidades. Con la creación del Estado social de derecho, se va a señalar que, para que una persona pueda llegar a ser aquello que puede y quiere ser, pueda consumir su proyecto de vida, se requieren ciertas condiciones económicas y sociales. Es decir, se requieren determinadas condiciones

materiales, que el Estado “aplane la cancha” para que todos, partiendo de un mismo lugar, podamos alcanzar las metas que nuestras potencias, capacidades y deseos nos permitan. Así, aparece la responsabilidad del Estado por el fomento a la educación y el trabajo, incluso el generar obras de infraestructura para que las personas puedan, en ese marco, llegar a ser aquello que quieren y pueden ser.

Por último, en 1987 y en términos occidentales, dimos un nuevo paso. Hablamos de la discriminación a la inversa o la acción afirmativa. Si bien tienen como antecedentes las prácticas políticas en la India, para permitir que los parias —grupo de personas que por consecuencia de las prácticas religiosas ocupaban el eslabón más bajo de la sociedad india y por consiguiente nunca podían salir de ese eslabón— accedieran a oportunidades equitativas, se empezó a dictar medidas preferenciales en materia educativa para romper ese cerco que habían generado las castas.

Este concepto fue acuñado por el presidente John F. Kennedy mediante la Orden Ejecutiva 10925, dictada en 1961, mediante la cual se permitió el acceso a la función pública a los negros y a los indígenas oriundos, ya que este acceso a la función pública estaba avalado por normas de preferencia.

Esto quedó más claro cuando, en 1987, la Universidad de Davis en California, luego de hacer una evaluación de las razones por las cuales existían problemas de seguridad ciudadana y delincuencia, llegó a la conclusión de que dicha problemática estaba ubicada en sectores juveniles pertenecientes a grupos afroamericanos, latinos y asiáticos inmigrantes. No era la raza ni la cultura, era la exclusión y lo inequitativo. Entonces, tomó la decisión de establecer un régimen de ingreso a la universidad por cuotas: dos terceras partes con el examen tradicional, en el cual el estudiante ocupaba una plaza luego de haber superado el puntaje mínimo y tener la nota más alta, y un cupo cerrado solo para postulantes negros, latinos y asiáticos, en el que no había barrera de inicio, es decir, no importaba tener la nota más alta. Sucedió que un estudiante blanco de apellido Bakke obtuvo de promedio 17, pero no ocupó plaza en la Facultad de Medicina. Cuando observó el padrón de ingresantes, se encontró con que había negros, latinos y asiáticos que habían ingresado con promedios de 7, 8 o 9. Bakke dijo que era un acto de discriminación a la inversa. La Corte Suprema Federal señaló que los entes particulares se encuentran facultados para dictar medidas diferenciadoras que permitan en el tiempo generar criterios de igualdad material hacia aquellos grupos tradicionalmente postrados.

Esto incluso ha avanzado más allá. Cuando en 1961 Kennedy planteó la idea y luego fue reforzada en 1987 por la Corte Suprema, se entendía que eran medidas provisionales hasta que históricamente se alcanzara esta situación. Hoy hay acciones afirmativas permanentes y duraderas, como es el caso de las personas con habilidades especiales, a quienes se les asignan cupos laborales de manera permanente y, en consecuencia, se rompe con ese criterio de provisionalidad.

Termino señalando que a lo largo del tiempo el hombre ha luchado por evitar esta situación dramática de dividir a los seres humanos entre unos y otros, y aprovechándose de la ley para consagrar este acto de discriminación. Esto no ha concluido, es una tarea pendiente para las generaciones futuras, pero mirando hacia el pasado podemos decir que hemos y requerimos aún seguir avanzando muchísimo más.

LAS LIMITACIONES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6091>

El tema que yo escogí y del que hablamos fue sobre el asunto de la constitucionalización del derecho y sus límites. Esa fue la idea que yo tuve, porque el tema de la constitucionalización del derecho nos ha invadido desde hace unos veinte años más o menos. Hasta donde va mi recuerdo o cómputo, esto se inicia en Francia en los años ochenta del siglo pasado. Hay un gran debate porque Francia tiene una estructura peculiar: por un lado, está el Consejo Constitucional (que nadie sabe bien qué es) y, por el otro, está el Consejo de Estado. Entonces ahí la cosa es un poco complicada y existe un debate al respecto. El último gran debate que yo he logrado ubicar ha sido en un ensayo de Favoree.

Favoree es el gran constitucionalista francés que ha muerto hace unos años. Yo hablé con él sobre esto, porque nos vimos en México hace unos años. Pero, aparte de México, no ha ido a ningún lugar y tiene dos o tres cosas publicadas. Voy a mencionar una frase de él: "El problema es que la mayoría de los juristas en actividad, se formaron en el espíritu del legicentrismo y para ellos es difícil reorientar su cultura jurídica alrededor de nuevos conceptos". Eso es cierto básicamente en Europa. Yo recuerdo que hace algunos años, en un congreso de derecho penal (bueno, yo no estuve presente, pero he leído las actas), el gran Carnelutti decía (año 65, él murió en el 67) que el gran error de la Europa continental había sido olvidarse del juez, que es la figura central del derecho. Eso decía Carnelutti en el año 65 y, en otra parte (no sé si él u otro jurista), decía más o menos lo siguiente: "Un país puede vivir sin leyes, pero no puede vivir sin jueces". La importancia de la judicatura.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente universitario en la Universidad de Lima y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Muy bien, entonces esto lo plantea Favoree y corre, se ha extendido mucho. Viendo más atrás, hay una obra de Pelegrino Rossi. Es un autor al que casi ni se le conoce. Es un italiano que acaba sus días en Francia, es un noblecillo, está vinculado a la nobleza francesa. En fin, penalista del derecho. Tiene un libro de derecho penal que está en francés, todavía se puede conseguir una copia en una edición similar, pero yo tengo la versión italiana, un tratado de derecho constitucional. Él tiene una frase feliz, que traduciría así, en términos sencillos: "La Constitución recoge el enunciado a los capítulos del orden jurídico", o sea, cada código, el Código Procesal, por así decirlo, porque en esa época se hablaba de enjuiciamientos, o el Código Civil. Ese título está encaminado en la Constitución, que es una especie de síntesis. Esto está hecho en el siglo. Él inauguró el curso de Derecho Constitucional en la Universidad de París en 1834 o 1835 y, claro, en su época había muy pocas constituciones, mucha monarquía, y es un avance con las limitaciones de su época; pero, en fin, eso se refleja en la constitucionalización, en la cual se ha ido avanzando mucho últimamente.

Hay que tener presente, por otro lado, que ese pensamiento es europeo, porque en Estados Unidos, a raíz de la sentencia del juez Marshall en 1803, queda a caer un poco en desuso hasta después de la Guerra Civil. Se consideraba que todo era controlable dentro de ciertos parámetros y con algunas salvedades. Entonces, este era más que todo el pensamiento europeo, el americano era otro. Si bien nosotros tuvimos mucha influencia francesa, básicamente en el lado privado, en la parte pública, al margen de la importancia de las declaraciones francesas, el derecho norteamericano fue más importante, o sea, el federalismo es creación americana, el presidencialismo es creación americana, el control difuso es creación americana. Pero qué bien que eso nos llega a nosotros de forma articulada. Es como si dirían algunos estudiosos que la habilidad de la doctrina alemana en los últimos años ha sido darle un ropaje sofisticado y criterio a lo que dicen los norteamericanos, lo cual algo de razón tiene. Por lo menos, en la ponderación es clarísimo; va a Estados Unidos por muchos años y la ponderación es reciente, esto empieza. Ahora, ¿cuál es el otro problema que viene con la constitucionalización? Que después de la Segunda Guerra Mundial aumenta grandemente el área constitucional, con las constituciones escritas o aprobadas antes de 1914. Tienen un tono, después de la guerra en el año 18 tienen otro tono y después de la Segunda Guerra Mundial se marcan mucho las cosas, respecto a los derechos humanos y también al sistema de gobierno.

Esto va avanzando y calza con la idea del concepto de la constitucionalización del derecho. Esto ha ido avanzando —en mi opinión— demasiado, de forma tal que hay un aspecto que nace en los Estados Unidos a fines del 19, más o menos, aunque History lo decía antes y en este siglo, y es que decía que hay cuestiones políticas no justiciables. O sea, Marshall fue muy claro en eso. Dijo que una vez hizo un malabarismo jurídico en *Marbury versus Madison*, porque a *Marbury* lo dejó en la estacada, que además ocupó el

cargo; se sentó el principio para tranquilizar a la gente de la Casa Blanca, que no lo veía bien, entre ellos, Jefferson. Entonces, estas cuestiones políticas se han ido respetando durante el siglo XIX y que más o menos es aquello que es propio del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, que es discrecional y no debe ser tocado; eso avanzó mucho hasta que en los años sesenta del siglo pasado ha empezado a ser cuestionado y hay una jurisprudencia que ha cuestionado eso y lo ha reducido a ámbitos muy limitados, con razón o sin ella; esa es la realidad. Ahora bien, aquí en el Perú y en otras partes de América Latina, en Argentina, con toda seguridad, hay una tendencia de que todo es judicializable. Esto trae muchos problemas, porque en realidad hay ciertas cosas que no dependen de la Constitución, sino básicamente de valoraciones. Hay una situación muy complicada que ha sido objeto de estudio de mi dilecto amigo Saóes, en que analiza el problema de la Sala Constitucional de Costa Rica, que declaró inconstitucional la decisión del Ejecutivo de adherirse a la alianza antiterrorista europea y americana. La sentencia es un galimatías; en realidad, inventaron cosas que no existen, para mi gusto, y se metieron en cosas en las que no debían meterse. Ahora, claro, en Costa Rica hay una situación especial, porque por un lado no tienen ejército y no han hecho declaraciones de neutralidad ni paz en años de años. Entonces podría ponerse como situación que Costa Rica es un caso ejemplar. Además, a ellos les gusta venderse como ejemplares, porque ya sabemos cómo es Centroamérica. Costa Rica es un diamante en medio de una selva, porque Centroamérica es un lugar complicado, aparte de su cultura o su tradición, que son interesantísimas. Entonces ahí hubo varias voces que decían "sí". Yo creo que no. Estas cuestiones políticas no judiciales deben reducirse al mínimo y nosotros hemos tenido dos casos recientes en el Perú, en los cuales la prudencia del Tribunal Constitucional lamentablemente no estuvo a la altura.

Estoy hablando de sentencias mayoritarias; no de sentencias unánimes, sino mayoritarias. El Tribunal mostró esto último, en la actualidad. En mi opinión tiene muchas carencias en comparación con anteriores y una de ellas es esta: le echa fuego al gobierno, lamentablemente. Ahora bien, hay dos casos que son interesantes y voy a mencionar, dos hechos políticos recentísimos. Uno de ellos es la disolución del Congreso, que ocurrió en septiembre del 2019. Se convocó a elecciones para enero y se instaló en marzo, pero era una atribución netamente política y si algo habría que ver sería simplemente si se cumplió el debido proceso, o sea, si formalmente se desarrollaron las pautas existentes. El Tribunal simplemente avaló esa disolución, lo cual podría ser discutible. Pero hay otra más que puede ser complicada y es cuando se produce la vacancia del señor Vizcarra, en la cual hubo una especie de euforia colectiva porque salió la gente a la calle. Parecía todo teledirigido para defender al señor Vizcarra. Ahora ya nadie lo defiende, pero en ese momento hechizaba a la multitud y algunos que lo apoyaron decían que no apoyaban al señor Vizcarra, sino a la institucionalidad, como si la vacancia presidencial en el artículo respectivo no fuera

parte de las instituciones. No solo eso, sino que la vacancia presidencial, que está tomada del impeachment norteamericano, existe en el Perú desde 1839, o sea, no es una cosa de sorpresa. Así son los términos.

Vacancia por incapacidad moral, dicen. Esta es nuestra versión del impeachment, la cual habla de la figura de minors, que significa faltas en conductas, y eso existe en Estados Unidos. Entonces, ¿por qué nos rasgamos las vestiduras? No obstante, el Tribunal Constitucional, por mayoría, declaró con otra categoría tomada del derecho mexicano que habría una sustracción de materia, o sea, digamos que al señor Vizcarra se le llamó, se le hicieron llegar los cargos, luego absolvió los cargos, se presentó, se discutió y se le vacó, punto. Entonces, el Tribunal dijo que en realidad había una sustracción de materia. Es decir, cuando había sucedido eso, ya había salido, o sea, ¿qué iban a hacer? Aunque algunos querían reponerlo en el cargo, pese a que fue una acusación política. O sea, la acusación constitucional tiene básicamente lo siguiente: número 1, salir del cargo; número 2, suspender los derechos políticos por diez años (en Estados Unidos es de por vida); número 3, pasarlo al Poder Judicial para que lo investigue. Entonces, indudablemente estas dos fases no deben ser objeto de ningún pronunciamiento judicial; más bien, si el candidato o la persona o el funcionario vacado es pasado al Poder Judicial, será este el que decida si hay una sanción penal. Porque estas son sanciones políticas que dependen de valoraciones políticas y de momentos políticos, y de momento no deben ser judiciales estas dos: la disolución y la vacancia. Tampoco sería judicial, por ejemplo, la censura de un gabinete. ¿Por qué sería judicial? ¿La interpelación por qué sería judicial? Son cosas de libre albedrío del órgano pertinente. Hay cosas más que no deberían serlo. Por ejemplo, un caso errático (entiendo que también es políticamente discutible) es el del indulto que se le dio a Fujimori y antes a otros funcionarios. Ahí el Tribunal Constitucional entró a analizar el indulto, o sea, ¿sobre la base de qué? Si la Constitución dice que el indulto es cosa juzgada. ¿No les gusta? Perfecto, que cambien el artículo. Lo que aquí están haciendo es un manipuleo de la Constitución, que es lamentable. Entonces, cuando se dice que no hay campo libre exento del control constitucional, yo diría sí hay campo libre, tiene que haber. Y, si se ejerce, debe ser de forma acotada.

Les pongo otro ejemplo que ha sucedido en el Perú: hay comisiones investigadoras que llaman a una persona o llaman a dos y emiten un informe. Este informe pasa al Ministerio Público porque la Constitución señala que las investigaciones de las comisiones investigadoras del Congreso no amarran al Ministerio Público, no crean precedentes ni son obligatorias en absoluto. Eso va al Ministerio Público, que verá si abre investigación o no. Eso depende del Ministerio Público. El Congreso es un órgano político al 100 %. Sin embargo, en alguna oportunidad se planteó en el expresidente García que sí se podía dejar sin efecto una conclusión de una comisión investigadora, pese a que no es vinculante, si es que no se veía observado el debido proceso y, claro, eso es interesante porque, si ello es investigado por una comisión, aun cuando no obligan a nadie los resultados de esa

comisión, es indudable que uno debe ser notificado adecuadamente, una vez o dos; debe ser informado de los cargos que se le hacen. Número tres: debe poder absolver esos cargos; número cuatro: debe poder defenderse asistiendo con un abogado. Entonces, si eso se cumple, lo demás es una opinión de la comisión, que no obliga. Así de simple.

Entonces, esto que está circulando y se lo creen a pies juntillas los miembros del Tribunal Constitucional habría que replantearlo. No todo es judicializable y, si lo es, es básicamente formal. Esto entiendo que es un problema complicado y polémico, porque me estoy yendo contra muchos distinguidos colegas, a quienes aprecio intelectualmente, pero no voy a estar a eso. Finalmente, quisiera opinar sobre algo que se habla y que he visto en algunos manuales: derecho civil constitucional. Yo creo que ese es un nombre de marquetería, un nombre publicitario. No existe el derecho civil constitucional, así como tampoco existe el derecho penal constitucional. Me refiero como disciplinas autónomas. Lo que existe es el derecho civil, por un lado, y el derecho constitucional, por el otro. Ahora, el derecho constitucional influye en ciertas pautas del Código Civil. Por ejemplo, el Código Civil de 1936 establecía que los hijos se distinguían entre nacidos en matrimonio y nacidos fuera del matrimonio. Cuando viene la Constitución y luego lo recoge el Código Civil de 1984 vigente y después dice que no hay diferencia entre hijos, entonces la diferencia que había (que alcanzaba incluso a la herencia) se eliminó. O sea, el derecho constitucional invadió, por así decirlo, parte del derecho civil, no todo, sino los grandes principios. Así pues, cuando hablamos de un derecho civil constitucional (he visto que se han publicado algunas cosas), lo hacemos en tono coloquial, pero no existe una disciplina que se llame así. Hay que saber que eso implica, básicamente, que el derecho civil está compenetrado con los principios constitucionales, no en todo. Por ejemplo, el tercio de libre disposición que existe en nuestro código no es constitucional ni inconstitucional; es simplemente una opción política y punto. No quiero extenderme más con la paciencia y la tolerancia que me han dispuesto. Muchísimas gracias.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CIVIL EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO: LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO CIVIL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO PERUANO

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6092>

1. INTRODUCCIÓN

El derecho civil ha tendido a constitucionalizarse, tal como ocurre en otras ramas del sistema jurídico. A su vez, el derecho a la propiedad, el cual presenta un desarrollo detallado en la institución del derecho civil, tiene sus principios y cláusulas generales en el derecho constitucional. Debido a ello, es regulado en el capítulo III de la Constitución Política de 1993 y sus antecesoras.

En el marco de un Estado constitucional de derecho, hay aspectos del derecho civil que por su importancia en la vida de las personas han tenido que constitucionalizarse. Eso significó también que el derecho a la propiedad, recogido en el Código Civil de 1984, fuera incorporado, como derecho constitucional, en la Constitución Política de 1993, siguiendo la tradición constitucional de su antecesora, la Constitución de 1979.

Por ello, ante un contexto jurídico constitucionalizado, entendemos que el derecho a la propiedad, derecho civil por naturaleza, para poder interpretarse, debe encajar sus disposiciones, sus alcances y su contenido en lo dispuesto por la Constitución Política, así como considerar la interpretación vinculante dada por el mismo supremo intérprete de la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional (TC).

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Director fundador de la revista *Estado Constitucional*. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de derecho constitucional, de derecho procesal constitucional y de derechos humanos. Congresista de la república para el periodo 2020-2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 4 de marzo del 2021, que originó el Nuevo Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, el presente trabajo consiste en analizar el derecho a la propiedad en el tiempo, sus antecedentes históricos y su evolución. Otro extremo resaltante es examinar cómo la Constitución Política de 1993 describe el derecho a la propiedad y cuál es su contenido constitucional. Para ello, será necesario servirnos de lo que expone el TC al respecto.

Por otro lado, no podemos evitar estudiar lo que menciona el Código Civil de 1984 sobre el derecho a la propiedad, los artículos que lo regulan y sus nexos con la Constitución vigente. Lo expuesto será necesario para que al final detallemos lo que se comprende por la constitucionalización del Código Civil. Por último, brindaremos las conclusiones, en que uno de los puntos trascendentes es que el Código Civil de 1984 se mantuvo tras la emisión de la Constitución de 1993¹.

2. EL PERÚ COMO UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1 El modelo de Estado constitucional de derecho

La evolución de los modelos estatales que han asumido los países a lo largo de la historia responde a diferentes situaciones, como por ejemplo el caso del Estado constitucional de derecho, cuya adopción por parte de varias naciones europeas fue una respuesta al escenario surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Ciertamente, esta última generó una crisis en el modelo de Estado de derecho clásico (también denominado Estado legal de derecho) y del principio rector de legalidad (la ley era la norma básica y suprema dentro de dicho modelo estatal) que imperaba en dichas naciones.

Efectivamente, tras las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, y en el clima de posguerra, la concepción de la ley como norma básica del Estado generaba incertidumbre y desasosiego respecto al control legislativo que ostentaban las mayorías, toda vez que podrían restringir o quebrantar los derechos fundamentales² de las minorías derrotadas en los procesos electorales³.

1 La presente ponencia tuvo la colaboración de los colegas Rodrigo de la Torre, William Oblitas y Renzo Díaz, quienes con sus conocimientos e ideas han permitido concluir la satisfactoriamente.

2 A efectos de la presente ponencia, precisamos que los términos "derechos fundamentales" y "derechos constitucionales" se utilizarán como conceptos equivalentes, sin ser relevante su distinción para nuestro propósito, y siguiendo de esta forma la línea argumentativa de destacados autores. Véanse Peces-Barba (1999, pp. 37-38) y Castillo Córdova (2007, p. 81).

3 Al respecto, considero relevante citar a los profesores Gascón Abellán y García Figueroa (2005, p. 26), quienes han expresado sobre este mismo punto lo siguiente: "Justamente la nota de limitación al poder y garantía de los derechos que define el constitucionalismo es lo que explica que, con independencia de las variables experiencias históricas de cada país, la construcción del Estado Constitucional en el último siglo esté ligada al intento de romper con regímenes políticos de corte autoritario y refundar la organización política sobre un nuevo modelo de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa, pues en la factura de la Constitución italiana

Nuestro TC expresa al respecto que, para evitar retornar a un absolutismo parlamentario, es imprescindible mantener la jurisdicción constitucional, porque de lo contrario se estarán vulnerando los derechos de aquellos que no simpatizan con el gobierno de turno, quienes quedarían a la merced de una supuesta “mayoría” parlamentaria simpatizante del precitado gobierno⁴.

Siguiendo esta línea de argumentación, coincidimos con Javier Pérez Royo, quien ha expuesto que la necesidad de garantizar los derechos de las minorías y determinar medios efectivos para su protección ha significado un cambio en el paradigma para la gran mayoría de los Estados modernos y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Así, el mencionado jurista español ha señalado lo siguiente:

Garantías de las minorías frente a la mayoría parlamentaria, efectividad de los derechos fundamentales y distribución territorial del poder, son las tres grandes razones que motivaron la decisión del constituyente europeo de incorporar el control de constitucionalidad al Derecho Constitucional en el siglo xx. (Pérez Royo, 2012, p. 119)

Frente a este contexto, los planteamientos de Hans Kelsen tuvieron un gran impacto no solo por otorgarle a la Constitución la calidad de norma jurídica suprema; sino, además, por su propuesta de establecer un órgano jurisdiccional especializado, autónomo e independiente del resto de los poderes y órganos del Estado, encargado de la protección de dicha supremacía, y este encargo recayó en el TC⁵. En tal sentido, y para ampliar lo expuesto, nos permitimos citar al jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio (1980, p. 21), quien explica que

en la primera posguerra surgió el sistema preconizado por el ilustre Hans Kelsen, orientado en el sentido de establecer un tribunal constitucional especializado, al cual debía atribuirse de manera exclusiva el conocimiento de decisión de las cuestiones constitucionales, es decir, el Tribunal o Corte

(1947) y de la Ley Fundamental de Bonn (1949) jugaron un papel no desdeñable, consideraciones puramente empíricas: la experiencia nazi y fascista, donde en nombre de la legalidad vigente se habían producido los crímenes más execrables, aconsejaba adoptar catálogos (constitucionales) de derechos que se impusieran a cualquier política”.

4 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 00030-2005-PI/TC, fundamento jurídico 44.

5 Efectivamente, podemos advertir que, tras la Segunda Guerra Mundial y la culminación de los denominados juicios de Núremberg, los planteamientos de Hans Kelsen tuvieron mayor impacto y relevancia, puesto que, siguiendo al jurista Manuel García-Pelayo (1981), “dicha noción de órgano constitucional ... entró en una cierta penumbra hasta el período del nuevo constitucionalismo europeo que sigue a la Segunda Guerra Mundial, en el que el concepto de órgano constitucional adquiere una gran relevancia en la doctrina y en la praxis jurídico-públicas alemana e italiana ..., tal concepto es lógicamente coherente con la idea del Estado constitucional de Derecho de nuestro tiempo, con la idea de que los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su status y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución” (p. 13).

Constitucional, que fue implementado en las Cartas Fundamentales de Austria y Checoslovaquia ... *Después de la tremenda experiencia de las dictaduras nazifascistas y de la Segunda Guerra Mundial, la balanza se ha inclinado por los tribunales constitucionales especializados* [énfasis añadido].

Ciertamente, la propuesta de Hans Kelsen significaba un cambio radical en la concepción del modelo de Estado de derecho, puesto que incorporaba el principio de supremacía constitucional y la figura del TC, nociones que no se encontraban previstas hasta ese entonces. Al respecto, los profesores Gascón Abellán y García Figueroa (2005, p. 25) han explicado lo siguiente:

Suele decirse que el Estado constitucional es un estadio [sic] más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación [énfasis añadido]: si el Estado legislativo de derecho había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el Estado constitucional de derecho supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. *Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad* [énfasis añadido].

De esta forma, podemos advertir que el modelo estatal planteado por Hans Kelsen fue una respuesta al modelo de Estado de derecho clásico o también denominado Estado legal de derecho, el cual se encontraba instaurado en la mayoría de los países europeos hasta la Segunda Guerra Mundial y que tenía como estandarte al principio de legalidad, que determinaba el imperio irrestricto de la ley y otorgaba gran poder a las mayorías parlamentarias y a los gobernantes de turno.

Por lo tanto, alcanzamos a concluir que el modelo estatal originado por los planteamientos de Hans Kelsen, denominado Estado constitucional de derecho, es una evolución del Estado de derecho clásico, y se sustentó en el principio de la supremacía constitucional y conllevó la creación de los tribunales constitucionales, el cual —como expondremos a continuación— fue el modelo estatal asumido por el constituyente peruano en la Constitución Política de 1993⁶.

2.2 El modelo estatal asumido por el Estado peruano actual

En el apartado anterior hemos afirmado que, para comprobar si un Estado ha adoptado el modelo estatal kelseniano (Estado constitucional de derecho), debe cumplir con asumir que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico estatal y que como consecuencia de ello se requiere de un garante, como son los tribunales

6 Cabe precisar que este también es el modelo asumido por el poder constituyente peruano de la Constitución Política de 1979, puesto que sus artículos 87 y 296 reconocían, para nuestro Estado, el principio de supremacía constitucional y el Tribunal de Garantías Constitucionales (antecesor del actual Tribunal Constitucional), respectivamente.

constitucionales. A partir de lo anterior, podemos afirmar que el modelo estatal asumido por el poder constituyente peruano es el de un Estado constitucional de derecho, puesto que la Constitución Política de 1993 ha determinado en su artículo 51 lo siguiente: "Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

Esta disposición constitucional determina la intención del constituyente de que el Estado peruano asuma el principio de supremacía constitucional, y esta es una característica fundamental del modelo de Estado constitucional de derecho⁷. En relación con este principio contenido en la precitada disposición constitucional, nuestro TC ha declarado lo que sigue: "El artículo 51 de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía y supremacía normativas de la Constitución, dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente"⁸.

En tal sentido, y conforme a lo expuesto, son dos las características básicas requeridas para que podamos afirmar que estamos frente a un Estado constitucional de derecho. Así, se ha concluido que tenemos el principio de supremacía constitucional instaurado expresamente en nuestra Constitución Política.

De esta misma forma, en los artículos 200.4⁹, 201¹⁰ y 202.1¹¹ de la propia carta fundamental se determina la instauración del denominado "control concentrado" o control constitucional de las leyes¹², y se encarga dicho control a nuestro TC. En efecto, el poder constituyente peruano, al instaurar la figura del TC en nuestra normativa constitucional y en

7 En este extremo, cabe precisar que nuestro Tribunal Constitucional ha enfatizado en su jurisprudencia vinculante que el artículo 51 de nuestra Constitución Política sustituye el concepto de una supuesta soberanía parlamentaria (principio de legalidad) a favor del principio de supremacía constitucional, que determina que la obra y voluntad de nuestro poder constituyente, la Constitución, es la norma suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 05854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3.

8 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 00022-2004-AI/TC, fundamento jurídico 13.

9 "Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente".

10 "Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

...

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo".

11 "Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad".

12 Al respecto, nuestro TC ha declarado que "el objeto de la acción de inconstitucionalidad es efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, ya sea por la forma o por el fondo. Se trata, pues, de un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma,

la estructura básica y esencial de nuestro Estado, ha consumado otra de las características principales del modelo de Estado constitucional de derecho: que el Estado tenga un órgano jurisdiccional garante de la supremacía constitucional, y el ente elegido es el TC.

De ahí que, podemos concluir que este poder constituyente ha deseado adoptar el modelo estatal planteado por Hans Kelsen, con lo cual ha coincidido nuestro TC al manifestar que para que se diera el tránsito hacia un Estado constitucional de derecho tuvo que afirmarse la tesis respecto al carácter de la Constitución Política como norma jurídica y vinculante tanto de todo poder, fuese este de carácter público o privado, como de la sociedad en su conjunto¹³.

Es importante tener en cuenta esto último, más aún en un país como el nuestro, cuya historia republicana se ha caracterizado por una seguidilla de dictaduras militares y civiles, las cuales, en su mayoría, han impuesto su propia Constitución para validar sus regímenes arbitrarios, que han afectado los derechos de los ciudadanos y el orden constitucional¹⁴.

Así entonces, al asumir que nuestra carta constitucional es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico peruano, se imposibilita que cualquier otra norma o acto, sea de carácter público o privado, pueda contravenirla. Esto a su vez exige tener un órgano jurisdiccional que sea el protector de dicha supremacía normativa, lo cual requiere que se mantenga autónomo e independiente del resto de los poderes y órganos estatales para que pueda cumplir con tan importante tarea¹⁵.

Por lo antes expresado, podemos concluir en este acápite que el actual modelo estatal asumido por el poder constituyente peruano es el de un Estado constitucional de derecho, puesto que, en su propia obra, la Constitución Política de 1993, se determina de forma expresa que es la norma suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico estatal y, asimismo, se establece que su protector es el TC, con lo cual se cumple con las características del modelo kelseniano que previamente hemos descrito.

en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional, sino, única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso" (Sentencia del Tribunal Constitucional 0003-2004-AI/TC, fundamento jurídico 2).

13 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 05854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 3.

14 Afirmamos lo previamente señalado porque en nuestra historia republicana tenemos doce constituciones que han regido el Estado peruano desde su independencia y fundación: (1) Constitución de 1823, (2) Constitución de 1826, (3) Constitución de 1828, (4) Constitución de 1834, (5) Constitución de 1839, (6) Constitución de 1856, (7) Constitución de 1860, (8) Constitución de 1867, (9) Constitución de 1920, (10) Constitución de 1933, (11) Constitución de 1979 y (12) Constitución de 1993. Al respecto, para mayor estudio, revítese la obra de Carlos Ramos Núñez (2018).

15 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 0006-2019-CC/TC, fundamento jurídico 162.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 Y EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

3.1 Las disposiciones de la Constitución Política de 1993 relativas al derecho a la propiedad

Uno de los derechos civiles que se encuentran avalados constitucionalmente es el derecho a la propiedad. Este se encuentra regulado en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993¹⁶; pero, de forma más precisa y amplia, se ubica en el capítulo III, denominado “De la propiedad”, de la carta fundamental —desde el artículo 70 hasta el 73¹⁷—.

Al respecto, la propiedad es entendida en el derecho actual como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia de derecho. Así que, tal como se puede evidenciar en la Constitución Política de 1993, en el título referido a la propiedad, no se diferencia a las personas del derecho privado del público. A su vez, cabe precisar que, en dicho dispositivo, se antepone que todo desarrollo del derecho privado debe llevarse a cabo en armonía con el bien común.

En el artículo 71 de nuestra Constitución Política, se brinda igual condición sobre la propiedad tanto a nacionales como a extranjeros, posiblemente con la finalidad de promover la inversión privada en suelo patrio. Sin embargo, a su vez, le antepone las

16 “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

...

16. A la propiedad y a la herencia”.

17 “Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 72.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”.

limitaciones que la ley le señala, dentro de las cuales encontramos la de no adquirir bienes de actividades estratégicas (bosques, aguas, etcétera) dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

Lo expuesto se complementa con el artículo 72 de la Constitución, en el cual se refiere que, por razones de seguridad nacional y de forma solo temporal, se pueden establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición de determinados bienes. De esta forma, guarda consonancia con los estados de excepción establecidos también en la Constitución.

Siguiendo con las disposiciones constitucionales, el artículo 73 menciona los bienes de dominio público y describe que son inalienables e imprescriptibles, pues entendemos que el Estado puede tener dominio sobre el espacio terrestre y marítimo que le corresponde. Empero, no se excluye la posibilidad de que pueda ceder la explotación a terceros sobre ellos. Un ejemplo sería el de las tierras eriazas, una vez que han sido aplicadas a un proyecto de desarrollo urbano (la denominada construcción de vivienda social) o irrigación.

Debemos precisar que el dominio público al que se refiere el artículo 73 tiene que diferenciarse del término “bienes de uso público”, dado que está destinado a que lo utilicen todas las personas indistintamente, sin que se establezca de forma particular un derecho individual o colectivo. Cabe señalar que esta configuración del derecho a la propiedad es muy similar a lo estipulado en su momento en la Constitución de 1920:

Las principales reformas sociales que incorpora la Constitución de 1920 son las siguientes: el sometimiento de la propiedad, cualquiera que fuese el propietario, exclusivamente a las leyes de la República; la identidad de la condición de los extranjeros y peruanos en cuanto a la propiedad, sin derecho a invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas; la prohibición de que los extranjeros adquiriesen o poseyeran tierras, aguas, minas o combustibles en una extensión de 50 km distante a las fronteras; el establecimiento por la ley, en nombre de razones de interés nacional, de restricciones y prohibiciones especiales, para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad; la declaración de protección del estado a la raza aborígen, y el reconocimiento expreso (destinado a tener revolucionarias consecuencias) de la existencia legal de las comunidades indígenas¹⁸.

Asimismo, podemos advertir que su antecesor más directo, la Constitución de 1979, también tuvo en cuenta regular todo lo relacionado con el derecho a la propiedad en su capítulo III del título III, “Del régimen económico”, específicamente desde el artículo 124

18 Ramos Núñez (2018, pp. 89-90) realiza esta afirmación sustentándose en Basadre (1983, p. 244) [nota al pie del autor].

hasta el 129¹⁹, y determinó no solo un derecho de los ciudadanos, sino también deberes y límites para su ejercicio, uno de los cuales es que sea practicado en armonía con el interés social.

Entonces, el actual tratamiento constitucional del derecho a la propiedad evidencia el carácter evolutivo del derecho, siguiendo la línea trazada por constituciones anteriores, pero enfatizando la protección de la propiedad privada, incentivando las inversiones de capital extranjero y señalando límites bajo supuestos específicos y justificados como la expropiación o contextos extraordinarios de estados de excepción.

3.2 El contenido constitucionalmente protegido determinado por el Tribunal Constitucional

La Constitución Política del Perú regula el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, ya que se encuentra contenido en el artículo 2 de la carta magna, ello sin perjuicio de darle un desarrollo desde el artículo 70 hasta el 73 de la misma norma fundamental. Al respecto, el TC peruano no ha sido ajeno a analizar e interpretar²⁰ el derecho a la propiedad. Así entonces, ha interpretado las citadas disposiciones constitucionales de la siguiente forma:

La propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en

19 "De la Propiedad:

Artículo 124.- La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.

Artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.

Artículo 126.- La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.

Artículo 127.- La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación.

Artículo 128.- Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados.

Artículo 129.- El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. Garantiza asimismo y en igual forma, los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos".

20 Véase el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo 1 del Reglamento del Tribunal Constitucional.

la organización y desarrollo de un sistema económico-social. No sólo es un derecho subjetivo (artículo 2, incisos 8 y 16 de la Constitución), sino también una garantía institucional (artículo 70 de la Constitución), razón por la cual el Estado, al garantizar la inviolabilidad de la propiedad, considera que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley. Acorde a las finalidades del Estado social y democrático, se reconoce la función social de la propiedad, que se sustenta en la doble dimensión de este derecho. Las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación²¹.

De igual forma, el mismo TC precisa uno de sus pronunciamientos más resaltantes sobre la materia:

El derecho de propiedad, reconocido por el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad²².

Por otro lado, tiene límites, como bien señala nuestro TC:

El derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. Existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio este derecho: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución²³.

Sobre el caso de la expropiación, el TC ha declarado lo siguiente:

21 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 0864-2009-PA/TC, fundamento jurídico 19 [nota al pie del autor].

22 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 7364-2006-PA/TC, fundamento jurídico 6 [nota al pie del autor].

23 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 0864-2009-PA/TC, fundamento jurídico 20 [nota al pie del autor].

No obstante la protección constitucional del derecho de propiedad, el mismo artículo 70 de la Constitución, con fundamento en la prevalencia del bien común, contempla la figura de la expropiación como potestad del Estado; esto es, la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular. Por ello, puede considerarse que la propiedad es un derecho que puede ser sacrificado en cualquier momento si así lo exige la seguridad nacional o la necesidad pública, según lo señala el artículo 70 de la Constitución.

...

Así pues, las entidades de la Administración Pública tienen el deber constitucional de respetar el derecho de propiedad. Por consiguiente, cuando requieran bienes inmuebles, deben obrar con sujeción al principio de legalidad y al derecho al debido proceso; es decir, que para que el derecho de propiedad pueda ser adquirido válidamente mediante el acto de expropiación se requiere que exista una ley del Congreso de la República que exprese alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación. Por ello, los actos de expropiación de hecho resultan inconstitucionales²⁴.

En esta misma línea, tenemos lo expresado en cuanto a la expropiación, que es una forma de restricción válida y constitucional al derecho a la propiedad, respecto a la cual el Tribunal ha declarado lo siguiente:

Del derecho a la propiedad se deriva la garantía provista por la Constitución para impedir que se le prive arbitrariamente de la misma, sino sólo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. Esto es lo que se llama expropiación, la cual consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (artículo 2° de la Ley General de Expropiaciones, Ley N.º 27177). Así, se le debe entender como una potestad del Estado de la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular²⁵.

Podemos colegir que nuestro TC ha desarrollado los parámetros constitucionales del derecho a la propiedad, dado que en su interpretación menciona que la inviolabilidad de la propiedad no solo debe interpretarse como prohibición de intervenciones al libre ejercicio de dicho derecho, sino también como garantía de indemnidad, es decir, de la conservación del patrimonio y el reconocimiento constante de este a su propietario.

24 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 3258-2010-PA/TC, fundamentos jurídicos 6 y 9 [nota al pie del autor].

25 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 0864-2009-PA/TC, fundamento jurídico 21 [nota al pie del autor].

Todo lo antes señalado, en cuanto a lo regulado en la Constitución y lo descrito por la jurisprudencia vinculante del TC²⁶, se desarrolla bajo la misma coherencia en el Código Civil; lo que el constituyente peruano hizo fue recoger este derecho civil y elevarlo a nivel constitucional para dotarlo de mayor protección, sin alterar ni desnaturalizar su contenido.

Al respecto, tenemos que precisar, sobre lo previamente señalado, que las disposiciones del Código Civil fueron en su momento recogidas a partir de lo determinado en la Constitución de 1979, que en su capítulo III del título III, "Del régimen económico", desde el artículo 124 hasta el 129, que tenía como denominación "De la propiedad", regulaba todo lo relacionado con el derecho a la propiedad. Más aún si tenemos en cuenta que la carta de 1979 (Kresalja & Ochoa, 2012, p. 45) fue la primera en establecer un modelo económico para el Estado peruano y, como tal, determinar dentro de este las libertades económicas a ejercerse.

A esto debemos precisar que la Constitución Política de 1993 tiene una visión que impulsa el desarrollo económico y protege la esfera privada de las libertades económicas, como el derecho a la propiedad (Kresalja & Ochoa, 2012, pp. 64-72). Y con el TC como garante, y conforme lo hemos expuesto en la presente ponencia, se fortalece ampliamente este derecho en el ámbito jurídico peruano, al desarrollar sus contenidos, alcances y límites.

4. CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

En este acápite podemos iniciar exponiendo que el derecho a la propiedad en el Código Civil de 1984 se encuentra detallado en el título II, del artículo 923 al 998. En tales apartados se expresa que el derecho a la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, y que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de ley.

El código mencionado también refiere cuáles son los límites al ejercicio del derecho a la propiedad. Por ejemplo, nos precisa que aquella persona que sufre o está amenazada de un daño —ya sea porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho— puede exigir que se restituyan los hechos al estado anterior, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

En efecto, el Código Civil refiere que uno de los límites del derecho a la propiedad es el abuso del derecho, pero a su vez establece que se puede restringir el derecho a la propiedad por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social.

26 Véase el artículo VII del título preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

De igual forma, sobre la extinción de la propiedad, el Código Civil, en su artículo 968, indica que la extinción de la propiedad se da por las siguientes causas:

- a. Adquisición del bien por otra persona.
- b. Destrucción o pérdida total o consumo del bien.
- c. Expropiación.
- d. Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

Podemos evidenciar que el derecho a la propiedad en el Código Civil tiene un desarrollo acorde con nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en el cual se protege la propiedad. En tal sentido, es importante recalcar que lo que regula el Código Civil sobre el derecho a la propiedad también se desarrolla en nuestra Constitución y la jurisprudencia del TC previamente expuesta, bajo los mismos contenidos, términos y límites. Y es que el derecho a la propiedad que está normado por el Código Civil de 1984 fue la base de su regulación constitucional actual, puesto que este es un cuerpo normativo que es previo y sobrevive a la Constitución actual y vigente de 1993.

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

Conforme a lo desarrollado en los primeros apartados de la presente ponencia, la importancia que posee el derecho a la propiedad, en la vida diaria de todos los ciudadanos, ha encaminado a que este derecho civil trascienda el propio Código Civil y sea constitucionalizado, para que, elevado en la Constitución actual, no solo se ratifique su trascendencia, sino que se le otorguen mayores garantías de protección y tutela.

Efectivamente, según lo que hemos concordado en esta ponencia, lo determinado por el Código Civil y el derecho a la propiedad reconocido en este se mantienen vigentes hasta ahora, inclusive cuando fue promulgado antes de la Constitución Política de 1993 y lo regular es que la aprobación de este último supusiera su derogación automática. Podemos advertir que los legisladores, a través de sus leyes y los jueces a través de su jurisprudencia, tendieron los puentes necesarios para que esta Constitución, dada posteriormente a un Código Civil reconocido por ser una norma de alto valor técnico y con veinte años de vigencia, logre establecer una armonía entre ambas normas.

Y es aquí donde podemos apreciar lo que denominábamos la constitucionalización del derecho civil, que para Pilar Gutiérrez Santiago significa que la Constitución penetra en el derecho civil mediante su valor constitucional supremo, dentro de la jerarquía normativa y su eficacia directa propia de un Estado constitucional de derecho, como es el Estado peruano. Pero, además de por esas vías, lo hace a través de mecanismos de interpretación e integración en la aplicación judicial de la norma civil. En efecto,

la misma profesora Gutiérrez Santiago, al conceptualizar la constitucionalización del derecho civil, lo explica de la siguiente forma:

La Constitución penetra en el Derecho Civil mediante su valor posicional supremo dentro de la jerarquía normativa y su eficacia directa; pero, además de por esas vías, lo hace asimismo a través de mecanismos de interpretación e integración en la aplicación judicial de la norma civil.

La Constitución actúa como el eje que informa la interpretación de todas las normas jurídicas y, en consecuencia, el Juez (o el jurista en general) ha de interpretar las normas e instituciones civiles desde el prisma constitucional. (2011, p. 75)

A partir de lo señalado podemos afirmar que la Constitución actúa como el eje que informa la interpretación de todas las normas jurídicas y, en consecuencia, el juez o el jurista en general va a interpretar las normas y las instituciones civiles a partir y desde la Constitución Política²⁷. Así, podemos señalar que el derecho a la propiedad en la historia peruana ha pasado de una concepción privada a formar parte de un sistema jurídico que protege el estado de bienestar. Ello se ve evidenciado cuando a tal derecho se le pone el límite del interés común o se condiciona al abuso de derecho (Kresalja & Ochoa, 2012, pp. 61-62).

Esto último ya lo explicamos al momento de desarrollar la regulación contenida en nuestra Constitución Política respecto al derecho a la propiedad, el cual es concebido como un derecho fundamental determinado desde el artículo 70 hasta el 73 de dicha norma fundamental, y que posee un desarrollo constitucional de su contenido a partir de lo determinado por nuestro TC, ente que ha concluido que el derecho a la propiedad no debe interpretarse solamente como prohibición de intervención al libre ejercicio del derecho, sino también como garantía de indemnidad, es decir, de la conservación del patrimonio y el reconocimiento constante de este a su propietario, el titular del derecho²⁸.

Por lo tanto, podemos inferir que el derecho civil ha tendido a constitucionalizarse, como ocurrió con las otras ramas del sistema jurídico dentro del Estado constitucional de derecho. A su vez, el derecho a la propiedad, el cual presenta un desarrollo detallado en la institución del derecho civil, tiene sus principios y cláusulas generales en el derecho constitucional. Pero lo resaltante en este acápite es que regularmente son las nuevas constituciones las que dan pie a la creación de nuevos códigos o normas materiales o procesales.

27 Véase el artículo VII del título preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

28 Conforme lo hemos expuesto y desarrollado en el acápite 3.2 de la presente ponencia.

En este caso, vino a ser diferente, ya que el Código Civil de 1984 se mantuvo en el tiempo tras la emisión de la Constitución de 1993, y dicho código fue una de las bases del texto constitucional actual (específicamente, la Constitución lo regula en el capítulo III de su contenido), aunque, conforme hemos señalado, lo dispuesto en el Código Civil tuvo como antecedente lo que establecía la Constitución de 1979.

Entonces, el derecho a la propiedad ejemplifica lo que debemos entender por constitucionalización del derecho civil. En mérito al contexto político-social del Perú, es importante entender que este derecho civil, perteneciente a la categoría de derechos reales, ha sido constitucionalizado, en otras palabras, incorporado a la normativa de la Constitución Política como derecho constitucional. Por lo que, más allá de lo señalado por el Código Civil de 1984, el que se encuentre la propiedad en la carta constitucional le otorga una garantía suprema, pues es un derecho constitucional y fundamental. No obstante, como todo derecho, no es absoluto y se encuentra limitado, acorde con lo expuesto en la presente ponencia.

6. CONCLUSIONES

Con el paso del tiempo, el derecho a la propiedad se ha ido transformando desde ser una concepción privada hasta terminar siendo parte de un sistema jurídico, cuyo interés es construir y proteger el Estado de bienestar. La principal evidencia de lo mencionado se demuestra cuando dicho derecho se encuentra en el límite del interés común o se le condiciona con el abuso del derecho.

La Constitución Política del Perú regula el derecho a la propiedad como un derecho fundamental, ya que se encuentra contenido en el artículo 2 de la carta magna, ello sin perjuicio de darle un desarrollo desde el artículo 70 hasta el 73.

De esta forma, tenemos que el derecho a la propiedad puede interpretarse de dos formas según el TC. Una de las interpretaciones es concebirlo como prohibición de intervenciones al libre ejercicio de dicho derecho y la otra como garantía de indemnidad, entendiéndose al reconocimiento constante de aquel a su propietario y a la conservación del patrimonio.

Por otra parte, el sistema jurídico ha necesitado incluir al derecho civil como otra de sus ramas. Asimismo, he de señalar que el derecho a la propiedad, el cual presenta un desarrollo detallado en la institución del derecho civil, tiene sus principios y cláusulas generales en el derecho constitucional. Debido a ello, la Constitución lo regula en el capítulo III de su contenido.

Concluimos que es importante reconocer que una de las bases sobre las que se construyó la Constitución Política de 1993 es el Código Civil de 1984, que es anterior a aquella, ya que ha coexistido con la actual carta constitucional en el sistema jurídico

hasta la actualidad. Solo basta que el Estado y sus entes jurisdiccionales garanticen el derecho de todos los ciudadanos, obviamente dentro de los límites que permite la propia Constitución y que ha señalado el TC, que es su supremo intérprete.

REFERENCIAS

- Basadre, J. (1983). *Historia de la República del Perú (1822-1933)* (7.ª ed., corregida y aumentada). Editorial Universitaria.
- Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores.
- Fix-Zamudio, H. (1980). *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- García-Pelayo, M. (1981). El "status" del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), 11-34.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales* (2.ª ed.). Palestra Editores.
- Gutiérrez Santiago, P. (2011). La constitucionalización del derecho civil. *Estudios de Derecho*, 68(151), 51-86. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/10090/9293>
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado.
- Ramos Núñez, C. (2018). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Tribunal Constitucional del Perú; Centro de Estudios Constitucionales.
- Pérez Royo, J. (2012). *Curso de derecho constitucional* (13.ª ed.). Marcial Pons.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 0003-2004-AI/TC (Lima). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 0006-2019-CC/TC (Lima). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 00022-2004-AI/TC (Lima). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 00030-2005-PI/TC (Lima). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional.

Sentencia del Tribunal Constitucional 0864-2009-PA/TC (Lima). Tribunal Constitucional:
Sala Primera.

Sentencia del Tribunal Constitucional 3258-2010-PA/TC (Lima). Tribunal Constitucional:
Sala Primero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 5854-2005-PA/TC (Lima). Tribunal Constitucional:
Pleno Jurisdiccional.

Sentencia del Tribunal Constitucional 7364-2006-PA/TC (Lima). Tribunal Constitucional:
Sala Segunda.

REFLEXIONES SOBRE LA OBSERVANCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN DIVERSOS ACTOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL

MARÍA DE LOURDES ZAMUDIO SALINAS*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6093>

En la línea de lo que señala la invitación a este seminario internacional que se realiza en el contexto del 40 aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que busca entrar en la reflexión sobre la influencia del derecho constitucional en las instituciones reguladas en el Código Civil, pretendemos plantear algunas reflexiones sobre un derecho fundamental que va a estar presente en cualquier acto civil o regulado por el Código Civil.

Hemos escogido un derecho fundamental de última generación, más que oportuno de observar en la era digital en la que nos encontramos. Me refiero al derecho a la protección de datos personales.

La razón es que los datos personales se utilizan para celebrar y ejecutar cualquier acto regulado por el Código Civil, sea el realizado por una sola persona, como puede ser el testamento; o por dos personas, como en el caso del matrimonio o un contrato, entre otros. No hay acto civil que no requiera el tratamiento de datos personales y por lo tanto estará presente el deber de respetar el derecho fundamental a la protección de datos personales, en virtud de lo que dispone su normativa general vigente.

* Abogada por la Universidad de Lima, con Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro nata de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (2003-2008). Experta invitada de la Red Iberoamericana de Protección de Datos desde el 2008. Miembro fundadora y secretaria de actas y legislación de la Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales y Acceso a la Información (Monterrey, México; 2011-2013). Experta certificada en protección de datos. IAIT G. Institute of Audit & IT-Governance. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Consultora, articulista y expositora nacional e internacional en materia de protección de datos. Miembro de la comisión consultiva que en calidad de especialista asesoró a la comisión multisectorial encargada de elaborar el Reglamento de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, creada mediante la Resolución Suprema 180-2011-PCM. Miembro de la comisión especial encargada de proponer el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales y elaborar las propuestas legislativas y administrativas que correspondan, creada por Resolución Ministerial 094-2002-JUS. Profesora sobre la materia de protección de datos en la Universidad de Lima, ESAN y UNED.

En el Perú este derecho fundamental de la protección de datos personales está reconocido constitucionalmente desde 1993 en el artículo 2, inciso 6; y, a diferencia de los otros derechos, salvo el de acceso a la información pública, tiene además una norma de desarrollo constitucional que se concreta en el 2011, a través de la Ley 29733, que es la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante la Ley), norma que además crea la autoridad administrativa de control sobre la materia, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. La Ley es reglamentada en el 2013, mediante el Decreto Supremo 003-2013-JUS.

El Código Civil, en su libro I, "Derecho de las personas", hace referencia a algunos derechos fundamentales de manera expresa, tales como los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad personal y familiar, a la imagen, a la voz, al nombre y al domicilio, y lo hace de una manera enunciativa, pues en su artículo 5, cuando habla de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, va a incluir a todos los derechos, señalando que siendo "inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión". Nosotros vamos a referirnos justamente a alguno de estos otros derechos inherentes a la persona humana, partiendo del cuestionamiento siguiente: ¿hoy en día es posible abordar alguna institución del derecho civil sin observar lo que dispone la Constitución sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, así como las normas que lo desarrollan?

Consideramos que la respuesta es negativa en el marco de nuestro Estado constitucional de derecho.

1. RAZONES DE LA OBSERVANCIA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LOS ACTOS CIVILES

Al tratarse de un derecho fundamental, su observancia es de cumplimiento obligatorio, entre otras, por las siguientes razones: está reconocido en la Constitución (artículo 2, inciso 6); es propio de la dignidad de la persona humana, que la sociedad y el Estado deben defender como su fin supremo, conforme al artículo 1 constitucional, y nos encontramos en el marco de un Estado constitucional de derecho, que tiene como uno de sus deberes primordiales el de "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos", conforme al artículo 43 de nuestra carta fundamental.

Si queremos buscar fundamentos en el mismo Código Civil, podemos hacer referencia al artículo V de su título preliminar, que señala que "es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres", sin hacer referencia al análisis de la nulidad del acto jurídico, que no es nuestro objetivo; la Ley que desarrolla constitucionalmente el derecho a la protección de datos personales, Ley 29733, es una norma de orden público. A mayor abundamiento, lo señala el artículo

1 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 003- 2013-JUS (en adelante el Reglamento de la Ley): “El presente reglamento tiene por objeto desarrollar la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales ... Sus disposiciones constituyen normas de orden público y de cumplimiento obligatorio”.

Asimismo, el ya mencionado artículo 5 del Código Civil reconoce que los derechos “inherentes a la persona humana son irrenunciables”; su artículo 17 establece su defensa, cuando señala que “la violación de cualquiera de los derechos de la persona ... confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos”.

Resulta indiscutible la aplicación directa del artículo 2, inciso 6, constitucional, que reconoce el derecho a la protección de datos personales, al tratamiento de la información personal en los actos regulados por el Código Civil; así como la norma de desarrollo de dicho derecho, la Ley de Protección de Datos personales, Ley 29733 (2011) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 003-2013-JUS (2013).

Para la realización de toda actividad, tanto privada como pública, siempre ha sido, es y seguirá siendo necesario el tratamiento de los datos personales. Estando en la tercera década del siglo XXI, nos encontramos en una sociedad en la que el uso de los datos de las personas es cada día más intenso e indispensable para el desarrollo de la vida individual y social. Esta realidad es más evidente en la sociedad digital actual, caracterizada por el uso y la adopción, en la vida cotidiana, de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Zamudio Salinas (2020, p. 334) señala lo siguiente:

Esta sociedad de la información, de la globalización de las comunicaciones, del imparable incremento de la tecnología y de sus capacidades, permite la recopilación y el tratamiento de los datos personales de maneras antes inimaginables, a gran escala, en tiempo real y a nivel mundial, sin respetar fronteras.

Lo que, si bien es cierto trae ventajas, también supone riesgos para los derechos de las personas como consecuencia de un tratamiento indebido de sus datos personales.

2. ASPECTOS BÁSICOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales en el Perú se da en la Constitución Política de 1993¹, por medio de su artículo 2, inciso 6, cuando señala que “toda persona tiene derecho: ... 6. A que los servicios informáticos

1 La regulación sobre la protección de datos personales en el Perú surge dentro de un contexto normativo internacional y concretamente regional que lo condiciona y explica. Véase Zamudio Salinas (2012, 2014).

computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar”.

Con la Ley de Protección de Datos Personales, Ley 29733, se desarrolla dicho derecho, al aprobarse una norma de carácter general sobre la materia que reconoce al titular del dato determinados derechos² y establece una serie de principios³ a los que debe someterse todo tratamiento de datos personales, sea por parte del titular del banco de datos⁴ o responsable del tratamiento⁵, o encargado de este⁶, o cualquier persona que intervenga en alguna actividad del tratamiento, sea que pertenezca al sector público o al privado.

Para el artículo 2, inciso 4, de la Ley, el dato personal es “toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”. Por ello, dentro del concepto de datos personales podemos encontrar nombres; direcciones; correos electrónicos; estado civil; edad; números telefónicos; números de cuentas bancarias; ingresos económicos; ideología; creencias religiosas, políticas y culturales; la imagen de una persona en una fotografía o en un video; su voz; datos biométricos; fecha de nacimiento; los datos de salud; origen racial o étnico; la placa de un vehículo; datos de localización, la pertenencia a asociaciones; antecedentes personales; etcétera.

2.1 Contenido esencial

El derecho a la protección de datos personales le confiere a su titular un poder de disposición y control de su información personal.

El Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha resaltado este poder de control que le corresponde al titular de la información, cuando ha definido al derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa, como normalmente lo denomina nuestro alto Tribunal. Así lo hace, por ejemplo, en la Sentencia 04729-2011-PHD/TC, fundamento jurídico 4, en que señala lo siguiente:

2 Artículos 18 a 24.

3 Artículos 4 a 11.

4 Artículo 2, inciso 17: “Titular del banco de datos personales. Persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad”.

5 Artículo 2, inciso 14, del Reglamento de la Ley: “Responsable del tratamiento: Es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales”.

6 Artículo 2, inciso 10, del Reglamento de la Ley: “Encargado del tratamiento: Es quien realiza el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser el propio titular del banco de datos personales o el encargado del banco de datos personales u otra persona por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento de datos personales por orden del responsable del tratamiento cuando este se realice sin la existencia de un banco de datos personales”.

El derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.

El poder de control que le concierne a la persona titular del dato se ejerce independientemente de que quien esté tratando su información sea una entidad del Estado o un particular, persona natural o jurídica⁷, control que tiene como uno de sus fines fundamentales el contrarrestar posibles extralimitaciones en el tratamiento del que sea objeto su información personal.

Los derechos que le corresponden al titular de la información y los principios que deben guiar y ser obligatoriamente observados en toda actividad de tratamiento configuran el contenido esencial de este derecho a la protección de datos personales, porque es en virtud de su observación y cumplimiento que se podrá considerar que se está frente a un debido tratamiento de la información y que su titular goza de las facultades de disposición y control propias de este derecho (Zamudio Salinas, 2020, p. 338).

Constituye un deber para el responsable del tratamiento (lo que a su vez es un derecho del titular de la información) la necesidad de informar, de manera previa, clara y expresa, sobre las condiciones del tratamiento al que serán sometidos los datos personales.

Los derechos que la Ley reconoce al titular de la información son los siguientes:

- Derecho de acceso
- Derecho de actualización, inclusión, rectificación y supresión
- Derecho a impedir el suministro
- Derecho de oposición
- Derecho al tratamiento objetivo
- Derecho a la tutela

7 Salvo que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la ley, lo que está regulado en el artículo 3: "Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales: 1. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar. 2. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito".

Derechos que internacionalmente y en documentos de la Autoridad Nacional de Protección de Datos se reúnen en el acrónimo ARCO⁸.

Los principios a los que obligatoriamente deben ajustarse los responsables del tratamiento, los encargados de este y, en general, todos los que intervengan en alguna etapa del tratamiento de los datos personales son de manera enunciativa, según el texto de la Ley, los siguientes:

- Principio de legalidad
- Principio de consentimiento
- Principio de finalidad
- Principio de proporcionalidad
- Principio de calidad
- Principio de seguridad
- Principio de disposición de recurso
- Principio de nivel de protección adecuado

Como hemos señalado, en virtud del derecho a la protección de datos personales, el titular de la información debe poder disponer y controlar su información personal. El poder de control del titular del dato lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la recaída en el Expediente 01127-2013-HD/TC, fundamento jurídico 6:

El ámbito constitucionalmente garantizado del derecho a la autodeterminación informativa protege la potestad del titular de sus datos de controlar si, y hasta qué punto, otras personas “tienen el derecho a exponer en público una imagen de la vida de una persona en su totalidad o en acontecimientos determinados de la misma” [Ernest Denninger,...1987] y éste depende exclusivamente de su titular, y no está sujeto a la autorización, (o a la concesión) de ninguna autoridad pública.

El poder de disposición de los datos se concretará con el consentimiento para el tratamiento, salvo los supuestos de excepción a él establecidos por Ley⁹.

El control sobre la información personal se concretará a través de los derechos que le corresponden a la persona como titular de sus datos, para lo cual la Ley le reconoce los

8 Visualizado al 31 de mayo del 2021 en <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/09/Tus-Datos-Personales-est%C3%A1n-Prottegidos-%E2%80%93-Ley-N%C2%B0-29733-1.pdf> y en <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/02/Cartilla-Derecho-Fundamentalok.pdf>

9 Ley 29733, artículo 14.

derechos (ARCO) —ya mencionados— de acceso; de actualización, inclusión, rectificación y supresión; a impedir el suministro; de oposición; al tratamiento objetivo, y a la tutela. Derechos a través de los cuales le será posible conocer cómo se está realizando el tratamiento al que está sometida su información personal y si dicho tratamiento se ajusta a lo autorizado y lo dispuesto por la Ley y su Reglamento. Como lo expresa Troncoso (2011, p. 296).

el control del titular de los datos personales no es abstracto, sino concreto, con una capacidad real de informarse, exigir el consentimiento, acceder, rectificar, cancelar y oponerse al tratamiento de sus datos de carácter personal. Este derecho fundamental equivale a conocimiento y control.

Entre otros aspectos que podrá verificar el titular sobre su información personal, que está siendo objeto de tratamiento, se tiene el referente a si ella se está tratando solo para la finalidad autorizada; que no se estén tratando más datos que los necesarios para dicha finalidad; que se hayan cancelado los datos cuando se agotó la finalidad o el tiempo de conservación establecido; que los datos sean exactos, veraces y actuales, y que el tratamiento de su información personal se ajuste a los principios rectores de la protección de datos, porque, de no ser así, podrá tomar las medidas frente al mismo responsable del tratamiento o titular del banco de datos (quien será el responsable del tratamiento en el caso de que haya un banco de datos personales).

En el supuesto de la respuesta negativa total o parcial frente al ejercicio de los derechos ARCO, el titular que se considere afectado podrá recurrir en vía de reclamación ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales o ante el juez competente por medio del proceso constitucional del *habeas data*¹⁰.

Los derechos que la Ley le reconoce al titular del dato, al posibilitar el control sobre su información personal, forman parte de su contenido esencial.

Es importante señalar en este punto que, a nivel de la Ley de Protección de Datos Personales, así como de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, será considerada titular del dato solo la persona natural¹¹ y, por lo tanto, solo ella podrá encontrar en dicha instancia la protección de este mediante la acción de tutela¹² en virtud de una denegatoria de los derechos ARCO¹³; por el lado de la tutela jurisdiccional que otorga el proceso constitucional del *habeas data*¹⁴, además de la persona natural, titular de los datos personales, podrá eventualmente una persona jurídica alcanzar dicha tutela como titular de datos personales, lo que será evaluado y determinado por el juzgador en

10 Ley 29733, artículo 24.

11 Ley 29733, artículo 2, inciso 16.

12 Ley 29733, artículo 24.

13 Acceso, rectificación, cancelación y oposición.

14 Constitución, artículo 200, inciso 3, y Código Procesal Constitucional, Ley 28237, artículo 61, inciso 2.

cada caso concreto, según corresponda. Hecha esta precisión, vamos a referirnos a la persona física como titular del dato personal.

2.2 Legitimación para el tratamiento

En nuestro sistema jurídico, el eje fundamental que habilita el tratamiento de los datos personales es el consentimiento de su titular, conforme lo señala el artículo 2, inciso 5, de la Ley. No obstante, como ningún derecho es absoluto, la Ley establece en su artículo 14 distintas excepciones al consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Dentro de dichas excepciones, una es la que hemos escogido para la reflexión del tema asignado para nuestra exposición: la contenida en el inciso 5.

El artículo 14 de la Ley señala lo siguiente:

No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

...

5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte”.

Las excepciones al consentimiento para el tratamiento de los datos personales derivadas del artículo 14 de la Ley, como la mencionada, referida a que los datos se obtuvieron en el contexto de un contrato, solo se limitan a que el titular del banco de datos o el responsable del tratamiento no requiere recabar dicha manifestación de voluntad¹⁵, que importa la autorización o el consentimiento del titular de los datos para los efectos de su tratamiento. Sin embargo, dicha excepción no comprende a ninguna otra obligación derivada de la Ley y de su Reglamento.

Así lo ha señalado, en diversos pronunciamientos, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, como en la Opinión Consultiva 07-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, en la que, en términos generales, en el punto 7 de su análisis, indica lo siguiente:

7. Cabe mencionar que las excepciones a la obligación de solicitar el consentimiento del titular del dato personal establecidas en el artículo 14 de la LPDP no exoneran a quien realice tratamiento de datos personales de cumplir con las demás disposiciones de la LPDP y su reglamento.

Dentro de las obligaciones a las que están sometidas las personas legitimadas para tratar los datos personales en virtud de una excepción al consentimiento, podemos mencionar la observancia de los principios rectores de la protección de datos personales.

15 Que debe ser libre, previa, expresa, inequívoca e informada, conforme al artículo 12 del Reglamento de la Ley.

En línea equivalente, para otro supuesto de excepción, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales lo ha señalado en la opinión consultiva contenida en el Oficio 156-2017-JUS/DGTAIPD:

Los datos personales contenidos en las fuentes de acceso público ... pueden ser objeto de tratamiento sin el consentimiento previo del titular de dichos datos, sin perjuicio de que este tratamiento debe llevarse a cabo respetando los demás principios y disposiciones establecidas en la Ley y el Reglamento.

2.3 Tratamiento de datos personales

Conforme al artículo 2, inciso 19, de la Ley, se entiende por tratamiento de datos personales a

cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales.

El tratamiento de los datos personales es un concepto amplio, pues comprende prácticamente cualquier actividad que se realice con relación a un dato personal; asimismo, el tratamiento puede realizarse en el contexto de un banco de datos personales¹⁶ o fuera de él.

El responsable del tratamiento será “aquel que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentre en un banco de datos personales” (artículo 2, inciso 14, del Reglamento de la Ley), y si el tratamiento se da en un banco de datos personales al responsable se le denominará titular del banco de datos personales (artículo 2, inciso 17).

Este punto es relevante para nuestra reflexión, pues en muchos actos civiles se tratarán los datos personales necesarios para la realización del acto civil de que se trate, pero sin incluir dichos datos en un banco de datos personales, y debe estar claro que el hecho de no usarse un banco de datos personales de todas formas conlleva la aplicación de la Ley y su Reglamento.

Tal como se desprende de la definición del responsable del tratamiento, la legislación peruana sobre la materia se aplicará sea que se realice un tratamiento de datos personales fuera o dentro de un banco de datos personales. Esto lo ha señalado

16 Artículo 2, inciso 1: “Banco de datos personales. Conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso”.

expresamente la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales en su Opinión Consultiva 48-2018-JUS/DGTAIPD y ha precisado además el objetivo de la Ley y del Reglamento, al indicar que “la LPDP y su reglamento no tienen como objetivo regular los bancos de datos, sino el tratamiento de datos personales, el cual se puede realizar incluso sin tener un banco de datos personales”.

3. TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES EN ACTOS REGULADOS POR EL CÓDIGO CIVIL

Tanto para la celebración de todos los contratos, como la compraventa, el arrendamiento, la locación de servicios, un mandato, una donación, incluidos los de hospedaje y de suministro¹⁷, etcétera, como para la realización de un acto jurídico unilateral, como la elaboración de un testamento o la inscripción del nacimiento, o para la celebración de los matrimonios o un divorcio, entre los otros actos jurídicos regulados por el Código Civil, todos requieren para su celebración —y, en su caso, ejecución— el tratamiento de datos personales del interviniente o los intervinientes.

El tratamiento de los datos personales puede hacerse por medios físicos, mecánicos o informáticos o tecnológicos, y se incrementa día a día el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación para estos efectos.

Cualquiera que sea la forma y el medio utilizado para el tratamiento de los datos personales, en el contexto de un acto o contrato regulado por el Código Civil, se deberá observar la Ley y su Reglamento, de tal forma que se garantice el respeto al derecho fundamental a la protección de datos personales y, a través de él, de otros derechos de la persona humana¹⁸.

A continuación, hemos seleccionado una de las clases de actos jurídicos regulados en el Código Civil para reflexionar en ellos, aspectos de obligatorio cumplimiento de la legislación que regula el derecho fundamental a la protección de datos personales, y por poner de manifiesto su influencia, la que, en la medida en que se refiriere a un derecho fundamental, no debe quedarse en una influencia meramente formal, sino real. Nos referimos a los contratos.

3.1 Contratos

Los contratos, al suponer un acuerdo de voluntades, involucran la existencia de dos o más partes. Las partes pueden estar conformadas por personas naturales, personas

17 Que son considerados contratos más comerciales que civiles, pero que están incorporados en el Código Civil.

18 Esto en atención a su naturaleza relacional. Véase la sentencia recaída en el Expediente 1797-2002-HD/TC, fundamento jurídico 3.

jurídicas o personas naturales con personas jurídicas. En todo caso, ambas deben estar plenamente identificadas, pues para la preparación, celebración y ejecución de los contratos es indispensable tratar datos personales de los involucrados, por lo menos aquellos datos de identificación.

Dentro de los datos personales más comúnmente usados en los contratos, encontramos el nombre, el número del DNI, la dirección electrónica, el domicilio, el estado civil, el número de cuenta de bancaria, el número de teléfono, la nacionalidad, entre otros, dependiendo del caso concreto.

Esta información personal de los que participan en un contrato no requiere para su tratamiento por la contraparte del consentimiento del titular de la información, en tanto se trate de los datos estrictamente necesarios para los fines del contrato y no se extiendan a otros fines. Lo señalado es en virtud de la excepción al consentimiento para el tratamiento, regulada en el artículo 14, inciso 5, de la Ley.

Sin embargo, como ha quedado anotado, cuando se hace uso de alguna de las excepciones al consentimiento para el tratamiento de los datos personales, como la referida a los contratos, quedan plenamente vigentes las otras obligaciones que impone la legislación sobre la protección de datos personales. Por ello, consideramos pertinente, para nuestra reflexión, realizar las siguientes preguntas:

3.1.1 ¿Las partes de un contrato conocen que, independientemente de las disposiciones del Código Civil que regulan su contrato específico, existe la Ley de Protección de Datos Personales, que les impone obligaciones sobre el tratamiento que darán a los datos personales de su contraparte (persona natural)?

La respuesta simple y formal que se podría dar sería afirmativa, en virtud del principio de la presunción del conocimiento de las normas jurídicas que han sido formuladas y publicadas según los procedimientos establecidos, recurriendo al artículo 51 de la Constitución, que dispone lo siguiente: “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. Lo señalado se suma al hecho de que además ni la Ley 29733 ni su Reglamento han sido objeto de impugnación de su validez¹⁹.

Es cierto que existen normas jurídicas que permanecerán en el campo de la ignorancia para la mayor parte de las personas. Esto no es raro y, de hecho, muchas normas que regulan sectores o actividades específicas o especializadas nunca se aplicarán a las actividades y en la vida de la mayoría de las personas naturales, por lo que su desconocimiento no tendrá consecuencias en su vida.

19 Diferencia entre validez, vigencia y eficacia de la norma jurídica. Véase Rubio Correa (2005).

No obstante, lo acabado de afirmar no se aplica a la legislación sobre protección de datos personales, pues regula un derecho fundamental de la persona, así como que el tratamiento de su información personal es necesario para la realización de las actividades tanto en el sector público como en el privado, y sin duda en el contexto de las relaciones contractuales.

Hay que agregar a lo señalado que la afectación que genere el indebido tratamiento de los datos personales normalmente no será conocida de manera inmediata por su titular sino tiempo después de que ella se haya producido, como podría ser cuando recibimos un mensaje de publicidad a nuestro celular, dirección electrónica o física por una persona o empresa con la que no hemos tenido relación antes; asimismo, podría tratarse de una llamada no con fines de publicidad, sino delictivos, como una extorsión. La razón: los datos personales fueron transferidos sin el consentimiento ni el conocimiento de su titular, por lo que este perdió el control de aquellos.

La Ley es de observancia obligatoria para todo el que realice el tratamiento de datos personales en el contexto de un contrato, independientemente de que quien trate los datos personales sea una persona natural o jurídica.

Para efectos de la Ley, será lo mismo que el que vende un inmueble sea una empresa corredora o una persona natural, que lo hace por única vez; si el auto lo vende un concesionario autorizado o si es una persona natural que vende su auto con poco recorrido; se trate de una persona natural que dé hospedaje y pensión a estudiantes o se trate de un hotel de cinco estrellas que brinde el servicio; estemos en el supuesto de una donación de electrodomésticos que realice una persona natural a una familia necesitada o sea la donación que realice una empresa fabricante y distribuidora de electrodomésticos a esa misma familia.

Lo más probable es que las personas jurídicas dedicadas a las actividades objeto de los contratos y que son partes de estos se encuentren en mejores condiciones de conocer la Ley y su Reglamento que las partes contractuales conformadas por personas naturales. Tema aparte es que del conocimiento se pase al cumplimiento de la norma.

3.1.2 ¿Qué obligaciones legales se derivan con relación al uso de los datos personales de la persona natural con la que se está contratando?

Las obligaciones están en todo el texto de la Ley y de su Reglamento; no obstante, analizaremos algunas puntuales para la presente reflexión.

— El cumplimiento de los principios rectores de la protección de datos personales

Conforme al artículo 12 de la Ley, "la actuación de los titulares y encargados de tratamiento de datos personales y, en general, de todos los que intervengan con relación

a datos personales, debe ajustarse a los principios rectores”. La obligación de ajustar todo tratamiento de datos personales a los principios rectores persigue no dejar sin contenido a este derecho fundamental.

a. Deber de información

Ya hemos señalado que, en el contexto que estamos analizando, quien es parte en un contrato no requiere el consentimiento de la otra parte para el tratamiento de los datos personales necesarios para el fin contractual; es la celebración y ejecución del contrato lo que delimita el marco de su actuación en lo que respecta al tratamiento de la información personal.

No obstante lo señalado, si bien es cierto que no resulta necesario el consentimiento, ¿queda vigente el derecho-deber de información? Derecho para el titular del dato y deber para el responsable del tratamiento. A la luz de lo que dispone la Ley, la respuesta es sí.

La obligación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales está regulada en los artículos 5; 13, inciso 5, y 28, inciso 1, de la Ley. Por otro lado, la obligación de informar se regula en el artículo 18²⁰ de la Ley, en el título referido a los derechos del titular de los datos personales.

Además, como se ha mencionado, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales²¹ ha precisado que las excepciones a la obligación de solicitar el consentimiento del titular del dato personal no exoneran a quien realice el tratamiento de datos personales de cumplir con las demás disposiciones de la Ley y de su Reglamento; dentro de ellas se encuentra el deber de informar sobre las condiciones del tratamiento al que serán sometidos los datos personales de quien es parte de un contrato.

Este deber de informar resulta fundamental porque conocer las actividades del tratamiento a que se someterá nuestra información personal es vital para ejercer el poder de control que es parte del contenido esencial del derecho.

El cumplimiento de este deber de informar lo podemos ver en la práctica en los textos de los contratos en una cláusula específica o en un anexo de estos, sea que se celebren entre personas naturales y personas jurídicas o solo entre personas naturales, independientemente de que dichas partes se dediquen, como actividad regular, al objeto del contrato respectivo o que no lo hagan.

— Supuesto de contrato entre una persona jurídica y una persona natural

En este caso, la persona jurídica será la única responsable del tratamiento de los datos personales de su contraparte, que es una persona natural.

20 Y 12 del Reglamento de la Ley.

21 Opinión Consultiva 07-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP, punto 7 de su análisis.

Citemos algunos ejemplos: la locación de servicios para brindar asesoría de un profesional independiente a una empresa, contrato de locación de servicios médicos en una clínica con relación a la atención (operación) de un paciente, contratos para la venta de inmuebles celebrados con empresas de corretaje, contrato de mandatos en que una de las partes es una empresa o un contrato de hospedaje en el cual interviene un establecimiento hotelero, entre otros contratos.

Independientemente de que los avisos de información consten en un documento físico o sean políticas de privacidad, si es vía web, o que cumplan con señalar todas o solo algunas de las condiciones que la Ley exige, podemos apreciar que, desde la dación de la Ley 29733, paulatinamente se están incorporando estos formatos con la información sobre el tratamiento que se dará a los datos personales de la contraparte contractual, en atención a lo que dispone la legislación sobre la materia.

Cabe precisar, además, que en los supuestos de los contratos señalados es normal que las empresas que tratan los datos personales de la contraparte ingresen dicha información en un banco de datos personales. De ser este el caso, el banco debe estar inscrito en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales, de manera previa a la recopilación de los datos, pues de este hecho debe darse cuenta en la información sobre el tratamiento de los datos personales del que será objeto su contraparte (persona natural-titular del dato). No obstante, si la persona jurídica no incorpora los datos personales en un banco de datos, igualmente será de aplicación la Ley.

— *Supuesto de contrato entre dos personas naturales*

Pero ¿qué pasa con el cumplimiento del deber de información sobre el tratamiento de los datos personales cuando las dos partes en el contrato son personas naturales?

Se deberá entender que ambas partes serán consideradas responsables del tratamiento de los datos personales de su contraparte y deberán cumplir las obligaciones derivadas de la Ley.

Se pueden presentar los siguientes supuestos: que ambas partes traten los datos personales, pero sin incorporarlos en un banco de datos, o que solo una de las partes incorpore los datos personales de la contraparte en un banco de datos personales. En este último caso, se debe haber inscrito previamente el banco de datos en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales, como ha quedado señalado de manera precedente.

Si bien es cierto que hay legislaciones que solo regulan los datos personales que se traten en un banco de datos personales²², en el caso de la ley peruana, ella se aplica a

22 Como la argentina, Ley 25.326: "ARTÍCULO 1º-(Objeto). La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios

cualquier actividad de tratamiento de los datos personales independientemente de que se incorporen en un banco de datos: “Debe resaltarse que los DP están protegidos aun cuando no estén en un banco de datos, bastando que estén destinados a ello o que se realice con ellos alguna forma de tratamiento; por lo que el objeto de protección es el DP y no el banco de datos” (Opinión Consultiva 2. Oficio 038-2014-JUS/DGPDP).

Por lo expuesto, a la luz de la Ley, que no hace distinciones sobre su aplicación cuando los datos personales son tratados, en el contexto de un contrato, por una persona natural o por una persona jurídica, o en un banco de datos o sin que exista uno, cualquiera sea el caso, se debería cumplir también con el deber de información. Sin embargo, esto es muy raro de apreciar cuando un contrato se da entre dos personas naturales.

Ensayando explicaciones de la situación descrita, podemos sostener preliminarmente dos: el bajo nivel del conocimiento de la Ley por parte de la ciudadanía y que la labor de fiscalización de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, por los recursos con los que cuenta, que es ya limitada para las personas jurídicas que tratan datos personales, lo es aún más para cumplir esa función cuando se refiere al caso del tratamiento de los datos personales por personas naturales.

No obstante lo señalado, es válido cuestionarnos sobre el destino que correrán nuestros datos personales en manos de nuestra contraparte contractual. Frente a esta situación, consideramos que podría comenzarse por incluir por lo menos una cláusula sobre la obligación de realizar el tratamiento de los datos personales solo para los fines estrictos del presente contrato, respetando la confidencialidad de aquellos y todo lo establecido en la Ley y su Reglamento.

b. Principio de legalidad

Conforme al artículo 4 de la Ley, “el tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”.

Según este principio, cualquier actividad de tratamiento de los datos personales debe hacerse respetando lo establecido en la Ley y, por ende, el Reglamento. Por lo tanto, cualquier inobservancia a ellos supondrá una violación del presente principio, lo que incluye también el deber de respetar los derechos de la persona reconocidos en la Constitución, conforme lo señalado por el artículo 1 de la Ley.

técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional”.

En este punto, nos parece pertinente mencionar la naturaleza relacional del derecho a la protección de datos personales, sobre lo que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, como en la recaída en el Expediente 1797-2002-HD/TC:

3. ... por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, *siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, prima facie y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales* [énfasis añadido].

En efecto, los datos personales pueden estar referidos a cualquier aspecto o ámbito de la vida de la persona, por lo que un indebido o inadecuado tratamiento de la información personal puede significar no solo una afectación al derecho a la protección de datos personales, sino a otro u otros derechos.

Como ejemplo, podemos citar un contrato de locación de servicios que celebran, de una parte, una empresa de servicio de asistencia tecnológica (locador) y un abogado (comitente) para el mantenimiento de sus equipos de cómputos en su domicilio.

La empresa envía a un técnico informático para el mantenimiento de las computadoras y en la realización de ese servicio accede, graba y se lleva la información personal del abogado sin su consentimiento.

Dentro de la información que el locador, técnico en computación, se lleva de su comitente pueden estar datos de identificación, fotografías familiares, fotos íntimas, direcciones electrónicas, datos de salud, datos de religión, información bancaria, de seguros, de formación académica, etcétera. Con este comportamiento, el locador ya estaría realizando actividades ilegales de tratamiento de datos personales por el hecho de grabar y llevarse esa información que no es suya, independientemente de las diversas finalidades a las que podría destinar dicha información a la que accedió indebidamente, y se constituiría un indebido tratamiento de la información personal del abogado, a la vez que afectaciones a la intimidad personal y familiar, a la imagen, al libre desarrollo de su personalidad, entre otras posibles.

La naturaleza relacional del derecho a la protección de datos personales muestra, en alguna medida, su relevancia para proteger no solo la información personal, sino a la persona en sí misma, por lo que, si garantizamos un debido tratamiento de la información personal, se estarán protegiendo los aspectos de la vida de la persona a los que dichos datos estén vinculados.

c. Principio de finalidad

El artículo 6 de la Ley señala con relación a este principio que “los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de

los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación”.

El principio de finalidad va a acompañar a todo el tratamiento del dato personal, pues el tratamiento de los datos personales que realicen las partes de un contrato no debe extenderse a otra finalidad que no sea la celebración y ejecución de dicho acto jurídico, que ha sido la finalidad clara para la que las partes permitieron la recopilación de su información personal.

Entonces, si una parte usa la información personal recopilada para el contrato con un fin diferente, como el publicitario, o para venderla y obtener una ganancia o publicarla en un medio de comunicación social, etcétera, estaría violando el principio de finalidad (contrato) que justificaba el tratamiento de los datos personales a los que tuvo acceso.

Así, por ejemplo, si compramos un auto de determinada marca, con poco kilometraje recorrido, y al día siguiente recibimos un correo o una llamada al celular ofreciéndonos el mantenimiento a nuestro nuevo auto por el concesionario autorizado, a pesar de que no hemos tenido antes relación alguna con él, lo más probable es que el vendedor del auto le haya proporcionado nuestros datos a esta empresa; con ello se configuraría un uso indebido de nuestra información personal, pues dicha transferencia de información no fue autorizada ni está dentro de los términos de la ejecución del contrato de venta del vehículo.

¿Será factible que en el contrato se establezca que se podrán usar los datos personales para finalidades distintas (finalidades no esenciales) para la celebración y ejecución del contrato? La respuesta es sí, pero para esto se deberá contar con el consentimiento válido del titular del dato respectivo.

d. Principio de proporcionalidad

Conforme al artículo 7 de la Ley, el principio de proporcionalidad consiste en que “todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados”.

Como podemos apreciar, el parámetro de la proporcionalidad lo da la finalidad que habilitó el tratamiento, por lo que los datos personales a los que se acceda en virtud de un contrato deben ser los estrictamente necesarios para su celebración y ejecución.

Así, por ejemplo, para la compraventa de un bien, como puede ser un inmueble o un mueble, será excesivo y por lo tanto desproporcional conocer la religión, la afiliación sindical o política, los pasatiempos, los datos de identificación o laborales de los padres y hermanos, entre otros muchos datos personales de los contratantes.

Para que me confeccionen unos lentes a medida, en virtud de la receta de un médico oftalmólogo, será desproporcional que el optómetra de la óptica elegida me solicite datos para hacer una “historia clínica” para el servicio de confección de los lentes, por más que

alegue que es política del establecimiento, porque una política de una persona que nos ofrece un servicio o vende un producto no puede estar por encima de la ley y de nuestros derechos fundamentales.

Dar información excesiva y por lo tanto innecesaria para la finalidad contractual, que es la que habilita el tratamiento, sin haberse otorgado el consentimiento para gestionar la información personal para una finalidad no esencial al contrato, abre al conocimiento de aspectos de la persona cuyo uso por la otra parte será difícil de controlar.

e. Principio de seguridad

Conforme al artículo 9 de la Ley, el principio de seguridad supone la obligación para las partes contractuales, en su calidad de responsables del tratamiento de los datos de su contraparte, de adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales pertinentes a la relación contractual que los une. Establece, además, que las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate, así como con la tecnología utilizada para el tratamiento.

Las medidas de seguridad que se adopten variarán si el tratamiento de la información se hace en un banco de datos o fuera de él, si se utilizan medios digitales o no, si se tratan datos personales en general o se tratan datos personales sensibles, entre otros criterios.

Conforme al artículo 16 de la Ley, lo que se persigue con el cumplimiento de este principio es, por supuesto, garantizar la seguridad de la información y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

Las medidas de seguridad dispuestas en la Ley están complementadas por el Reglamento, que establece medidas específicas entre los artículos 39 y 46, todas las cuales suponen obligaciones.

En efecto, ¿qué perjuicios podrían generarse si el tratamiento no seguro de la información personal posibilita que, por una brecha o falla de seguridad, la información personal de uno de los contratantes sea conocida por un tercero no autorizado? ¿O si se pierde el dato? ¿O se modifica o corrompe el dato necesario para la ejecución del contrato?

Además de la pérdida de confianza, puede generarse la posible paralización de la ejecución del contrato, como podría ser, por ejemplo, en el caso del contrato de suministro, en el que se borre o altere el dato de la dirección adonde se llevarán y entregarán los bienes en cumplimiento de las prestaciones periódicas en virtud de dicho contrato. Lo señalado es independientemente de que el titular del dato afectado pierda el control de la información que le atañe y desconozca las consecuencias negativas que le puede generar esta situación.

De manera tal que, sea quien trate el dato personal de la contraparte una persona natural o jurídica, debe implementar las medidas de seguridad adecuadas al tratamiento que se vaya efectuar y a los datos personales que vayan a tratar.

Alguien podría plantearse el siguiente cuestionamiento: pero ¿cómo una persona natural va a conocer y saber implementar las medidas de seguridad apropiadas? O, inclusive, en el caso de las personas jurídicas, que no todas están ni actúan en las mismas condiciones, especialmente pensando en aquellas pequeñas empresas o empresas unipersonales con recursos muy limitados, ¿cómo implementar esto que exige la Ley?

Pregunta que podría aparentemente resultar fuera de contexto si consideramos que en el Perú ya tenemos reconocido constitucionalmente este derecho hace veintiocho años y su ley de desarrollo constitucional con autoridad de control sobre la materia desde hace diez años; no obstante, si bien el nivel del conocimiento de la legislación sobre la materia está elevándose en nuestra sociedad, todavía se encuentra en un nivel bajo.

Para realizar un tratamiento adecuado de los datos personales, primero hay que conocer el derecho y su regulación. Por ello, consideramos que una medida básica es difundir el conocimiento de este derecho fundamental y crear la cultura de la protección de datos personales, lo cual es imperativo en el mundo digital donde nos encontramos.

4. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD²³

Los datos personales tratados en el contexto de un contrato deben ser objeto del cumplimiento del deber de confidencialidad por todos los que intervengan en alguna etapa de su tratamiento. Las partes contractuales, como responsables del tratamiento de los datos personales de su contraparte, deben implementar las medidas que impidan que esa información personal sea conocida y tratada por cualquier otra persona ajena a la relación contractual.

Dicho deber tiene que ser observado también en el caso de que exista un encargado del tratamiento de los datos personales o, en general, por cualquier persona que acceda a ellos por mandato de la contraparte responsable, y es esta quien debe adoptar las salvaguardas para dicho fin.

El deber de confidencialidad subsiste aún después de que se haya finalizado la relación contractual. Una violación al deber de confidencialidad podría suponer que el titular de los datos, ignorante de esta situación, pierda el control de la información que le concierne y no conozca a qué riesgos está expuesto.

23 Ley 29733, artículo 17, "Confidencialidad de datos personales".

5. NECESIDADES PARTICULARES DE ADECUACIÓN

Como ha quedado señalado, la Ley y su Reglamento se aplican a los tratamientos de datos personales que realicen tanto los particulares como el Estado.

Por otro lado, diversos actos regulados por el Código Civil pasan por una etapa de mayor formalización, legalización e incluso inscripción pública para su validez o conocimiento ante terceros. Etapas que también suponen el tratamiento de datos personales de las partes contractuales o de los intervinientes, según sea el caso.

¿Cómo determinas entidades estatales, como los Registros Públicos o el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), tratan los datos personales contenidos en sus bancos de datos? Cuestionamiento cuya respuesta excede los objetivos de esta exposición, por lo que solamente lo dejaremos planteado.

Los Registros Públicos, conforme al artículo 2009 del Código Civil, se sujeta a lo dispuesto por dicho código, a sus leyes y reglamentos especiales.

El Reniec es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil²⁴. Esta entidad tiene dentro de sus funciones registrar varios de los actos regulados por el Código Civil, tales como los nacimientos, los matrimonios, los divorcios, en otros que modifiquen el estado civil de las personas, así como las resoluciones judiciales o administrativas que a ellos se refieran y sean susceptibles de inscripción²⁵.

Tanto los Registros Públicos como el Reniec, en el marco de sus competencias legalmente asignadas para la prestación de los servicios públicos que les corresponden, cuando tratan datos personales, deben observar la legislación sobre el derecho a la protección de datos personales y han de hacerlo porque están dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

Con relación al Reniec, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales lo ha señalado con claridad en la Opinión Consultiva 36-2020-JUS/DGTAIPD:

Esta Dirección General considera que los bancos de datos personales que administra el Reniec como entidad pública, se encuentran bajo el ámbito de la LPDP y su reglamento, por lo que dicha entidad deberá cumplir con las obligaciones que establece la legislación de la materia ... Entre las obligaciones que señala el artículo 28, numeral 9, de la LPDP, podemos citar la obligación de las entidades públicas de inscribir sus bancos de datos personales ante el Registro Nacional de Protección de Datos Personales; la obligación de establecer un

24 Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley 26497, artículo 2.

25 Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley 26497, artículo 7, inciso b).

procedimiento sencillo para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (Derechos ARCO) del titular de los datos personales; y, la obligación de adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales que garanticen la seguridad del tratamiento de datos personales, evitando su alteración pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

La quinta disposición complementaria de la Ley de Protección de Datos Personales, con relación a los bancos de datos creados con anterioridad a ella, lo que incluye a los de los Registros Públicos y del Reniec, señaló que dichos bancos de datos, así como sus respectivos reglamentos, debían adecuarse a la normativa sobre protección de datos personales en el plazo que estableciera el Reglamento, plazo que fue de dos años²⁶, los cuales vencieron en mayo del 2015, por lo que, a mayo del 2015, dichos bancos de datos personales debían estar adecuados a la legislación sobre dicha materia.

Con respecto a las notarías, adonde van diversos actos regulados por el Código Civil para determinados fines, sería bueno preguntarnos si se ha realizado la adecuación de sus funciones a la Ley de Protección de Datos Personales. No olvidemos que dentro del archivo notarial aparecen contratos, separaciones de patrimonios, divorcios, testamentos, apoyos, etcétera.

Conforme a la Ley del Notariado, aprobada por el Decreto Legislativo 1049, podemos observar que, en virtud de lo dispuesto por su artículo 82, sobre la "Responsabilidad en la expedición de instrumentos públicos", se dispone que "el notario expedirá, bajo responsabilidad, testimonio, boleta y partes, a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función. Asimismo, expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial".

Asimismo, en el artículo 93, sobre la "Obligación de manifestar documentos", se establece que el notario está "obligado a manifestar los documentos de su archivo a cuantos tengan interés de instruirse de su contenido. Esta manifestación se realizará bajo las condiciones de seguridad que el notario establezca".

Por lo que, conforme a la legislación que regula la función notarial, el notario bajo responsabilidad debe expedir diversos instrumentos públicos que ha autorizado en el ejercicio de su función; además, está obligado a manifestar los documentos de su archivo a cualquier persona que muestre interés en conocerlos, no que demuestre un interés legítimo, sino a cualquier persona que los solicite, con lo cual los datos personales de las personas que han intervenido en dichos actos jurídicos estarían pasando a ser tratados por cualquier persona que los haya solicitado.

26 Conforme a lo dispuesto por la primera disposición complementaria transitoria del Reglamento.

A la fecha no hay ninguna disposición que regule o limite estas funciones notariales en atención al derecho a la protección de datos personales de las personas que han intervenido en los actos civiles que forman parte del archivo notarial, y se ha dejado a cada notario la responsabilidad de actuar según su criterio en cada caso concreto. Consideramos que esta situación debe merecer una atención para su adecuación a la legislación sobre protección de datos personales.

6. ¿QUÉ PUEDE HACER EL TITULAR DE UN DATO PERSONAL QUE ES PARTE DE UN CONTRATO EN EL QUE LA INFORMACIÓN QUE LE CONCIERNE ESTÁ SIENDO TRATADA INDEBIDAMENTE POR LA CONTRAPARTE?

Al titular del dato personal que es parte de un contrato —o, si lo ampliamos, a cualquiera cuyos datos personales están siendo tratados en virtud de un acto jurídico regulado por el Código Civil— le corresponde una serie de derechos, los derechos ARCO, en su calidad de titular de la información. Derechos mediante los cuales va a poder ejercer el control sobre el tratamiento de su información que su contraparte está realizando. Así podrá solicitar acceso a la información sobre las actividades de tratamiento realizadas, las finalidades hacia las que ha dirigido las actividades de tratamiento, que se rectifique su información, que la actualice, que la suprima o la cancele o también puede oponerse al tratamiento de algún dato, según sea el caso.

Si la contraparte le deniega total o parcialmente el ejercicio de su derecho, el titular que se considere afectado podrá recurrir a dos clases de tutelas:

- a. La tutela administrativa. Es la que brinda la Ley de Protección de Datos Personales a través de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, que es la autoridad de control sobre la materia y se encuentra en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se pide vía reclamación su intervención, según lo dispone el artículo 24 de la Ley, con el epígrafe “Derecho a la tutela”.

En un contrato, las partes no deben perder de vista que, independientemente de la autoridad judicial a la que se pueda recurrir frente a un incumplimiento de la obligación objeto del contrato respectivo, siempre la parte contractual que en su calidad de titular del dato considere que se le ha denegado el ejercicio de sus derechos ARCO o ha sido atendida de manera insuficiente en lo que respecta a su derecho a la protección de datos personales podrá recurrir a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales para la tutela de este derecho.

Dicha autoridad, también será competente por medio de un procedimiento administrativo sancionador para imponer multas al responsable del tratamiento que incurre en una infracción a la Ley o al Reglamento.

- b. La tutela jurisdiccional. El titular del dato también podría recurrir a la tutela jurisdiccional que ya existía desde la Constitución de 1993 y está regulada por el Código Procesal Constitucional, a través del proceso del *habeas data*.

Hay que tener presente que, cuando se creó la autoridad administrativa, por medio de la Ley, dieciocho años después del reconocimiento constitucional del derecho y de la garantía del *habeas data*, lo que se buscaba era reforzar la tutela jurisdiccional existente para la protección de ese derecho fundamental, sumándole una tutela de carácter administrativo.

Un aspecto importante a recordar y tener en cuenta es que, a diferencia de los otros derechos fundamentales, salvo el de acceso a la información pública, el derecho a la protección de datos personales es el único que cuenta con una ley de desarrollo constitucional y una autoridad administrativa de control sobre la materia, con el objetivo de reforzar su protección frente a los indebidos tratamientos de la información que concierne a las personas.

El esquema de la regulación de protección de los datos personales que desde el 2011 se ha dado en el Perú solo sigue lo que en el mundo cada día cobra mayor atención desde la acción de los Estados para enfrentar las amenazas de violación al derecho a la protección de los datos personales en la era digital en la que nos encontramos. Como datos podemos señalar que, al mes de junio del año en curso, existen en el mundo ciento cuarenta países (72,54 %) con regulación general sobre la materia (al estilo de nuestra Ley 29733) y noventa y tres autoridades de protección de datos con una tendencia de crecimiento²⁷.

En la actualidad el tratamiento de los datos personales se hace cada día con mayor frecuencia usando las tecnologías de la información y la comunicación, las cuales hemos incorporado a nuestra vida diaria. No es raro pasar un contrato por el correo electrónico o por WhatsApp, usando para ello nuestros ordenadores o nuestros celulares inteligentes, tecnologías que, junto a sus ventajas, suponen riesgos para los derechos de la persona por el crecimiento constante de sus capacidades, que permiten cada día más formas de tratamiento de los datos personales: invasivos, excesivos, en tiempo real, a gran escala, etcétera.

El tratamiento de los datos personales por medio de las TIC genera más espacios en los que la persona humana puede perder el control de sus datos sin siquiera conocerlo; por ello, es necesario plantearnos la siguiente pregunta: ¿todo lo tecnológicamente posible es lo legalmente permitido o todo lo tecnológicamente posible es lo éticamente deseable?

27 Fuentes: Greenleaf (2021), Banisar (2014), Remolina (2015-2021), Privacy International (2014), OEA, NYMITY (2014), IAPP (2019), DLA Piper (2019), CNIL (2019), RIPD (2019), GECTI (2015), Observatorio Ciro Angarita Barón-Universidad de los Andes (2015-2021), ONU (2021), SIC (2021).

La respuesta —creemos— es negativa, sin perjuicio del análisis correspondiente en cada caso concreto.

Las normas que regulan el tratamiento de los datos personales no buscan dificultar la realización o ejecución de los actos civiles, sino más bien que ellos se realicen con el respeto de la persona humana y su dignidad, así como colaborar en el marco de la confianza y buena fe propia de las relaciones civiles.

Fomentar la cultura de la protección de datos personales ayudará a incorporar a las personas naturales, que resultan responsables del tratamiento de la información de su contraparte contractual, a la senda del cumplimiento de la Ley y promoverá el mayor cumplimiento de ella por parte de las personas jurídicas, sea que lucren con el tratamiento de los datos personales o que realicen actividades de tratamiento con diferentes fines. No está de más tener presente también que, frente al incumplimiento de la Ley y del Reglamento, existen sanciones como las multas, con montos que van desde el 0,5 del valor de la UIT hasta las 100 UIT.

Para concluir, deseamos enfatizar en la necesidad del funcionamiento sinérgico de los elementos que conforman “la triple base para la efectiva protección de los datos personales”:

- La Autoridad Nacional de protección de Datos Personales, que requiere autonomía e independencia para el cumplimiento adecuado de sus importantes funciones.
- Los responsables del tratamiento o titulares de los bancos de datos, que deben realizar un adecuado tratamiento de la información personal a su cargo, conforme a lo establecido en la Ley y el Reglamento.
- El titular del dato personal, quien debe conocer su derecho para tomar conciencia de él y poder gestionar con responsabilidad su información personal.

REFERENCIAS

Expediente 01127-2013-HD/TC (Lima). (2014, 16 de abril). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01127-2013-HD%20Resolucion.pdf>

Expediente 1797-2002-HD/TC (Lima). (2003, 29 de enero). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01797-2002-HD.html>

Oficio 156-2017-JUS/DGTAIPD. (2017, 13 de septiembre). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública

y Protección de Datos Personales. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1465757/Condiciones%20para%20el%20tratamiento%20de%20datos%20personales%20contenidos%20en%20fuentes%20accesibles%20al%20p%C3%BAblico%20y%20tratamiento%20de%20la%20informaci%C3%B3n%20de%20solvencia%20patrimonial%20y%20cr%C3%A9dito..pdf>

Opinión Consultiva 07-2019-JUS/DGTAIPD-DPDP. (2019, 6 de febrero). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1474123/Limitaciones%20al%20consentimiento%20cuando%20se%20de%20tratamiento%20a%20datos%20relacionados%20a%20la%20salud%2C%20de%20conformidad%20al%20articulo%2014%2C%20numeral%206%2C%20de%20la%20Ley%20No.%2029733.pdf>

Opinión Consultiva 36-2020-JUS/DGTAIPD. (2020, 31 de julio). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1469362/Consulta%20sobre%20el%20C3%A1mbito%20de%20aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales..pdf?v=1606781096>

Opinión Consultiva 48-2018-JUS/DGTAIPD. (2018, 3 de septiembre). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1473975/Interpretaci%C3%B3n%20de%20C3%BAltimo%20p%C3%A1rrafo%20del%20art%C3%ADculo%2018%20de%20la%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales-%2C%20respecto%20al%20mecanismo%20de%20informaci%C3%B3n%20eficaz%20para%20que%20el%20titular%20del%20dato%20personal%20sea%20informado%20del%20nuevo%20encargado%20del%20tratamiento..pdf?v=1626189750>

Rubio Correa, M. (2005). La vigencia y validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (51), 7-18.

Sentencia 04729-2011-PHD/TC (Puno). (2012, 11 de mayo). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04729-2011-HD.pdf>

Troncoso, A. (2011). La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional. *Cuadernos de Derecho Público*, (19-20), 231-334. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/698/753>

Zamudio Salinas, M. (2012). El marco normativo latinoamericano y la Ley de Protección de Datos Personales del Perú. *Revista Internacional de Protección de Datos*

Personales, (1), 2-21. https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/ok3_Ma.-de-Lourdes-Zamudio_FINAL.pdf

Zamudio Salinas, M. (2014). La Ley de Protección de Datos Personales peruana. Reflexiones comparativas. En J. A. Travieso (Dir.), *Régimen jurídico de los datos personales* (t. II, pp. 1159-1162). Abeledo Perrot.

Zamudio Salinas, M. (2020). El derecho a la autodeterminación informativa. Algunos aspectos relevantes de su configuración desde el proceso del hábeas data. En E. Blume Fortini (Dir.) & L. R. Sáenz Dávalos (Coord.), *El hábeas data en la actualidad. Posibilidades y límites* (pp. 333-360). Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

BIBLIOGRAFÍA

Piñar Mañas, J. L. (2006). El derecho fundamental a la protección de datos personales. En J. L. Piñar Mañas (Dir.), A. Canales Gil, M. J. Blanco Antón & M. Ortuño Sierra (Coords.), *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica* (2.ª ed., pp. 19-36). Tirant Lo Blanch.

ARTÍCULOS

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO SUCESORIO: REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS

ANA PAULA MAGNA DA SILVA FRASCA CASTELHANO*
Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil

Recibido: 27 de junio del 2021 / Aceptado: 17 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5252>

RESUMEN. El derecho sucesorio, en la contemporaneidad, presenta muchos temas controvertidos que son objeto de intenso debate. Las reflexiones sobre los aspectos constitucionales del derecho de sucesiones están actualmente en el centro de atención en relación con el factor pandémico del COVID-19. La igualdad, la dignidad humana y el derecho a la herencia son algunos de los principios y derechos garantizados en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. La eficacia y eficiencia de las normas y los principios constitucionales y del derecho civil en el tema del derecho sucesorio, así como la discusión del formalismo testamentario, son los principales objetivos por estudiar en sus aspectos generales, brevemente, en este artículo.

PALABRAS CLAVE: derecho sucesorio / derecho civil / eficacia / eficiencia / igualdad / formalismo testamentario

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF SUCCESSION LAW: CONTEMPORARY REFLECTIONS

ABSTRACT. The succession law, in contemporaneity, presents many controversial issues that are the object of intense debate. Reflections on the constitutional aspects of inheritance law are currently at the center of attention in relation to the COVID-19 pandemic factor. Equality, human dignity, the right to inheritance, are some of the principles and rights guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. The effectiveness and efficiency of constitutional and civil law norms and principles, in the issue of inheritance law, as well as the discussion of testamentary formalism, are the main objectives to be studied in its general aspects, briefly in this article.

KEYWORDS: succession law / civil law / effectiveness / efficiency / equality / testament formalism

* Investigadora del Centro Iberoamericano de la Universidade de São Paulo (CIBA-USP) (Brasil).

1. INTRODUCCIÓN

Existen muchos principios constitucionales aplicables al derecho sucesorio, tales como la dignidad de la persona humana, la igualdad, la función social de la propiedad, la buena fe (esencial para la interpretación de las disposiciones de última voluntad), la autonomía de la voluntad, entre otros.

En muchos países, hay una dificultad en que las normas del derecho de sucesiones sean compatibles con las normas y principios constitucionales.

Para algunos autores, la crítica es que el Código Civil brasileño del 2002 es básicamente patrimonialista, individualista y conservador en sus aspectos de derecho de familia y sucesiones, además de presentar formalismos y numerosas abstracciones que serían innecesarias en el mundo contemporáneo.

Ante tanta controversia sobre este tema, en la actualidad, una de las discusiones que consideramos más relevantes es sobre el formalismo testamentario y sobre la disposición del derecho de herencia que se garantiza en la Constitución brasileña de 1988. Estos aspectos, combinados con el hecho de la llegada de la pandemia del COVID-19 en el 2020, nos hacen reflexionar sobre la eficacia y eficiencia en la efectividad del derecho sucesorio ante esta nueva y asombrosa realidad que devasta al mundo.

3. DERECHO CIVIL “TRADICIONAL” VERSUS DERECHO CIVIL “CONSTITUCIONALIZADO”

Una de las preguntas importantes que se pueden plantear inicialmente es la siguiente: ¿existe un derecho civil tradicional que pueda oponerse a un derecho civil constitucional? ¿Es la comparación entre lo tradicional y lo constitucional una comparación válida?

Si consideramos que el derecho civil constitucional sería el análisis de un derecho civil más “moderno”, la oposición a la comparación será válida; pero, si el entendimiento es que estos dos binomios no son objeto de comparación, la idea es que hablando de “tradicional”, a diferencia de un derecho civil constitucional, no se trataría de un criterio válido de comparación, ya que el derecho civil debe, como otras leyes infraconstitucionales, respetar la Constitución. Por lo tanto, la comprensión de lo “tradicional” frente a una supuesta “modernidad” no nos parece una propuesta válida.

No sería lo más adecuado considerar la existencia autónoma de una disciplina de “derecho civil constitucional” por las mismas razones antes mencionadas: la existencia de normas de derecho civil no puede considerarse sin la perfecta adecuación a los principios y las normas constitucionales; de lo contrario, la ley o norma civil se considerará inconstitucional.

Podemos considerar como “moderno” no el respeto a la Constitución, pues entendemos esto como un requisito previo a toda norma vigente, sino que tanto el derecho civil como el constitucional pueden acompañar los deseos sociales y adaptarse a los avances en las relaciones humanas para prevenir o frenar la aparición de conflictos. Ser moderno significa estar más adaptado a la actualidad y las revoluciones provocadas por esta época y a todos los reflejos de esta llamada “modernidad” frente a las añoranzas sociales.

2.1 Eficacia y eficiencia: conceptos

La eficiencia y la eficacia son conceptos que a menudo se utilizan incorrectamente como sinónimos. Son conceptos que, en su origen, son propios del entorno empresarial y de la administración pública, como los conceptos de productividad y desempeño, pero ¿por qué no utilizarlos de manera que interactúen con el derecho privado en términos de hacer efectivos estos derechos?

La eficiencia puede entenderse como la “capacidad de hacer ciertas las cosas” y la eficacia, la “capacidad de hacer la cosa cierta”. Si podemos comparar estas dos palabras y considerar un juego de fútbol, eficaz sería aquel en el que el atacante marca un gol y gana el juego; la eficiencia estaría en ver un partido y presenciar un bello espectáculo. Para algunos, en la eficacia hay una preocupación por los fines y por el logro de los objetivos, mientras que en la eficiencia hay una preocupación por los medios y la solución de los problemas (De Matteu, s. f.).

Según Louzada (2019), “la efectividad consiste en hacer lo que hay que hacer, es decir, lograr los objetivos según lo planeado y, al mismo tiempo, utilizar los recursos de la mejor manera posible”.

Es importante enfatizar que ser eficiente no implica necesariamente ser eficaz y viceversa.

3. EL FORMALISMO TESTAMENTARIO, EL DERECHO A LA HERENCIA Y LAS REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA

Ahora que conocemos un poco más los conceptos de eficacia y eficiencia, podemos pasar al tema de los derechos de herencia y el formalismo testamentario ante situaciones contemporáneas como la pandemia del COVID-19.

En la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, el derecho a la herencia figura en la lista del título II, artículo 5, numeral XXX: “El derecho a la herencia está garantizado”. En términos generales, se garantiza que los bienes de una persona fallecida sean transferidos a sus respectivos herederos legítimos o testamentarios. El

artículo 1.784 y siguientes del Código Civil brasileño del 2002 son los que instrumentalizan este derecho constitucional.

Una pregunta importante que surge es si habría un derecho a testar derivado del derecho de herencia. ¿Sería también un derecho fundamental? ¿Un derecho implícito derivado del derecho a la herencia? Son innumerables las cuestiones que se presentan como un debate contemporáneo precisamente con el advenimiento de la pandemia y los problemas en la efectividad del derecho a la herencia, especialmente en cuanto a la vía testamentaria.

El testamento privado, regulado en el artículo 1876 y siguientes del Código Civil brasileño del 2002, fue señalado por algunos como una solución en relación con los pacientes víctimas del COVID-19 ingresados en hospitales, pero puede generar controversias y cuestiones de validez *post mortem* por parte de sus herederos, ya que no cuenta con la certificación del registro (notaría) y como garantía solo tiene el requisito de la firma de tres testigos. No se presenta como una forma segura, pues una vez realizado el documento por el testador este lo entrega a un tercero de su confianza, pero no hay garantía de que, luego de la muerte del testador, el tutor del testamento lo presente en la distribución de bienes.

Otro punto es el factor de cuestionar las facultades mentales del testador a la hora de hacer un testamento privado. Es una opción económica, pero presenta riesgos en cuanto a la ejecución y efectividad de la aplicación del derecho sucesorio. Por lo tanto, el derecho de testar sería efectivo, pero en ocasiones podría traer ineficiencia en su ejecución y transferencia de derechos, ya que los posibles herederos nunca podrían recibir este documento en sus manos, después de la muerte del testador (Andretta, 2020).

Para los pacientes hospitalizados con COVID-19, por ejemplo, que deseen redactar un testamento público, es decir, registrado y redactado ante notario público y en presencia de dos testigos (Ley 10.406, 2002), en ocasiones es más complicado porque, debido a la contaminación, existe una restricción a la entrada de personas al entorno hospitalario, incluso con equipo de protección, etcétera. ¿Podríamos imaginar, entonces, que se obstaculizaría el derecho a testar y, por lo tanto, el derecho a la herencia? ¿Habría un conflicto de derechos entre el derecho a la herencia, el derecho de testar del testador y el derecho a la salud y la vida de los notarios públicos en vista de la situación pandémica? ¿La solución, en estos casos extremos de barreras sanitarias, sería flexibilizar el formalismo testamentario y utilizar la tecnología para preparar un testamento?

Es una cuestión tormentosa y no podemos tener como parámetro de solución ninguna otra situación de la historia moderna y contemporánea. Si pensamos que de la misma forma en que la humanidad tuvo que adaptarse, en muchos casos, al *home office* como alternativa viable ante la necesidad de aislamiento social, ¿por qué no pensar en

nuevas formas de hacer testamento *vía online*, a través de aplicaciones web o interacción de video, para uso en conjunto con notarías y con testigos para pacientes hospitalizados en forma aislada, como es el caso del COVID-19? En casos extremos, ¿el uso de mensajes de texto, aplicaciones de voz o video, como WhatsApp, o mensajes de voz sería una alternativa viable en situaciones extremas?

Las ideas surgen como un intento de eludir la imposibilidad de hacer valer el derecho a testar como derecho fundamental, ya sea con más o menos formalismo ante situaciones adversas como la pandemia del COVID-19.

La crítica que hacemos es que lamentablemente el derecho no puede acompañar todas las demandas sociales por el rigor de los procesos legislativos previos a la aplicación de las normas. Por lo tanto, ya sabemos que, con respecto al derecho privado, habrá muchos problemas pospandémicos en cuanto a la validez y eficacia de muchas transacciones y contratos legales, por ejemplo.

El arte de esquivar problemas en el campo, para ganar el partido, como hacen los futbolistas, parece ser el gran desafío del mundo contemporáneo. Una de las formas de driblar es aceptar el uso de tecnologías que ya son una realidad moderna. La gran pregunta es la siguiente: ¿cómo determinar las reglas antes de que comience el juego? ¿Hubo otra alternativa? En esta comparación simple y lúdica, ya sabemos que el formalismo jurídico nos impide ir *pari passu* con los cambios y hechos sociales en nombre de la “seguridad jurídica”. Sí, ella es importante, pero ¿cómo combinarla para la realización de un derecho sucesorio a través de una nueva forma no prevista por la ley, pero que aporta eficacia a este mismo derecho, cuando nos enfrentamos a situaciones extremas, como la pandemia del COVID-19? Esta es una de las reflexiones contemporáneas que lamentablemente no tendrán una respuesta del legislador, la jurisprudencia o los autores y académicos a tiempo para evitar el enorme volumen de demandas judiciales y cuestiones legales que existirán, y ya existen, cuando pase la pandemia. Incluso con la implementación de los proyectos de ley, transformados en leyes temporales en materia de derecho sucesorio, no se pudo cubrir todas las situaciones.

La discusión sobre la jerarquía de principios constitucionales es uno de los puntos en los que venimos reflexionando desde el inicio de la pandemia. En derecho sucesorio, la preocupación inicial en Brasil parece ser más en términos de plazos para la presentación de un proceso de inventario que en situaciones relacionadas con la eficacia de los derechos o la búsqueda de una forma de mayor eficiencia en su implementación.

Otro punto interesante para reflexionar al mismo tiempo es la verdadera función social de la herencia, en relación con el principio de solidaridad (título I, artículo 3, numeral I, de la Constitución Federal de Brasil). El uso del testamento como recurso filantrópico es también una forma de hacer efectivo este principio constitucional.

En lo que respecta a las grandes herencias, el testamento sería una vía importante para poner en práctica este principio, aportando eficacia y eficiencia. El uso de este instrumento también hace que el Código Civil brasileño tenga un tono menos individualista (para quienes entienden que incluso después de la reforma del 2002 este adjetivo aún persiste). Esta es una de las reflexiones que se proponen, teniendo en cuenta que el testador puede disponer del 50 % de su patrimonio para quienes elija, ya que el otro 50 % pertenece a los herederos necesarios.

Hablar de la función social de la herencia es algo muy difícil en el tiempo actual, cuando la necesidad de tener y poseer es mayor que la necesidad de hacer y actuar. Esta es una reflexión que merece una discusión de varios órdenes, incluso bajo los aspectos de los derechos humanos frente al derecho patrimonial o como una forma de ayuda humanitaria.

En tiempos de pandemia, la reflexión del colectivo ha sido intensa; pero, cuando se trata de temas patrimoniales, aún falta avanzar en cuanto a qué sociedad se desea para el futuro, después de las experiencias del presente.

4. CONCLUSIONES

Las reflexiones contemporáneas sobre los derechos de sucesión pasan por varios conceptos; aspectos controvertidos, como cuando hablamos de la existencia de un derecho civil constitucionalizado en comparación con el derecho civil "tradicional", la pandemia del COVID-19, el formalismo testamentario y tantos otros matices que serían incapaces de ser estudiados y debatidos en pocas líneas.

El endurecimiento legal debe dar paso a una mayor incorporación de nuevas tecnologías a favor de su eficiencia para lograr la eficacia deseada. Optimizar los medios para lograr los objetivos es el eje central del estudio del derecho privado en general y no solo del derecho sucesorio.

Como presupuesto, se deben respetar los principios y los derechos constitucionales. De esto no hay duda, como es la regla, pero pensando en formas eficientes de lograr la eficacia del derecho de sucesiones, dado el entorno de caos de la actualidad y lo que tendremos en el mediano plazo, luego de la pandemia del COVID-19, es algo de emergencia. Si el derecho no ha sabido predecir y adecuar, no será porque los derechos sucesorios no estarán garantizados en términos de eficacia. El uso de tecnologías está ante nuestros ojos todos los días para emplearse como recursos, especialmente para pensar en alternativas frente al formalismo testamentario en situaciones excepcionales, como las que vivimos ahora.

Si incluso en la antigüedad clásica o en el Imperio egipcio, que fueron pueblos que lograron encontrar alternativas eficientes para conseguir efectividad incluso en el riego

de suelos, construyeron sociedades “modernas” para su época, incluso sin los recursos que tenemos ahora, ¿por qué actualmente no podemos hacerlo? Repensar la forma establecida del derecho de sucesiones codificado, a veces la planificación sucesoria y las formas de emergencia para garantizar la efectividad del derecho a la herencia son demandas presentes que sin duda ayudarán a la sociedad del futuro a reducir los conflictos y problemas típicos del mundo que insistimos en llamar “moderno”, pero que no es más que un presente que siempre busca codificar lo que la sociedad ya ha abandonado. Una estrategia renovada es lo que realmente necesitamos.

REFERENCIAS

- Andretta, F. (2020, 20 de febrero). *Testamento evita brigas depois da sua morte; veja como fazer e quanto custa*. UOL Economia. <https://economia.uol.com.br/guia-de-economia/testamento-publico-privado-cerrado-fechado-heranca-advogado-cartorio.html>
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil. 1988 (Brasil). Título I, artículo 3, numeral I.
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil. 1988 (Brasil). Título II, artículo 5, numeral XXX.
- De Matteu, D. (s. f.). *Saiba qual a diferença entre eficácia e eficiência?* IAPerforma. <https://iaperforma.com.br/saiba-qual-a-diferenca-entre-eficacia-e-eficiencia/>
- Ley 10.406, Código Civil de Brasil. (2002, 10 de enero). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm
- Louzada, P. (2019, 12 de octubre). *Qual a diferença entre eficiência, eficácia e efetividade? Como aplicá-las?* FM2S, Melhoria de Processos. <https://www.fm2s.com.br/qual-a-diferenca-entre-eficiencia-eficacia-e-efetividade-como-aplica-las/>

APPELLIDO DEL PADRE Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER

VINCENZO BARBA*

Sapienza-Università di Roma, Roma, Italia

Recibido: 23 de agosto del 2021 / Aceptado: 7 de marzo del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5222>

RESUMEN. Este artículo analiza importantes decisiones del Tribunal Constitucional italiano en materia de apellido, a fin de poder demostrar la relevancia de la constitucionalización del derecho civil. En la legislación italiana, los hijos asumen únicamente el apellido del padre. El Tribunal Constitucional, primero en el 2016 y después en el 2021 y el 2022, declaró que estas normas son contrarias a los principios y valores constitucionales y convencionales, debido a que son contrarios al principio de igualdad entre los progenitores y al derecho a la identidad del niño. El Tribunal Constitucional, ante la inercia del legislador italiano, ha afirmado que esas normas son inconstitucionales en la parte en la que imponen la adquisición del apellido paterno en lugar del apellido de ambos progenitores.

PALABRAS CLAVE: apellido / filiación / cónyuges / igualdad de género / derecho a la identidad personal / principio de no discriminación

FATHER'S SURNAME AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN

ABSTRACT. The article analyses two important decisions of the Italian Constitutional Court that demonstrate the fundamental importance of the constitutionalisation of civil law. In Italian law, children only take their father's surname. The Constitutional Tribunal, first in 2016 and then in 2021 and 2022, declared these two rules to be contrary to constitutional and conventional principles and values, because they hinder the affirmation of equality between men and women. The Constitutional Tribunal, faced with the inertia of the Italian legislature, says that the rules are unconstitutional insofar as they require the acquisition of the paternal surname instead of the surname of both parents.

KEYWORDS: surname / filiation / spouses / gender equality / right to personal identity / principle of non-discrimination

* Catedrático de Derecho Civil de la Sapienza-Università di Roma (Italia). Doctor por la misma casa de estudios.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende ilustrar la importancia que la llamada constitucionalización del derecho civil ha tenido en la época contemporánea¹. Los principios y valores surgidos en las constituciones largas de posguerra y el cambio radical del sistema de las fuentes del derecho han impuesto una reinterpretación de todo el derecho civil, a fin de hacerlo conforme al nuevo sistema axiológico italiano y europeo.

Para ilustrar la importancia de este proceso de renovación cultural del derecho civil, el artículo toma como ejemplo emblemático la regulación de los apellidos de las hijas e hijos. No solo porque ha sido objeto de importantes decisiones recientes del Tribunal Constitucional italiano, sino porque es emblemático del concepto de familia.

Tras una breve descripción de las razones culturales y jurídicas de la constitucionalización del derecho civil y una ilustración resumida de sus fundamentos normativos, se analizará la normativa existente en Italia en materia de apellidos de hijos e hijas. Según una antigua tradición, que denota una concepción patriarcal de la familia y un fuerte machismo, las hijas e hijos, independientemente de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio o de que hayan sido adoptados, asumían únicamente el apellido del padre.

Tras ilustrar la legislación italiana, analizamos primero las sentencias de los tribunales europeos y luego las del Tribunal Constitucional. Esta ilustración ayudará a comprender la importancia del diálogo entre los tribunales. Se puede observar que, desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional italiano, se rechazaba la cuestión de constitucionalidad de la normativa sobre el apellido y confirmaban la legalidad de las normas vigentes.

En las últimas sentencias emitidas en los años 2016, 2021 y 2022, se ha realizado un cambio progresivo de la regulación italiana, hasta el punto de que la existente en la actualidad debe considerarse radicalmente diferente a la existente antes del 2016. La constitucionalización del derecho civil es un proceso gradual que ha cambiado y sigue

1 El teórico más importante de la constitucionalización del derecho civil italiano es, sin duda, el maestro Pietro Perlingieri, cuya obra, desde la conferencia inaugural del año académico 1969 pronunciada en Camerino, ha defendido la necesidad de cambiar el método de interpretación y de releer el derecho civil de acuerdo con los principios constitucionales. Hoy en día, en Italia, esta es una tesis ampliamente aceptada por todos los juristas y sustancialmente perseguida por todos los tribunales: desde el juzgado de primera instancia hasta la Corte de Casación y el Tribunal Constitucional italiano. A pesar de que hoy es compartida por toda la doctrina, hay que destacar que, en los primeros años, la tesis del maestro no encontró acogida en la doctrina mayoritaria, que incluso negaba valor normativo a los principios constitucionales. Véase Perlingieri (1969, p. 455; 1975, p. 826 y ss.; 1985, p. 990; 1992; 1999, p. 802 y ss.; 2005a, p. 188 y ss.; 2010, p. 317; 2012). El pensamiento del maestro está hoy resumido en la obra más importante, cuya primera edición data de 1983 y que en el 2020 se encuentra en su cuarta edición reescrita y ampliada de cinco volúmenes (véase Perlingieri, 2020a).

cambiando la fisonomía del derecho civil contemporáneo, y lo ha transformado de un derecho exclusivamente patrimonial a un derecho que sitúa a la persona humana en su centro.

2. EL TEMA DEL APELLIDO COMO CASO EMBLEMÁTICO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

La regulación del apellido de los hijos es la figura emblemática de la llamada constitucionalización del derecho civil. La llegada de constituciones largas y rígidas, y el cambio fundamental del sistema de fuentes jurídicas, que se ha vuelto complejo y abierto en los Estados contemporáneos, impone un cambio radical en la teoría de la interpretación².

La interpretación ya no es, simplemente, una técnica diseñada para aclarar los significados de las disposiciones de la ley, sino una operación cultural compleja mediante la cual el jurista debe identificar la regulación del caso concreto, que sea razonable y adecuada, es decir, que sea conforme a los principios fundamentales y capaces de evaluar, en términos comparativos, los intereses en conflicto, recuperando así la relevancia del hecho³.

La interpretación es, por lo tanto, sistemática porque el jurista debe considerar sistemáticamente todas las reglas y los principios que se pueden aplicar al caso concreto, incluso en la complejidad del sistema de fuentes jurídicas. La interpretación tiene una función aplicativa porque sirve para identificar la regulación del caso concreto y no solo para comprender el significado del texto de una disposición legal; la interpretación tiene, finalmente, una función axiológica porque requiere que el intérprete realice e implemente ese proyecto cultural y ese sistema de principios y valores expresados y promovidos por la Constitución.

La tarea del jurista se vuelve, por lo tanto, enormemente más compleja porque ya no se trata de aplicar simples reglas, superando un posible conflicto entre ellas, sino de ponderar los principios e identificar la regulación del caso concreto capaz de superar el control de compatibilidad, adecuación y congruencia.

La interpretación ya no es una mera actividad de subsunción, sino una calificación compleja en la que siempre es indispensable la función de la norma, su justificación sobre

2 Por todos, la enseñanza de Perlingieri (1975, p. 826; 1985, p. 990).

3 Perlingieri (2010b) afirma lo siguiente: "È impossibile, dunque, costruire una teoria delle fonti senza interpretazione. La teoria dell'interpretazione è parte della teoria delle fonti ed è inconcepibile che la prima si esaurisca nell'individuazione del significato del dato letterale. Il diritto ha ad oggetto fatti concreti. Oggetto dell'interpretazione non è la norma, bensì la norma unitamente al fatto. Occorre avere la forza intellettuale e culturale di recuperare la normatività della fattualità, la valenza normativa dei fatti. Il che implica che l'ermeneutica giuridica non possa esaurirsi in una scienza del linguaggio" (p. 27).

la base de un principio y la ponderación del último con todos los demás que concurren en la solución del caso concreto.

Podría decirse que en el mundo contemporáneo ya no hay analogía o, más precisamente, que siempre se da analogía, porque cada interpretación solo puede ser analógica (Tullio, 2017), es decir, fundada en la función de la norma, sin la posibilidad de suponer que existen hechos que se pueden simplemente subsumir en el supuesto de hecho, sin que esta actividad se base en una evaluación razonable⁴ de la función y considerando la adecuación de la regulación a los intereses involucrados.

Entonces, toda interpretación que tenga un propósito de aplicación es, por sí misma, analógica, de modo que el intérprete no recurre a la analogía cuando un caso no puede decidirse mediante una precisa regla, sino siempre⁵.

Ningún hecho corresponde exactamente al supuesto de hecho de la norma e incluso si el jurista aplicara una única norma a un caso seguiría siendo una aplicación analógica, es decir, una aplicación para similitud y diferencia, no pudiendo existir en la realidad un hecho concreto que corresponda exactamente a un supuesto de hecho normativo.

El intérprete debe verificar siempre la compatibilidad, la adecuación y la coherencia de la regulación con los intereses involucrados, explicando sus elecciones, para que la decisión sea siempre verificable y, por lo tanto, para garantizar la previsibilidad del derecho⁶. El intérprete no puede reducirse a la mera repetición de una solución,

4 Sobre la razonabilidad, véase Perlingieri (2015).

5 Grossi (2003) advierte que el jurista, después de largos siglos de compulsión al trabajo forzado de exégesis, vuelve a ser lo que fue en los grandes momentos de la historia jurídica occidental. El jurista es el último anillo "di una catena bimillenaria di tradizioni culturali, quale percettore di valori universali e altresí capace di tradurli in regole [...]. Il nuovo protagonismo dei giuristi non risponde a superbia di ceto, ma a una richiesta del nostro tempo storico" (p. 52 y ss.).

6 Grossi (2003) afirma que la certeza del derecho o, más precisamente, de la ley, que encuentra su formulación moderna en el volumen de 1942 de López de Oñate, constituye un mito de nuestra modernidad, o sea, de esa época marcada, al menos, por estos tres elementos. El Estado es el único productor del derecho; la producción del derecho coincide con la promulgación de la ley; el intérprete debe limitarse al silogismo. Lo que está presionando es la certeza de la ley, porque uno puede esperar obediencia solo de los comandos que son fácilmente identificables. La modernidad solo admite legalidad legal, es decir, una legalidad correspondiente a la voluntad del titular del poder político supremo. La posmodernidad, por otra parte, admite la legalidad constitucional, es decir, la correspondiente a las constituciones del momento constitucionalista del siglo xx, es decir, posweimariano. Afirma lo siguiente: "La cosiddetta incertezza del diritto, che non si può non cogliere quale fattore negativo se si assume un angolo di osservazione prettamente legalistico, merita un capovolgimento valutativo, se la si vede come il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben piú complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, piú ravvicinata a un insopprimibile modello di giustizia" (p. 66).

Rodotà (1967) precisa que el que afirma que es la ley la que salvaguarda la certeza del derecho no entiende el fenómeno. En consecuencia, entendemos "la progressiva perdita di ragionevolezza di quelle impostazioni che prescindono da una compiuta riflessione sulla concreta realtà della legge,

sino conformarse a una verificación de la decisión. Cabe asumir que en los sistemas jurídicos contemporáneos no hay necesidad de la certeza del derecho, entendida como la repetición de la solución; sino, más bien, la posibilidad de verificar que la decisión se tomó de acuerdo con los principios y valores del sistema legal, o sea, que la decisión es conforme a derecho.

De este modo, se confirma la superación definitiva de una interpretación realizada por la subsunción como un procedimiento gradual completamente inadecuado en un sistema de fuentes normativas complejo y abierto y, sobre todo, que la analogía no es un método alternativo de interpretación jurídica, sino la forma de aplicar los principios, es decir, la aplicación del mismo principio a dos hechos diferentes (Perlingieri, 2020b, p. 357 y ss.)

La centralidad de la persona humana, el personalismo⁷ y la solidaridad constitucional, haber considerado la dignidad de la persona como valor apical en la cultura moderna del derecho, hace que sea inevitable y necesaria una relectura del derecho civil (Perlingieri, 2020b). Estoy convencido de que este debe ser el horizonte de temas y problemas que los juristas de hoy deben afrontar. La influencia que tiene el reconocimiento del valor de la dignidad humana es extraordinaria y muy poderosa, por lo que permite resultados hermenéuticos que antes eran impensables⁸.

3. LA REGULACIÓN ITALIANA SOBRE EL APELLIDO DE LOS HIJOS

Una antigua tradición italiana exige que tanto hijos como hijas asuman, exclusivamente, el apellido del padre. Las razones vienen de lejos y están ciertamente relacionadas con la idea de "familia", idea que está en la base de la experiencia cultural italiana y, por consiguiente, de su sistema jurídico.

Las hijas e hijos, sea cual sea su condición, adoptan el apellido del padre. Y la regla es tanto más fuerte cuanto mayor es el vínculo entre los padres. En el caso de hijas

E la progressiva riduzione della legge da valore a mito, che da tutto ciò discende. Da strumento di difesa contro l'irrazionale, quell'affermazione della certezza, ormai mitica, si fa essa stessa veicolo di irrazionalismo".

7 Vuelven a la memoria las consideraciones de Mounier (1949), el cual, después de recordar que "le mot 'personnalisme' est d'un usage récent. Utilisé en 1903 par Renouvier pour qualifier sa philosophie, il est tombé depuis en désuétude" (p. 7), afirma que "le personnalisme est une philosophie, il n'est pas seulement une attitude. Il est une philosophie, il n'est pas un système" (p. 8).

8 Perlingieri (2005b) señala lo siguiente: "Lesigenza del rispetto della persona umana e del suo libero sviluppo incidono sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e la funzione dell'autonomia privata e sull'interpretazione degli atti che ne sono manifestazione, sull'individuazione dei confini dell'illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche delle situazioni soggettive patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell'associazionismo e dei suoi possibili scopi, indice, insomma, su tutto l'assetto del vivere in 'comunità'" (p. 25).

e hijos nacidos dentro del matrimonio no hay posibilidad de una solución diferente: el apellido es siempre y únicamente el del padre. Con la aclaración adicional de que hasta el 2012 la hija o el hijo, una vez mayor, podía pedir el cambio de apellido solo si era ridículo, vergonzoso o que revelara el origen natural de la persona (artículo 33 del D. P. R. 396/2000); mientras que, en ausencia de estas condiciones, no podía pedir ningún cambio ni añadir el apellido materno.

Una regulación potencialmente más flexible se establece para el caso de los hijos e hijas nacidos fuera del matrimonio. La regla es que la hija o el hijo adopta el apellido del progenitor que lo reconoce, pero en el caso de reconocimiento conjunto de ambos progenitores la hija o el hijo adopta el apellido paterno.

Por último, como prueba del fuerte sentimiento patriarcal que anima el derecho civil italiano, el artículo 262, apartado 3, del Código civil italiano establece que, si la hija o el hijo es reconocido primero por la madre y posteriormente también por el padre, este podrá (considerando que ya asumió el apellido de su madre al ser reconocido por esta) tomar el apellido del padre añadiéndolo, anteponiéndolo o incluso sustituyéndolo al de la madre⁹. No hace falta decir que no existe ninguna norma en sentido contrario, es decir,

9 Hay que tener en cuenta que la mayoría de las cuestiones relativas a los apellidos de los hijos menores se han referido a casos de filiación natural. En el conflicto entre los padres, los hijos, que iban creciendo, se vieron sometidos a numerosos cambios, que en mi opinión ayudaron poco o nada a la identidad de la persona y, sobre todo, demostraron que el interés del menor no siempre se situaba en el centro del asunto. Sobre este tema, las reflexiones interesantes de Giardina (2014), que concluye su comentario sobre una decisión del Tribunal Supremo con esta importante pregunta: "Chi ascolta il figlio nato da una coppia unita in matrimonio? Nel caso che è giunto alla Corte europea, chi ha ascoltato Maddalena che durante i vari gradi di giudizio ha compiuto due, tre, cinque, sette anni, ma che, quando la vicenda si è conclusa, ha raggiunto la non più inconsapevole età di quattordici anni? Le è stato concesso di manifestare il desiderio di portare il fardello dell'eredità morale del nonno materno, racchiusa in quel cognome che la legge italiana le impediva di ricevere e di trasmettere? Le sarà concesso di rifiutarlo, se vorrà, da una legge italiana che si preoccupi più dell'interesse del minore che delle esigenze di affermazione della madre? E se davvero vogliamo considerarci finalmente lontani dall'antica immagine del rapporto tra genitore e figlio come rapporto tra 'sovrano e suddito', non dovremmo osare anche lo scacco alla regina?" (p. 139).

El principio de respeto al interés del menor como criterio decisivo a efectos de la elección del apellido del menor, reconocido por los padres en diferentes momentos, ha sido firmemente establecido por la jurisprudencia de legitimidad al menos desde el 2001.

Véanse Cass., 16 de enero del 2020, n. 772, en *Famiglia e Diritto*, 2020, p. 301 y ss.; Cass., 5 de julio del 2019, n. 18161, en *Famiglia e Diritto*, 2019, p. 915 y ss.; Cass., 11 de julio del 2017, n. 17139, en *Famiglia e diritto*, 2017, p. 1026 y ss.; Cass., 11 de septiembre del 2015, n. 17976, en *Foro Italiano*, 2016, 1, p. 135 y ss.; Cass., 18 de junio del 2015, n. 12640, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1098 y ss.; Cass., 10 de diciembre del 2014, n. 26062, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 149 y ss.; Cass., 27 de junio del 2013, n. 16271, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 924 y ss.; Cass., 5 de junio del 2013, n. 14232, en *Famiglia e diritto*, 2013, p. 831 y ss.; Cass., 15 de diciembre del 2011, n. 27069, en *Famiglia e diritto*, 2012, p. 133 y ss.; Cass., 3 de febrero del 2011, n. 2644, en *Leggi d'Italia*; Cass., 29 de mayo del 2009, n. 12670, en *Famiglia e diritto*, 2010, p. 235 y ss.; Cass., 27 de febrero del 2009, n. 4819, en *Famiglia e diritto*, 2009, p. 790 y ss.; Cass., 5 de febrero del 2008, n. 2751, en *Famiglia e diritto*, 2009, p. 11 070; Cass., 1 de agosto del 2007, n. 16989, en *Famiglia e diritto*, 2008, p. 247 y ss.; Cass.,

válida en el caso de que la hija o hijo sea reconocido primero por el padre y luego por la madre. Podría decirse que en este caso no hay norma porque, en la perspectiva del legislador italiano, no hay ningún interés que proteger, a saber, el interés en garantizar la prevalencia del apellido masculino.

Una norma sustancialmente similar se recoge en la normativa sobre la adopción de menores: la hija o hijo adoptado adquiere la condición de legítimo y, por lo tanto, asume únicamente el apellido del padre. Sin embargo, si la adopción se acuerda únicamente con respecto a la mujer separada, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1983/184, la hija o el hijo adoptado asume el apellido de su familia. Esta regulación refuerza la idea fuertemente patriarcal de la familia y demuestra, sin demasiado misterio, que el ordenamiento jurídico italiano considera que el apellido masculino es un valor en sí mismo, de modo que una mujer separada, que podría seguir utilizando el apellido de su marido, no puede, sin embargo, transmitirlo a su hija o hijo adoptivo.

El primer tímido cambio de esta rígida normativa se produjo en el 2012, cuando el Decreto 54, del 13 de marzo, modificó el texto del artículo 33 del D. P. R. 396/2000 y estableció que la hija o el hijo pueda solicitar "añadir otro apellido al suyo".

4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2016 Y LA PRIMERA MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN

Ante la rigidez de la normativa existente y la incapacidad del legislador italiano de encontrar una solución adecuada, el Tribunal Constitucional italiano (TCI) ha asumido un papel fundamental.

La primera sentencia importante¹⁰ se remonta a 1988¹¹. En aquella ocasión, aunque el TCI reconoció la conveniencia de una posible modificación de la regulación vigente, a fin de hacerla más coherente con el principio constitucional de igualdad moral y jurídica entre los cónyuges¹², declaró inadmisibles la cuestión de legitimidad

17 de julio del 2007, n. 15953, en *Famiglia e diritto*, 2008, p. 155 y ss.; Cass., 26 de mayo del 2006, n. 12641, en *Famiglia e diritto*, p. 469.

10 Cabe recordar que un año antes el TCI (Corte cost., 5 de marzo de 1987, n. 76, en *Giustizia Costituzionale*, 1987, I, p. 620) había declarado manifiestamente inadmisibles la cuestión de legitimidad constitucional de las normas que regulan el estado civil en la medida en que no prevén que el hijo nacido en el matrimonio tenga la posibilidad de adoptar también el apellido de su madre y que esta pueda transmitir su propio apellido a sus hijos.

11 STCI, 11 de febrero de 1988, n. 176, en *Diritto di Famiglia*, 1988, p. 670 y ss.

12 Esto es lo que se dice en los fundamentos de la sentencia: "Che l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29, comma 2, cost., sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto, dai genitori (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso ope legis; che invece sarebbe

constitucional y afirmó que se trataba de una cuestión que requería una modificación legislativa¹³.

Una segunda sentencia del 2006¹⁴, aunque mucho más contundente al afirmar el carácter contrario de la normativa vigente respecto al principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges¹⁵ y la importancia de la legislación supranacional¹⁶, declaró inadmisibile la cuestión de legitimidad constitucional porque habría exigido una intervención manipuladora de la normativa, la cual se consideró exorbitante respecto a las competencias del TCI.

No fue diferente lo que sucedió en el 2007¹⁷, cuando el TCI reiteró exactamente la posición adoptada un año antes y negó la posibilidad de una intervención manipuladora¹⁸.

possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vi gente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro; che, peraltro, siffatta innovazione normativa, per la quale è stato presentato già nelle passate legislature e riproposto in quella in corso un disegno di legge di iniziativa parlamentare, è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del conditor iuris".

13 En el mismo año, la sentencia de TCI (Corte cost., 19 de mayo de 1988, n. 586, en *Giustizia Civile*, 1988, I, p. 1649) reiteró lo expuesto en la sentencia anterior, al afirmar que la no previsión del derecho de la madre a transmitir su apellido a sus hijos legítimos debe considerarse una norma arraigada en la costumbre social, como criterio de protección de la unidad de la familia fundada en el matrimonio.

14 STCI (Corte cost., 2006, n. 61, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2006, 11, p. 898 y ss.).

15 Esto es lo que se dice en los fundamentos de la sentencia: "Distanza di diciotto anni dalle decisioni in precedenza richiamate, non può non rimarcarsi che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna".

16 Esto es lo que se menciona en los fundamentos de la sentencia: "Né può obliterarsi il vincolo - al quale i maggiori Stati europei si sono già adeguati - posto dalle fonti convenzionali, e, in particolare, dall'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132, che impegna gli Stati contraenti ad adottare tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, ad assicurare 'gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome'. In proposito, vanno, parimenti, richiamate le raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, la risoluzione n. 37 del 1978, relative alla piena realizzazione della uguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome dei figli, nonché una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che vanno nella direzione della eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso nella scelta del cognome (16 febbraio 2005, affaire Unal Teseli c. Turquie; 24 ottobre 1994, affaire Stjerna c. Finlande; 24 gennaio 1994, affaire Burghartz c. Suisse)".

17 Corte cost., 27 de abril del 2007, n. 145, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, p. 107.

18 Esto es lo que se dice en los fundamentos de la sentencia: "L'intervento richiesto impone una operazione manipolativa esorbitante dai propri poteri, dal momento che la esclusione dell'automatismo dell'attribuzione del cognome paterno lascia aperta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere tale scelta esclusivamente alla volontà dei genitori, a quella di consentire ai genitori che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida".

El primer punto de inflexión llegó con la sentencia del 2016¹⁹, en la que el TCI afirmó la ilegitimidad de las normas sobre los apellidos, en la medida en que no permiten, en caso de consentimiento de los progenitores, la posibilidad de que la hija o el hijo tome, desde su nacimiento, no solo el apellido paterno, sino también el materno. Se alega que es inconstitucional, por ser contrario al principio de igualdad entre los cónyuges, que la legislación impida incluso a las madres transmitir sus apellidos a sus hijas e hijos. Esta idea da lugar a una desigualdad de trato insoportable entre los dos progenitores.

Se trata de un avance importante porque, por primera vez, permite que la hija o el hijo lleve los apellidos de ambos padres, aunque queda claro que el apellido paterno sigue siendo el primero y que la adición del materno está sujeta a una decisión compartida y explícita de ambos progenitores.

Las razones que subyacen a esta decisión son múltiples y se basan no solo en el principio de igualdad jurídica y moral de los cónyuges, recogido explícitamente en el artículo 29 de la Constitución italiana, sino también en el principio que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, según el artículo 8 del CEDH y el artículo 7 de la Carta de Niza, que, con el paso de los años, ha ido adquiriendo una importancia cada vez mayor y ha afirmado que ese derecho abarca también las cuestiones relativas al apellido, ya que es indiscutible que está fuertemente vinculado a la vida familiar y personal²⁰.

La sentencia también señala que la decisión se justifica a la luz del principio de protección de la identidad²¹, ya que el apellido identifica los orígenes de la persona y, por lo tanto, debe considerarse una expresión de su identidad personal²². Todo ello sin pasar

19 Corte cost., 21 de diciembre del 2016, n. 286, en *Famiglia e diritto*, 2017, 3, p. 213 y ss.

20 Al respecto, es significativa la sentencia CEDH, 7 gennaio 2014, Rec. 77/07, Cusan e Fazio c Italia, en cuyos fundamentos de derecho señala lo siguiente: "La Corte rammenta che l'articolo 8 della Convenzione non contiene alcuna disposizione esplicita in materia di cognome ma che, in quanto mezzo determinante di identificazione personale (Johansson c. Finlandia, n. 10163/02, § 37, 6 settembre 2007, e Daróczy c. Ungheria, n. 44378/05, § 26, 1° luglio 2008) e di ricongiungimento ad una famiglia, ciò non di meno il cognome di una persona ha a che fare con la vita privata e familiare di questa. Il fatto che lo Stato e la società abbiano interesse a regolamentarne l'uso non è sufficiente ad escludere la questione del cognome delle persone dal campo della vita privata e familiare, intesa come comprendente, in certa misura, il diritto dell'individuo di allacciare relazioni con i propri simili (Burghartz, sopra citata, § 24; Stjerna, sopra citata, § 37; Ünal Tekeli, sopra citata, § 42, CEDU 2004 X; Losonci Rose e Rose c. Svizzera, n. 664/06, § 26, 9 novembre 2010; Garnaga c. Ucraina, n. 20390/07, § 36, 16 maggio 2013)".

21 Favilli (2017) escribe lo que sigue: "Nella pronuncia in esame, invece, si abbandona questa lettura 'difensiva' evidenziando che nei criteri di attribuzione del cognome del minore si rinvergono profili determinanti della identità personale del minore, destinati a proiettarsi nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e che conseguentemente la piena ed effettiva realizzazione di tale diritto impone l'affermazione del diritto del figlio ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori" (p. 827).

22 Corte cost., 3 de febrero de 1994, n. 13, en *Famiglia e diritto*, 1994, p. 137.

por alto que, en el caso de doble nacionalidad, la hija o el hijo podría ser identificado en modo diferente en los dos Estados, puesto que en Italia se le identificaría solo por el apellido del padre, mientras que, en el otro Estado, en la medida en que esté previsto, por los apellidos de ambos progenitores.

La sentencia merece ser mencionada no solo por el resultado en sí mismo, sino para recordar la regulación nacional y supranacional encaminada a lograr la igualdad entre hombres y mujeres, y también para dar una clara muestra de la fuerte impronta patriarcal y machista que aún caracteriza el derecho italiano.

Al respecto, el TCI se remite no solo a la importante Convención de Nueva York de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sino también a las Recomendaciones del Consejo de Europa 1271, del 28 de abril de 1995, y 1362, del 18 de marzo de 1998, así como a la Resolución 37, del 27 de septiembre de 1978, relativa a la plena realización de la igualdad entre madres y padres en la atribución de los apellidos de los hijos, así como a algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Si bien el resultado global es una mejora, no puede considerarse satisfactorio²³. Las razones de esta insatisfacción son evidentes cuando se considera que la solución propuesta, en lugar de lograr la plena igualdad moral y jurídica entre los cónyuges, ofrece un paliativo en esta dirección. Permite que la hija o el hijo lleve los dos apellidos, el paterno y el materno, solo si ambos progenitores dan su consentimiento expreso, mientras que deja inalteradas las normas originales en los casos en que los cónyuges no hayan expresado ninguna intención o no exista tal consentimiento. En estos casos, prevalece la tradición y la hija o el hijo toma solo el apellido del padre. Esto también demuestra que estamos muy lejos de la igualdad entre los cónyuges, ya que la solución adoptada significa que la mujer solo puede transmitir su apellido a sus hijas o hijos con el consentimiento del marido.

Además, no se hace referencia a la posibilidad de decidir cuál debe ser el primer y el segundo apellido, casi como si fuera completamente indudable que el primero debe ser siempre el del padre y que no se puede ni imaginar una solución diferente. La cuestión no es baladí, ya que una vez que todos tienen dos apellidos no cabe duda de que cada progenitor puede transmitir a sus hijas o hijos solo el primero, porque de lo contrario el resultado paradójico sería que la segunda generación tendría cuatro apellidos, la tercera dieciséis apellidos y así sucesivamente.

23 Claramente, Favale (2017) afirma lo siguiente: "Restano purtroppo fuori tutti i casi, a più forte impatto, di mancato accordo sul cognome. La speranza è di non vedere risolta la questione attraverso un successivo intervento dei giudici costituzionali contro la regola patronimica, per violazione del principio di eguaglianza fra coniugi" (p. 824).

5. LOS CASOS CARACTERIZADOS POR ELEMENTOS EXTRANJEROS

La solución propuesta por el TCI en el 2016 tiene el mérito de resolver los problemas que podrían surgir en el caso de que uno de los miembros de la pareja tuviera una ciudadanía distinta de la italiana y, en particular, la de un Estado en el que las hijas o hijos adopten el apellido del padre y de la madre.

Antes de la sentencia del TCI del 2016, se creaba una situación de desigualdad de trato, ya que la hija o el hijo era identificado, según la ley extranjera, con dos apellidos: el del padre y el de la madre; mientras que según la ley italiana solo se identificaría con el único apellido del padre²⁴. Todo ello sin olvidar que algunos ordenamientos jurídicos consideran las normas sobre el apellido de orden público, y se refleja que, al respecto, adoptan una postura muy estricta. Entre todos, basta con considerar España y, en particular, la Instrucción 23 de mayo del 2007 de la Dirección General de los Registros y el Notariado²⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²⁶, a partir del conocido caso de Carlos García Avello contra Bélgica²⁷, siempre ha condenado al Estado nacional, ya que

24 Este problema no puede considerarse resuelto por el Convenio de La Haya del 8 de septiembre de 1982 sobre la expedición de un certificado de diversidad de apellidos, cuyo artículo 1, apartado 1, establece que "el certificado de diversidad de apellidos establecido en el presente Convenio estará destinado a facilitar la prueba de su identidad a las personas que, a consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de ciertos Estados, especialmente en lo referente a matrimonio, filiación o adopción, no son designados por un mismo apellido". Esta convención solo resuelve un problema de registro, pero ciertamente no las cuestiones sustanciales y de identidad que subyacen al fenómeno.

25 Leemos en la Instrucción, publicada en BOE núm. 159, del 4 de julio de 2007, pp. 28 872-28 875, lo siguiente: "Hay que estimar que el principio de que cada español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna -a salvo de lo que para los binacionales españoles-comunitarios resulta del Derecho comunitario a que se refiere la directriz segunda de esta Instrucción -, so pena de consagrar un privilegio para determinada categoría de españoles que atentaría, al carecer de justificación objetiva suficiente, al principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la Ley (vid. Resoluciones de 7 de octubre de 1991, 29-1.ª de noviembre de 1995 y 4 de mayo de 2002)".

26 Teruel Lozano (2011) observa lo que sigue: "Para concluir, se ha apuntado como esta doctrina del Tribunal de Justicia tiene un impacto inmediato en el Derecho internacional privado de los Estados. Las libertades comunitarias inciden de manera directa en el ámbito de este sector normativo de los Estados. El Tribunal de Justicia no ha admitido, en principio, nombres claudicantes (ni, por extensión, podemos plantear otras situaciones privadas comunitarias relacionadas con ese estatuto personal). Ahora le corresponde responder a los Estados miembros sobre la base de lo dictado por la Corte comunitaria, e introducir las modificaciones necesarias para que sus normas de Derecho internacional privado no sigan suponiendo un obstáculo a la libre circulación, de forma que estas situaciones resistan, así, el cruce de la frontera de un Estado a otro" (p. 221).

27 TJUE, 2 de octubre del 2003, caso C-148/02, Carlos García Avello versus Estado de Bélgica. Esto es lo que se dice en los fundamentos de la sentencia: 2Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial que los artículos 12 CE y 17 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la

este se niega a cambiar un apellido cuando la petición tiene por objeto permitir que las hijas o los hijos lleven el apellido que tienen de acuerdo con la tradición y la ley de otro Estado.

En el caso mencionado, el señor Carlos García Avello, de nacionalidad española, casado con la señora I. Weber, de nacionalidad belga, solicitó que se le permitiera a su hijo, nacido en Bélgica, donde residía la pareja, llevar el apellido "García Weber", es decir, el apellido del padre y de la madre y no solo el apellido del padre, con el que el hijo estaba identificado y registrado en Bélgica. Asimismo, en el caso Grunkin Paul²⁸, en el que se condenó al Estado alemán por no reconocer el doble apellido al hijo de una pareja residente en Dinamarca, uno de cuyos padres era alemán y el otro danés.

No era diferente, aunque tenía matices distintos, el caso resuelto en el 2010²⁹ relativo a la señora Ilonka Sayn-Wittgenstein, ciudadana austriaca, residente en Alemania, quien solicitaba ser inscrita en Austria con su apellido, incluido el título nobiliario, adquirido como consecuencia de la adopción por un ciudadano alemán, y por lo tanto con el apellido "Fürstin von Sayn-Wittgenstein". También en este caso el TJUE condenó al Estado y afirmó que el apellido es un elemento constitutivo de la identidad de la persona y de su vida privada³⁰ y que, por lo tanto, debía realizarse el cambio solicitado, aunque el apellido

autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro".

28 TJUE, 14 de octubre del 2008, caso C-353/06, Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul: "El artículo 18 CE se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro".

29 TJUE, 22 de diciembre del 2010, caso C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein: "El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido".

30 Esto es lo que se dice en los fundamentos de la sentencia: "Procede señalar con carácter preliminar que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia (véanse, en particular, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias Burghartz c. Suiza de 22 de febrero de 1994, serie A no 280-B, p. 28, ap. 24, y Stjerna c. Finlandia de 25 de noviembre de 1994, serie A no 299-B, p. 60, ap. 37)".

indicara un título de nobleza, y aclaró que esta circunstancia no podía considerarse contraria al orden público interno³¹.

Y en este sentido también la sentencia del 2011 en la que el TJUE condenó al Estado nacional por no transcribir el apellido del demandante con los caracteres diacríticos de su lengua de origen³².

No menos interesantes y siempre orientadas en la misma dirección son las sentencias del TEDH, que han afirmado sistemáticamente la necesidad de superar cualquier desigualdad de género con respecto al apellido de las hijas y los hijos³³. Entre ellas, la conocida sentencia *Cusan y Fazzo c. Italia*³⁴, según la cual constituye una violación de los artículos 14 y 8 de la convención impedir que una hija sea identificada con el apellido de su madre³⁵.

31 Esto es lo que se menciona en los fundamentos de la sentencia: “El Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea (véanse, sentencias de 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, apartado 30, y de 10 de julio de 2008, *Jipa*, C-33/07, Rec. p. I-5157, apartado 23). Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase la sentencia *Omega*, antes citada, apartado 30 y jurisprudencia citada)”. Sin embargo, en sentido contrario, es importante señalar TJUE, 2 de junio del 2016, caso C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, en relación con la denegación de la inscripción en el Registro Civil de los elementos nobiliarios que forman parte de su apellido adquirido en el otro Estado miembro, que dictaminó que “el artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro no están obligadas a reconocer el apellido de un nacional de ese Estado miembro cuando éste posee igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro en el que ha adquirido ese apellido libremente elegido por él y que contiene varios elementos nobiliarios, que el Derecho del primer Estado miembro no admite, si se demuestra, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que tal denegación de reconocimiento está, en ese contexto, justificada por motivos de orden público, por cuanto resulta apropiada y necesaria para garantizar el respeto del principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos de dicho Estado miembro”.

32 TJUE, 12 de mayo del 2011, caso C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn*: “El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que: no se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro, conforme a una normativa nacional que establece que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos de dicho Estado acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional, se nieguen a modificar en los certificados de nacimiento y de matrimonio de uno de sus nacionales el apellido y el nombre de éste según las normas de grafía de otro Estado miembro”.

33 TEDH, 16 de febrero del 2005, *ÜnalTekeli c. Turchia*, Rec. n. 29865/96; TEDU, 24 de octubre de 1994, *Stjerna c. Finlandia*, recurso n. 27868/95; TEDU, 24 de enero de 1994, *Burghartz c. Suiza*, Rec. n. 12163/90

Cedu16 febbraio 2005, *ÜnalTekeli c. Turchia*, ricorso n. 29865/96; Cedu 24 ottobre 1994, *Stjerna c. Finlandia*, ricorso n. 27868/95; Cedu 24 gennaio 1994, *Burghartz c. Svizzera*, ricorso n. 12163/90.

34 TEDH, 7 de enero del 2014, *Cusan-Fazzo c. Italia*, recurso n. 77/07.

35 Esto es lo que se señala en los fundamentos de la sentencia: “La Corte ha concluso per la violazione dell’articolo 14 della Convenzione, in combinato disposto con l’articolo 8, a causa dell’impossibilità per i ricorrenti, al momento della nascita della figlia, di far iscrivere quest’ultima nei registri dello

La decisión tomada en el 2016 por parte del TCI es importante porque termina por blindar al Estado italiano del riesgo de una condena segura en todos los casos en los que los padres de la hija o del hijo, uno ciudadano italiano y otro extranjero, quieran de acuerdo con la ley del otro Estado que la hija o el hijo asuma ambos apellidos. Antes de esa sentencia, aunque algunas sentencias lo habían admitido³⁶, no era posible de forma automática (arg. ex art. 98 D. P. R. 396/2000).

Finalmente, cabe señalar, aunque el tema no parece haber sido objeto de la debida consideración, que existe un Convenio sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos, que, por su carácter especial, prevalece sobre la posterior ley italiana de derecho internacional privado.

La referencia es al Convenio de Múnich del 5 de octubre de 1980, aprobado en Italia por la Ley 950/1984, que establece que los apellidos y nombres de una persona se determinan por la ley del Estado del que se es ciudadano, y precisa que se trata de un convenio de derecho universal y que, por lo tanto, también es válido para las leyes nacionales de los Estados que no son firmantes del convenio.

La peculiaridad es que el convenio no establece una norma en caso de doble nacionalidad, por lo que es necesario determinar qué norma resulta aplicable. Al respecto, como señala la mejor doctrina (Álvarez González, 2003), pueden preverse dos vías distintas: o bien derivar la norma directamente del convenio, como sería preferible, o bien derivar la norma de las normas de derecho internacional privado (Ley 218/1995)³⁷.

En el primer caso, la ley aplicable debería ser la de la residencia efectiva, mientras que, en el segundo, argumentando en virtud de los artículos 19, 24 y 29 de la Ley 218/1995,

stato civile attribuendole il cognome della madre. Tale impossibilità derivava da una lacuna del sistema giuridico italiano, secondo il quale il 'figlio legittimo' è iscritto nei registri dello stato civile con il cognome del padre, senza possibilità di deroga, nemmeno in caso di consenso tra i coniugi in favore del cognome della madre. Quando ha constatato l'esistenza di una lacuna nella legislazione nazionale, la Corte normalmente ne individua la causa al fine di aiutare lo Stato contraente a trovare la soluzione appropriata e il Comitato dei Ministri a vigilare sull'esecuzione della sentenza (si vedano, ad esempio, Maria Violeta Lăzărescu c. Romania, n. 10636/06, § 27, 23 febbraio 2010; Driza, sopra citata, §§ 122-126; e Ürper e altri c. Turchia, nn. 14526/07 e altri, §§ 51 e 52, 20 ottobre 2009). Tenuto conto della situazione sopra constatata, la Corte ritiene che dovrebbero essere adottate riforme nella legislazione e/o nella prassi italiane al fine di rendere tale legislazione e tale prassi compatibili con le conclusioni alle quali è giunta nella presente sentenza, e di garantire che siano rispettate le esigenze degli articoli 8 e 14 della Convenzione (si veda, mutatis mutandis, Vyerentsov, sopra citata, § 95)".

36 Trib. de Nápoles, 19 de marzo del 2008; Trib. de Bologna, 19 de julio del 2005; Trib. de Cagliari, 18 de mayo del 2005; Trib. de Roma, 15 de octubre de 2004, en *Corriere Giuridico*, 2005, p. 677 y ss.

37 En este sentido, Bugetti (2004) afirma lo siguiente: "Tale lacuna è colmata, nel nostro ordinamento, dal combinato disposto degli artt. 24 e 19, comma 2, L. n. 218/95, norma quest'ultima, che stabilisce che: 'se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale'" (p. 437 y ss.).

la ley aplicable sería la italiana, a la que se llega tanto por referencia a la ley nacional del hijo con doble nacionalidad italiana como por referencia a la ley del lugar donde los cónyuges han establecido su vida familiar.

Más allá de este aspecto, hay que considerar que, una vez identificada la ley que debe aplicarse a un caso concreto, esta no pierde el carácter de internacionalidad, y permanece, en cambio, toda su complejidad.

La identificación de la ley aplicable no anula la circunstancia de que el hecho presente elementos extranjeros, que siempre deben ser tenidos en cuenta adecuadamente por el intérprete. Es importante, pues, como sugiere doctrina autorizada, interpretar la norma aplicable al caso considerando también la disciplina extranjera que ha sido excluida³⁸.

Esto habría llevado, incluso antes de la sentencia del Tribunal Constitucional del 2016, a soluciones interpretativas menos rígidas que no se hubieran expuesto al riesgo de censura por parte del TJUE.

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2021

El camino que el TCI inició en el 2016 avanzó significativamente con la sentencia de febrero del 2021, que anunció una futura decisión crucial para el derecho italiano. Esta sentencia es extraordinariamente significativa en varios aspectos.

En primer lugar, porque va más allá de la cuestión de legitimidad constitucional planteada y propone una cuestión mucho más amplia, que puede, por fin, transformar radicalmente el derecho italiano. En segundo lugar, llegando al fondo de la decisión, porque declara explícitamente que la regulación existente, como expresión de una concepción patriarcal de la familia, debe considerarse contraria a los principios y valores constitucionales, europeos y convencionales. Por último, porque considera que ya es imprescindible corregir la legislación italiana en materia de apellidos, dado que el

38 Álvarez González (2003) indica lo que sigue: "En el caso de que sea aplicable o vaya a ser aplicada la ley española por cualquier motivo (ajustado o no al sistema español de Derecho internacional privado), incluso en este caso, la práctica de la DGRN está cometiendo un error que, para su descargo, es absolutamente común en el resto de la práctica nacional y extranjera: considerar que la identificación de la aplicación de la propia ley a una situación privada internacional 'desinternacionaliza', por decirlo de algún modo, la misma; que aplicar la ley española es aplicar la ley española con independencia de que se aplique al régimen de apellidos de un niño nacido en España de madre y padre españoles o a un niño nacido en Portugal (o en España) de madre española y padre portugués. Y ello dista mucho de ser así. Del mismo modo que un cocodrilo al que se ha hecho la cirugía estética para que parezca un perro de presa sigue siendo un cocodrilo, la situación privada internacional conectada con varias leyes estatales no deja de ser 'internacional' porque se someta a una sola. Por ello, incluso en la aplicación de la ley española no puede desconocerse ni hacerse abstracción del elemento extranjero como dato o presupuesto de la aplicación de la misma (A), ni de la realidad jurídica extranjera atinente a la interpretación de los conceptos de las leyes españolas (B)" (p. 1661).

Parlamento italiano, a pesar de las numerosas solicitudes, no ha sido capaz de ofrecer respuestas adecuadas.

Comencemos con el primer perfil. La cuestión de constitucionalidad fue planteada al Tribunal constitucional por el juez de Bolzano, quien debía pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el fiscal para la rectificación del acta de nacimiento de una niña cuyos padres no estaban casados y acordaron atribuirle únicamente el apellido materno.

Se trata, por lo tanto, de una cuestión nueva y diferente a la que resolvió el TCI en el 2016, ya que, en el caso en cuestión, los padres no querían que la hija adoptara los dos apellidos, el del padre y el de la madre, sino que adoptara únicamente el de la madre. Por ello, se solicitó al TCI que declare inconstitucional la norma según la cual la hija o el hijo adopta el apellido del padre, en la medida en que no prevé el supuesto de hecho de que los padres estén de acuerdo en que la hija o el hijo pueda asumir el apellido de la madre.

El TCI optó por no decidir esta cuestión y, partiendo de la base de que el problema es de carácter más general, ya que afecta a todas las normas que implican la adquisición automática del patronímico, consideró oportuno plantear ante sí mismo una cuestión más amplia: si la normativa italiana en su conjunto es conforme a la Constitución.

La elección llevada a cabo por el TCI merece ser compartida. Si el TCI hubiera resuelto la cuestión en los términos exactos en que se le planteó, no solo no se habría realizado el ajuste necesario, sino que, sobre todo, se habría confirmado sustancialmente la desigualdad de género y no se habría superado en absoluto la concepción fuertemente machista y patriarcal que caracteriza al derecho italiano.

Todo ello se recoge claramente en la sentencia. De hecho, se señala que dar al hijo la posibilidad, sobre la base del consentimiento de ambos progenitores, de tomar no solo el apellido del padre, sino también el de la madre, o de tomar solo el apellido de la madre, no permite lograr una igualdad de género adecuada y efectiva ni una protección coherente a la identidad del hijo.

La afirmación de que puede establecerse una excepción a la regla de que la hija o el hijo adopte el apellido del padre solo si ambos padres están de acuerdo equivale a confirmar la fuerza de dicha regla y no resuelve ni los casos en los que los padres no han dado su consentimiento ni, lo que es más grave, los casos en los que falta dicho consentimiento³⁹.

39 Los fundamentos de la sentencia dicen lo siguiente: "Anche laddove fosse riconosciuta la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno, la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso; in questi casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata da tempo riconosciuta

Un ordenamiento jurídico que solo permite excepciones a la regla del patronímico si ambos progenitores están de acuerdo confirma y agrava la desigualdad de género, ya que, en caso de conflicto entre el hombre y la mujer, da automáticamente prevalencia a la voluntad y decisión del varón, y deja totalmente infructuosa la voluntad de la mujer.

Además, un sistema basado en una norma de este tipo también plantearía graves problemas en el caso de la filiación por parte de parejas homosexuales, en las que, al haber dos padres o dos madres, sería difícil establecer, a falta de una elección precisa de los padres, qué apellido debe llevar la hija o el hijo. Y no se puede desechar trivialmente la cuestión afirmando que la filiación no puede darse en las parejas homosexuales, pues esta afirmación no se sostiene ni en la realidad social ni, sobre todo, en el derecho pretoriano, cuyas decisiones demuestran, afortunadamente, que hay que tomar un camino muy distinto⁴⁰.

Si el derecho quiere realmente asumir una función de promoción y lograr una igualdad sustancial, la decisión sobre el apellido de las hijas y los hijos no debería depender ni de automatismos que den prevalencia a uno de los miembros de la pareja ni de una posición de supremacía de uno de ellos.

Esto también tiene un impacto negativo en el desarrollo cultural y social porque proyecta de forma subrepticia y, casi inconscientemente en la comunidad, la idea de que esta es la regla correcta, lo cual alimenta una cultura machista. Además, hay que tener en cuenta que la decisión de dar a la hija o al hijo únicamente el apellido del padre podría repercutir negativamente en su identidad, pues siempre se identificaría únicamente en función del apellido de uno de los progenitores. No solo porque, como ya he dicho, da lugar subrepticamente a la convicción implícita de que el varón vale más que la mujer, sino porque acaba identificando al sujeto solo con el progenitor masculino, como si la madre no tuviera o pudiera tener un papel en la identificación de la hija o del hijo dentro de la sociedad.

A todo esto hay que añadir que la aceptación de la cuestión de constitucionalidad en los términos originariamente planteados no habría tenido, a diferencia de lo que sucedió con la sentencia del 2016, ninguna utilidad significativa ni siquiera en términos de derecho internacional privado.

Como consecuencia de estos argumentos, es absolutamente claro que un sistema inspirado en el principio de igualdad sustantiva, que sitúa en su vértice la protección de

dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 286 del 2016 e n. 61 del 2006) [...] neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe ritenersi espressione di un'effettiva parità tra le parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome".

40 Véase Barba (2017, 2021, 2022a, 2022b).

la dignidad de la persona humana, no puede tolerar una norma que afirme la prevalencia automática del patronímico.

7. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2022

a. Lo bueno

La sentencia del Tribunal Constitucional del 2022, como era legítimo y, yo diría, esperable, ha declarado la inconstitucionalidad de las normas italianas en materia de apellido en la parte en la que establecen que la hija o el hijo tomará automáticamente solo el apellido del padre. Esta sentencia no es, ni podía ser, de mera inconstitucionalidad, ya que la simple eliminación de estas normas habría creado un vacío legislativo insoportable.

A través de la técnica interpretativa-aditiva de principio, se ha introducido una nueva norma, según la cual la hija o el hijo adoptará los apellidos de los padres en el orden acordado por ellos.

Una opción plenamente aceptable que el Tribunal Constitucional justifica apelando tanto al principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges —o, más exactamente, al principio de igualdad moral y jurídica entre los progenitores— como al derecho a la identidad de la hija o hijo (Gete Alonso, 2017).

La nueva norma introducida por el Tribunal Constitucional, al estar basada en el consentimiento de los progenitores, también debía prever lo que sucedería en el supuesto de desacuerdo. Se trata de una cuestión espinosa, respecto a la cual cualquier decisión apriorística podría haber generado un trato desigual⁴¹.

41 Véase, al respecto, la importante sentencia del Tribunal Constitucional peruano, 641/2021, Expediente 02970-2019-PHC/TC, en la que se declara la ilegitimidad constitucional del artículo 20 del Código Civil peruano. Al n. 57 se lee lo siguiente: "Para los magistrados que suscribimos el presente voto singular, el establecer la prioridad del apellido paterno por sobre el materno en la asignación del nombre vulnera el principio-derecho de igualdad por razón de sexo, y avala la cosificación estereotipada que ha tenido la mujer en el ámbito familiar, por las razones que ya han sido expuestas precedentemente". Merece especial atención el hecho de que en la sentencia haya un párrafo expresamente dedicado a instar al legislador a que modifique la normativa vigente lo antes posible. En los nn. 58 y 59 se lee lo que sigue: "De acuerdo con lo señalado precedentemente, el artículo 20 del Código Civil es constitucional siempre y cuando se interprete que no establece ningún orden de prelación en la asignación de los apellidos paterno y materno al hijo, por lo que es válido que los progenitores puedan decidir y escoger finalmente el orden de los apellidos de los hijos. No obstante, dicho artículo no prevé los casos en los que exista disconformidad entre los padres para la asignación del apellido.

59. En esa lógica, consideramos necesario exhortar al legislador, en el marco de lo constitucionalmente posible, a establecer en el artículo 20 del Código Civil el mecanismo de solución ante la disconformidad de ambos progenitores para asignar el orden de los apellidos a los hijos. En esa medida, se podrá tomar a modo de ejemplo la experiencia comparada, que delega la solución a un tercero (el juez) o a un mecanismo objetivo (un sorteo), entre otros métodos".

Pensando en el caso más sencillo, es decir, dos progenitores de distinto sexo, es evidente que en caso de que exista un desacuerdo sobre si el primer apellido debe ser el del padre o el de la madre ello habría llevado a una potencial preferencia por uno de los dos géneros. Esto sería incompatible con el principio de igualdad sustancial y formal⁴². Por no hablar de que, en el caso de los progenitores del mismo sexo, es decir, de una pareja homoparental⁴³, esa solución habría sido totalmente inadecuada. Siendo así, se clarifica la necesidad de encontrar un criterio esencialmente neutral⁴⁴.

Una primera propuesta, hacia la que manifesté en su momento cierta preferencia, era establecer *a priori* el orden de los dos apellidos por orden alfabético. Esta solución, sin embargo, no está exenta de críticas, ya que, por un lado, podría generar de forma abstracta un potencial fortalecimiento de los apellidos que comienzan por las primeras letras del alfabeto en detrimento de los demás y, por otro lado, podría atribuir a aquel progenitor que tiene el apellido alfabéticamente prevalente una situación de potencial y mayor fortaleza, ya que sabría *a priori* que, en caso de que se diera un desacuerdo, su apellido sería el primero.

Aunque la primera crítica me parece poco relevante, ya que el caso de desacuerdo entre los padres debe ser un caso residual y, por lo tanto, el riesgo de perder los apellidos que empiezan por las últimas letras del alfabeto me parece solo potencial. Por otro lado, la segunda opción es más relevante, aunque todavía no ha sido planteada por otros.

Establecer *a priori* que en caso de desacuerdo entre los progenitores prevalece el apellido según el criterio alfabético equivale a otorgar a uno de los progenitores, independientemente del sexo y en función alfabética, una potencial situación de fuerza que además podría inducirlo a negar estratégicamente el consentimiento a sabiendas de que su apellido prevalecería sobre el otro.

Con respecto a esta última posible crítica y con el fin de encontrar una solución neutral, podría ser preferible un modelo similar al español o al alemán. En estos modelos, en caso de que exista un desacuerdo entre los progenitores, se provee directamente al

42 Esta es precisamente la cuestión en la legislación peruana que fue objeto de la importante sentencia del Tribunal Constitucional 641/2021, Expediente 02970-2019-PHC/TC, n. 9: "En tal sentido, corresponde determinar si lo establecido en el artículo 20 del Código Civil puede ser inaplicable en el caso de autos, pues la demandante asevera que su derecho a la identidad se ha visto vulnerado, ya que toda la vida ha ostentado primero el apellido materno y así es como la reconocen en la sociedad y como ella misma se siente identificada".

43 Véase la nota 43.

44 Tal exigencia fue expresada por el Tribunal Constitucional peruano en su importante Sentencia 641/2021, Expediente 02970-2019-PHC/TC, en la que señala al n. 45 que "como se advierte, en las legislaciones reseñadas se faculta a ambos padres, varón y mujer, a poder elegir previa decisión el orden del apellido que tendrá el hijo. Asimismo, ante la falta de convenio, se establecen fórmulas objetivas que permitan garantizar la satisfacción de ambas partes, como es que la decisión la adopte finalmente el juez o se determine por sorteo".

encargado de registro civil. Según el sistema español, el encargado del registro civil lo hace "atendiendo al interés superior del menor" (artículo 49.2 LRC), mientras que según el sistema alemán lo hace mediante sorteo.

Entre las dos soluciones, creo que la preferible es la del sorteo⁴⁵, ya que establecer cuál debe ser el primer apellido respecto al interés del menor implica una valoración discrecional difícil y respecto a la cual no siempre es fácil tomar una decisión objetiva.

El Tribunal Constitucional italiano no podía dejar de pronunciarse al respecto porque establecer que el orden de los dos apellidos lo deciden los padres implica necesariamente la necesidad de determinar la regla para el caso de falta de acuerdo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, también con la intención de evitar dictar otra norma de detalle, que estaría fuera de su competencia, y probablemente con el objetivo de no perjudicar indebidamente una futura opción político-legislativa, adopta una no decisión.

Establece que, en caso de desacuerdo entre los progenitores, deben aplicarse las normas a las que, hoy en día, se confía la resolución de un desacuerdo entre los progenitores sobre decisiones de especial relevancia relativas a las hijas y los hijos. Por lo tanto, el instrumento para resolver el litigio será el recurso a los tribunales en las formas simplificadas previstas en los artículos 316 y 337 *ter* del Código Civil italiano. Los progenitores se dirigirán a la autoridad judicial, sin formalidades, que indicará en primer lugar la solución que parece preferible y, en caso de que persista el desacuerdo, confiará la decisión a uno de los dos progenitores.

Ni qué decir sobre la opción de confiar la decisión a un tercero (autoridad judicial), pidiéndole que valore lo que es mejor para la hija o el hijo. Desde un punto de vista puramente teórico parece la mejor decisión posible, pero desde un punto de vista práctico se expone a no pocos problemas de aplicación. Aunque no se niega que puede haber casos en los que es posible elegir razonablemente qué apellido debe ser el primero de la hija o del hijo, de acuerdo con su interés superior, no cabe duda de que en la mayoría de ellos este criterio puede ser difícil de aplicar, ya que puede ser muy complicado establecer qué orden de apellidos realiza mejor el interés superior de la hija o del hijo. Distinto, desde luego, es el caso en el que la decisión sobre el cambio de apellido no afecta al recién nacido, sino a una persona menor de edad⁴⁶.

45 Merece la pena señalar que, según este estudio, incluso el criterio del sorteo parece exponer a un cierto riesgo: Martínez Pinilla (2018).

46 En tal caso, es evidente que cualquier decisión relativa al apellido implica una valoración de todas las circunstancias y requiere una decisión que responda al interés superior del menor. Un ejemplo para todos es la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de diciembre del 2020, en el BOE n. 22, del 26 de enero del 2021 (ECLI:ES:TC:2020:178), que señala lo siguiente: "En opinión de este tribunal, la cuestión que debía resolverse en este supuesto, y repetimos que debió analizarse como

b. Lo dudoso

La decisión del Tribunal Constitucional es plenamente compartible cuando afirma que la hija o el hijo debe adoptar los apellidos de ambos progenitores en el orden que ellos acuerden. Este principio se justifica invocando tanto el principio de igualdad moral y jurídica de los progenitores como el derecho a la identidad de la hija o el hijo (Álvarez Escudero, 2019).

Sin embargo, pierde su brillo y su coherencia intrínseca cuando afirma que los padres pueden acordar que la hija o el hijo lleve un solo apellido, esto es, cuando señala que el doble apellido puede abandonarse si los progenitores lo desean o prefieren.

Si bien esta afirmación es plenamente respetuosa con el principio de igualdad moral y jurídica de los dos progenitores, no parece igualmente coherente cuando se mide con el derecho a la identidad de la hija o el hijo.

El Tribunal Constitucional parece decir que es necesario que cada hija o hijo tenga el apellido de ambos progenitores porque, más allá de la cuestión de la igualdad, el doble apellido permite a la hija o al hijo poder identificarse con ambos progenitores (independientemente de que sean heterosexuales u homosexuales) y, por lo tanto, entenderse en la complejidad de su familia⁴⁷.

Tras afirmar este importante principio, parece, sin embargo, señalar que, con el consentimiento de ambos progenitores, se puede derogar a la regla. Parece indicar

cuestión de fondo porque en este caso no regía el principio preclusivo, no era tanto si el cambio de apellidos era perjudicial para la hija común, como sí, partiendo de que ostentaba como primero desde su nacimiento el apellido de la madre, le era beneficiosa una alteración de este orden. Sobre este particular, hemos de señalar que la sentencia de apelación no motivó su decisión conforme a los cánones establecidos para estos casos, pues se limitó a aplicar el art. 194 del Reglamento de la Ley del registro civil que dispone que cuando existe desacuerdo entre los progenitores, debe imponerse el apellido paterno como primero y el materno como segundo, sin ponderar las circunstancias concretas del caso sometido a su enjuiciamiento, ni explicar cuál fuera el beneficio que la alteración de los apellidos le otorgaba a la menor. A juicio de este tribunal, en este caso, al igual que en la STC 167/2013, de 7 de octubre, FJ 7, debían haberse tomado en consideración todas las circunstancias que concurren, debiendo justificar razonadamente el órgano judicial de apelación el beneficio que para la menor suponía la alteración de sus apellidos respecto a la situación jurídica y de hecho de la que ya gozaba... Por las razones expuestas, hemos de afirmar que, desde la perspectiva constitucional, en las resoluciones impugnadas en este recurso de amparo debió resolverse la cuestión de fondo planteada relativa al orden de los apellidos de la menor y ponderarse especialmente su mayor beneficio, teniendo en cuenta que el derecho al nombre integra su personalidad". Sobre la sentencia, véase Salas Carceller (2021). En la jurisprudencia italiana, Cass., 16 gennaio 2020, n. 772, en *Leggi d'Italia*.

47 Sobre la identidad personal, véase Fernández Sessarego (1992). El autor precisa que, cuando se hace referencia a la identidad de la persona, se refiere no solo a la percepción que la persona tiene de sí misma y que quiere que los demás tengan de ella (la llamada identidad estática), sino también a la forma en que permite que los demás reconozcan la individualidad y singularidad del ser humano (la llamada identidad dinámica o proyectiva).

que la hija o el hijo tiene derecho a identificarse con ambos progenitores, tomando los apellidos de ambos, siempre que no prefieran que lleve solo un apellido.

Para comprobar la consistencia de esta afirmación y, por lo tanto, la solidez de este principio adicional, es necesario comprender un poco más profundamente la relación entre el apellido y la identidad de la hija o el hijo y, antes de eso, comprobar si en la ponderación entre la identidad de la hija o el hijo y la igualdad de los progenitores la primera debe salir perdiendo frente a la segunda.

Si así fuera, no cabe duda de que la elección del Tribunal Constitucional sería plenamente respaldada, ya que acabaría dando protagonismo al principio que más pesa.

Sin embargo, tal eventualidad no puede producirse y la ponderación de los dos principios debe resolverse exactamente a la inversa. De hecho, hay que negar que, con respecto al apellido de las hijas y/o hijos, la cuestión de la igualdad puede tener más peso que el derecho a la identidad.

El apellido, al ser un elemento de identificación de la persona, tanto dentro de la propia comunidad familiar como en la comunidad social en la que vive y desarrolla su personalidad, tiene una interconexión mucho más relevante con el derecho a la identidad de su titular que con la referencia a la igualdad de los progenitores.

En lo que respecta a la cuestión del apellido, el principio de igualdad entre los progenitores tiene mucho menos peso que la identidad de la hija o el hijo, ya que el primero concierne a los padres y solo sirve para permitir un equilibrio entre ambos, mientras que el segundo sirve como medio de identificación de la persona.

La regla, o si preferimos el principio, debería haber sido exactamente lo contrario. La hija o el hijo siempre toma el apellido de ambos progenitores y el consentimiento de ellos solo puede ser válido para establecer el orden de los dos apellidos, pero no para permitir que la hija o el hijo tengan un solo apellido.

A la luz de estas consideraciones, creo que permitir la transmisión de un solo apellido con el consentimiento de ambos progenitores constituye una prerrogativa poco razonable y que hubiera sido preferible, también con vistas a superar definitivamente el antiguo modelo de familia patriarcal.

No cabe duda de que el camino emprendido valientemente por el Tribunal Constitucional en el 2016⁴⁸ y llevado a término con la sentencia del 2022⁴⁹ cambia radicalmente la fisonomía de la regulación de los apellidos de los descendientes, pero al mismo tiempo impone al legislador la carga de dotarse, cuanto antes, de una

48 Véase la nota 16.

49 Véase la nota 1.

regulación detallada y coherente con el nuevo principio del derecho. No cabe duda de que el legislador tendrá que tomar decisiones importantes y que también le corresponderá decidir si es posible que se transmita un solo apellido con el acuerdo de los progenitores.

No creo que constituya una opción vinculante y el legislador bien podría realizar una elección diferente, previendo que las hijas y los hijos tengan siempre doble apellido y haciendo de este principio, como ocurre hoy en España y en todos los países que prevén necesariamente que las hijas y los hijos tengan doble apellido, un principio de orden público.

Es fácil esperar, a la vista de la experiencia pasada, que del Parlamento italiano no saldrán normas detalladas y adecuadas para resolver problemas concretos y, sobre todo, que no se cambiará absolutamente nada con respecto a lo que ha decidido el Tribunal Constitucional con esta última sentencia. Es muy posible esperar que el Parlamento continúe en su ruidosa inercia y que ni siquiera proporcione los reglamentos detallados necesarios.

La única esperanza es que, dentro de unos años, el Tribunal Constitucional vuelva a tratar el tema y con más tiempo de maduración, como hizo en el 2016 respecto al 2006 y en el 2022 respecto al 2018, elimine definitivamente la posibilidad de que hijas e hijos puedan llevar un solo apellido si hay acuerdo de los progenitores. Es decir, que afirme, con la sensibilidad que siempre ha mostrado, como autor e impulsor, al menos en la última década, de las reformas más significativas en materia de derechos sociales, que el doble apellido constituye, por sus implicaciones personales y culturales, un principio de orden público del ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

- Álvarez Escudero, R. (2019). *Daños en las relaciones familiares y el derecho a la identidad en la filiación*. Thomson Reuters.
- Álvarez González, S. (2003). Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (5), 1657-1663.
- Barba, V. (2017). Unione civile e adozione. *Famiglia e Diritto*, 381-395.
- Barba, V. (2021). Un altro “no” alla genitorialità omosessuale: tra pregiudizi, ordine pubblico e discriminazioni. En C. Granelli, *I nuovi orientamenti della cassazione civile* (pp. 59-73). Giuffrè.
- Barba, V. (2022a). Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana. *Actualidad Civil*, (1), 1-27.

- Barba, V. (2022b). Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore. En R. Senigaglia & A. Cordiano, *Diritto civile minorile* (pp. 125-158). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Bugetti, M. N. (2004). L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari. *Famiglia e Diritto*, (5), 442-450.
- Favale, R. (2017). Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore. *Giurisprudenza Italiana*, (4), 815-824.
- Favilli, C. (2017). Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli. *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, (6), 823-830.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Astrea.
- Gete Alonso, M. C. (2017). Expresiones jurídicas del ejercicio de la identidad personal y de la autodeterminación. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, 18(3), 661-678.
- Giardina, F. (2014). Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in "controluce". *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, (3), 139-142.
- Grossi, P. (2003). La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico. *Quaderni Fiorentini*, 32(1), 25-53.
- Martínez Pinilla, R. (2018). Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos. *TEMat*, (2), 1-13. <https://temat.es/articulo/2018-p1>
- Mounier, E. (1949). *Le personalisme*. Presses Universitaires de France.
- Perlingieri, G. (2015). *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Perlingieri, P. (1969). Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare. *Riv. Dir. Comm.*, (I), 455-456.
- Perlingieri, P. (1975). Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. *Diritto e Giurisprudenza*, 826.
- Perlingieri, P. (1985). L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi. *Rassegna di Diritto Civile*, 990-1017.
- Perlingieri, P. (1992). *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Perlingieri, P. (1999). Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti. *Rass. Dir. Civ.*, 802.

- Perlingieri, P. (2005a). Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente. *Rass. Dir. Civ.*, 188.
- Perlingieri, P. (2005b). *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Perlingieri, P. (2010a). Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica. *Riv. Dir. Civ.*, (I), 317.
- Perlingieri, P. (2010b). Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto". *Rivista di Diritto Privato*, (4), 7-28.
- Perlingieri, P. (2012). *Interpretazione e legalità costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Perlingieri, P. (2020a). *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (4.ª ed., vols. I, II, III, IV y V). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Perlingieri, P. (2020b). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti. II. Fonti e interpretazione*. (4.ª ed.). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Rodotà, S. (1967). Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. *Rivista di Diritto Commerciale*, (3-4), 83-96.
- Salas Carceller, A. (2021). El interés del menor y el orden de los apellidos. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (2).
- Teruel Lozano, G. M. (2011). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo. Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el Derecho internacional privado de los Estados. *Anales del Derecho*, (29), 177-223.
- Tullio, L. (2017). Analogia: tra uguaglianza, ragione d'essere e meritevolezza di estensione. En G. Perlingieri & M. D'Ambrosio (Eds.), *Fonti, metodo e interpretazione* (pp. 101-121). Edizioni Scientifiche Italiane.

BIBLIOGRAFÍA

- Al Mureden E. (2017). L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità del figlio. *Famiglia e Diritto*, (3), 218-224.
- Arce y Flórez-Valdés J. (1986). *El derecho civil constitucional*. Civitas.
- Barba, V. (2018). La tutela della famiglia tra persone formate dello stesso sesso. *GenIUS*, 68-84.

- Barone, A., & Calò, E. (2005). Il cognome dei soggetti bipolidi nell'ordinamento comunitario. *Corriere Giuridico*, 680-688.
- Bianca, C. M. (2013). La legge italiana conosce solo figli. *Rivista di Diritto Civile*, 1-6.
- Bianca, C. M. (2019). Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale. En U. Salanitro (Coord.), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme* (pp. 119-125). Pacini.
- Bova, R. M. (2010). Il cognome del figlio legittimo con doppia cittadinanza: confronto tra l'ordinamento interno, il diritto sovranazionale e le legislazioni degli stati europei. *Famiglia e Diritto*, (11), 1043-1052.
- Carbone, V. (2001). Figlio naturale tra cognome materno (riconoscimento) e paterno (legittimazione giudiziale). *Famiglia e Diritto*, (3), 267-274.
- Carbone, V. (2012). Conflitto sul cognome del minore che vive con la madre tra il patronimico e il doppio cognome. *Famiglia e Diritto*, (2), 133-142.
- Carbone, V. (2014). La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio: Corte europea dei diritti dell'uomo 7 gennaio 2014, n. 77/07. *Corriere Giuridico*, (3), 205-220.
- Carbone, V. (2017). Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo. *Corriere giuridico*, 2, 167-174.
- Castro, F. de. (1935). El derecho civil y la Constitución. *Revista de Derecho Privado*, (33).
- Cattaneo, G. (1997). Il cognome della moglie e dei figli. *Rivista di Diritto Civile*, (5), 691-703.
- Chiappetta, G. (2014). I nuovi orizzonti del diritto allo stato unico di figlio. En G. Chiappetta (Coord.), *Lo stato unico di figlio* (p. 11 y 12.). Edizioni Scientifiche Italiana.
- Cicu, A. (1914). *Il diritto di famiglia. Teoria generale*. Athenaeum.
- Femia P. (2018). *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti privati. Un percorso nella dottrina tedesca*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Fioravanti, C. (2017). Sul cognome della prole: nel perdurante silenzio del legislatore parlano le corti. *Nuove Leggi Civili Commentate*, (3), 626-652.
- García Rubio, M. P. (2002). La eficacia "inter privados" (Drittwirkung) de los derechos fundamentales. En *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera* (vol. I, pp. 297-314). Consejo General del Notariado.
- García Torres, J., & Jiménez-Blanco y Carrillo de Albornoz, A. (1986). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Civitas.

- Gutiérrez Santiago, P. (2011). La constitucionalización del derecho civil. *Estudios de Derechos*, 68(151), 51-86.
- Imarisio, L. (2019). La questione del cognome tra identità della persona, riconoscibilità sociale della coppia e interesse dei minori. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, (4), 789-806.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino.
- Marino y Borregó, R. de. (1985). La constitucionalización del derecho civil. En *Incidencia de la Constitución en las normas aplicadas por los Tribunales de Justicia: Segundas Jornadas de Derecho Judicial* (pp. 135-149). Ministerio de Justicia.
- Pérez Gallardo, L. (2020). Las nuevas construcciones familiares en la sucesión "ab intestato", en pos de superar trazos hematológicos. En L. Pérez Gallardo, *El derecho de sucesiones que viene* (pp. 213-240). Ediciones Olejnik.
- Pérez Gallardo, L. (2021). Hacia una legítima asistencial: ni Escila ni Caribdis. En V. Barba & L. Pérez Gallardo (Coords.), *Los desafíos contemporáneos de la legítima hereditaria* (pp. 113-154). Ediciones Olejnik.
- Perlingieri P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Jovene.
- Rescigno, P. (1968). Per una rilettura del Codice civile. *Giurisprudenza italiana*, (IV), 209-224.
- Sesta, M. (2013). L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari. *Famiglia e Diritto*, 231-241.
- Sesta, M. (2014). Stato unico di filiazione e diritto ereditario. *Rivista di Diritto Civile*, (1), 1-34.
- Stefanelli, S. (2014). Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma. *Famiglia e Diritto*, (3), 221-230.
- Swennen, F., & Croce, M. (2016). The symbolic power of legal kinship terminology: an analysis of 'co-motherhood' and 'duo-motherhood' in Belgium and the Netherlands. *Social & Legal Studies*, 25(2), 181-203.
- Trimarchi, M.: (2013). Diritto all'identità e cognome della famiglia. *Jus civile*, 34-45.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EN BRASIL*

ANDERSON SCHREIBER**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Río de Janeiro, Brasil

Recibido: 29 de junio del 2021 / Aceptado: 11 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5265>

RESUMEN. Análisis sobre el papel del derecho contractual en la concretización de los valores constitucionales brasileños, especialmente de la *igualdade substancial* (igualdad sustancial), a través de las perspectivas normativa, deontológica y práctica. Bajo la perspectiva normativa, son identificadas las normas en la Constitución brasileña que transmiten valores como la reducción de las desigualdades, la solidaridad social y la protección de la dignidad humana. En la perspectiva deontológica, se apunta a la aplicabilidad de estos valores al derecho de las obligaciones y de los contratos en Brasil. Finalmente, se analiza cómo sigue la práctica así como las dificultades encontradas en la aplicación de la metodología civil constitucional al derecho contractual en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Brasil / constitucionalización / derecho contractual / valores constitucionales / igualdad

THE CONSTITUTIONALIZATION OF CONTRACT LAW IN BRAZIL

ABSTRACT. Analysis of the role of the Law of Contracts in the concretization of Brazil's constitutional values, especially "igualdade substancial" (substantial equality), through normative, deontological and practical perspectives. Under the normative perspective, it can be identified the Brazilian Constitution that transmits values such as the reduction of inequalities, social solidarity and protection of human dignity. From the

* Transcripción de la ponencia pronunciada en el seminario internacional "El derecho civil constitucional. La constitucionalización del derecho civil", organizado el 9 y 10 de junio del 2021 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y el Grupo de Investigación en Derecho Civil.

** Docente Titular de Derecho Civil de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (Brasil). Docente de la Fundação Getúlio Vargas (FGV) (Direito-Rio). Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Doctor en Derecho Privado Comparado por la Università degli Studi del Molise (Italia). Máster en Derecho Civil por la UERJ. Procurador del Estado de Río de Janeiro. Abogado.

deontological perspective, the applicability of these values to the Law of Obligations and Contracts in Brazil is pointed out. Finally, an analysis of the practical scenario and the difficulties encountered in applying the constitutional civil methodology to Contract Law in Brazil is carried out.

KEYWORDS: Brazil / constitutionalization / contract law / constitutional values / equality

Estimados colegas:

Antes de comenzar, quisiera agradecer al profesor Enrique Varsi por la invitación. La pregunta que ustedes, señoras y señores, probablemente quieren escuchar de mí es la siguiente: ¿habría una constitucionalización del derecho contractual en Brasil?

Me gustaría comenzar a responder esta pregunta a través de una inversión de la cuestión y un planteo más general: ¿cuál debería ser, en nuestra opinión, el papel del derecho privado, y en particular del derecho contractual, en la concretización de los valores constitucionales?

Y para que no nos quedemos en un plano tan abierto, en una alusión tan amplia a los “valores constitucionales”, que naturalmente varían conforme a cada experiencia jurídica y cada ordenamiento, quisiera centrarme en uno de estos valores constitucionales que están expresamente en la Constitución brasileña y en las constituciones de los países aquí representados. El valor constitucional que quizá expresa con mayor intensidad nuestro anhelo no realizado como sudamericanos: el valor de la igualdad sustancial.

La Constitución brasileña establece expresamente lo siguiente: “Art. 3 Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil ... III.— Erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales” [traducción del autor].

La Constitución peruana, en sentido próximo, establece lo que sigue:

Artículo 59. Rol Económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. *El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad* [énfasis añadido]; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

En la misma dirección, la Constitución de la Nación Argentina prevé lo siguiente:

Artículo 75.— Corresponde al Congreso:

...

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, *al progreso económico con justicia social* [énfasis añadido], a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Veamos también lo que señala la Constitución colombiana:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, *promover la prosperidad general* [énfasis añadido] y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la

participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Como nos enseñó Joaquín Torres García (1944), “nuestro norte es el sur”.

Quizá nada nos define más que el deseo de reducir las desigualdades sociales y económicas que azotan a nuestro continente. El problema de la desigualdad es quizá el problema esencial de la vida en nuestro planeta, pero es innegable que es aún mayor debajo de la línea del ecuador. Y, debido a que es tan dramático y palpitante, y por eso define nuestra existencia, me gustaría centrarme en él y responder a la siguiente cuestión: ¿cuál debería ser, en nuestra opinión, el papel del derecho privado, y en particular del derecho contractual, en la concretización del valor constitucional de la igualdad sustancial, un valor común a nuestras cartas magnas?

La relevancia de esta pregunta me parece indiscutible. Estamos asistiendo, en este momento, a una toma de conciencia generalizada, especialmente en los llamados “países en desarrollo”, de que la desigualdad social y económica se ha intensificado o, al menos, se ha mantenido en niveles incompatibles con la riqueza disponible para los sectores más altos de la sociedad. Cito a Bauman (2015):

En la Era de la Ilustración, durante la vida de Francis Bacon, Descartes o incluso Hegel, el nivel de vida en cualquier lugar de la Tierra nunca era más del doble que en la región más pobre. Hoy, el país más rico, Qatar, se jacta de tener una renta *per cápita* 428 veces mayor que la del país más pobre, Zimbabwe. Y no olvidemos que se trata de comparaciones entre promedios, y por tanto evocadoras de la jocosa receta del paté de conejo con carne de caballo: tome una liebre y un caballo ... La tenaz persistencia de la pobreza en un planeta que vive los espasmos de un fundamentalismo del crecimiento económico es suficiente para que la gente atenta se detenga y reflexione sobre las pérdidas directas, así como los efectos colaterales de esta distribución de la riqueza. (pp. 9-10)

La igualdad sustancial —bien resumida en la fórmula del jurista brasileño Rui Barbosa (2009)—, según la cual es necesario “prorratear desigualmente a los desiguales, en la medida en que se desigalen” [traducción del autor], permanece más viva en el papel de las constituciones que en la realidad de los hechos. En pleno siglo XXI, el tan a menudo invocado “derecho a la igualdad” todavía es un tema que espera su concretización.

¿Y qué puede hacer el derecho contractual para cambiar esta realidad?

El contrato, como sabemos, es uno de los institutos jurídicos más relevantes de la vida contemporánea (Haupt, 2012, p. 45). Hoy, incluso se habla de “contractualización” de las relaciones sociales o “pancontractualismo” (Galgano, 2000, p. 919) para designar la extensión del modelo contractual a las relaciones que antes se regían por otro tipo

de estructuras. De esta forma, el contrato se inmiscuye en el derecho de familia a través de acuerdos de convivencia y pactos de unión estable; en el derecho sucesorio, a través de diferentes técnicas de la denominada planificación sucesoria; en el derecho administrativo, por medio de la migración paulatina de técnicas de imperio (expropiación, etcétera) hacia instrumentos consensuales (por ejemplo, acuerdos y condiciones de cooperación), a raíz de lo que ya se ha denominado “fuga hacia el derecho privado” (Estorninho, 2009); en el derecho procesal y en el ejercicio de la jurisdicción, mediante cláusulas compromisorias y compromisos arbitrales; en el propio proceso civil estatal, por la novedosa figura de los negocios jurídicos procesales, e incluso en el derecho penal para la firma de convenios de lenidad y colaboración premiada, tan de moda en el Brasil de hoy.

¡El contrato, en definitiva, está en todas partes! Y esto debería reforzar la importancia de su instrumentalización para la concretización de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico. ¿No debería el contrato jugar, de alguna manera, el papel de realizador de esta tabla axiológica más igualitaria?

Esta cuestión ha permanecido extraña a la gran mayoría de los estudios realizados en el campo del derecho contractual no solo en Brasil, sino también en varios países cuyas constituciones tienen disposiciones similares. Forjado bajo la influencia decisiva del pensamiento liberal y voluntarista consagrado en la Revolución francesa (Giorgianni 1998, p. 38), el derecho contractual contemporáneo sigue vinculado a una defensa, a veces exacerbada, de la libertad de contratar y *del pacta sunt servanda*, como antítesis de cualquier injerencia del orden jurídico (Ferri, 1959, p. 128).

Incluso entre los juristas que apoyan la eficacia normativa de los principios constitucionales y su aplicación directa a las relaciones privadas —defensores de la constitucionalización del derecho civil— poco, “muy poco”, se ha dicho sobre la igualdad sustancial en el campo del derecho contractual (Chiodi, 2009, p. xi).

Por ningún otro motivo, Giovanni Chiodi (2009) ya se ha referido, en Italia, a este tema como *nodo irrisolto* del derecho privado contemporáneo.

De hecho, la progresiva superación de la dicotomía entre derecho público y derecho privado, si bien ha contribuido a la llamada “socialización” de este último (Giorgianni 1998, p. 49), aún no parece haber sido suficiente para asegurar una visión del campo específico del derecho contractual como un terreno para la realización efectiva del interés social, especialmente a la hora de garantizar la reducción de las desigualdades, en una perspectiva de lograr una igualdad sustancial (Stiglitz, 1993, p. 271; Roppo, 1988, p. 38).

Es emblemático, en este sentido, que un filósofo tan dedicado a la elaboración de una “teoría de la justicia” que reúne fundamentalmente los valores de libertad e igualdad,

como es el caso de John Rawls, haya descartado expresamente un papel sustancial del derecho contractual en la realización de la igualdad. Veamos lo que nos dice:

La estructura básica comprende, en primer lugar, las instituciones que definen el trasfondo social, incluyendo también aquellas operaciones que constantemente ajustan y compensan las tendencias inevitables de distanciamiento con relación a la justicia básica, como las operaciones de impuestos sobre la renta y la herencia, destinadas a equilibrar la posesión de las propiedades. Esta estructura también impone, a través del sistema legal, otro conjunto de normas que rigen las transacciones y acuerdos entre individuos y asociaciones (las leyes contractuales, etc.). Las normas relativas a fraudes, la coacción y similares son parte de estas reglas y satisfacen los requisitos de simplicidad y viabilidad. Están formuladas de manera que los individuos y las asociaciones sean libres de actuar con eficacia para lograr sus fines, sin estar sujetos a restricciones excesivas. En conclusión: comenzamos con la estructura básica y vimos cómo esa misma estructura debería hacer los ajustes necesarios para preservar la justicia básica. De hecho, lo que buscamos es una división del trabajo institucional entre la estructura básica y las normas que se aplican directamente a los individuos y asociaciones, y que sean obedecidas por ellos en las transacciones particulares. Si se puede establecer esta división del trabajo, los individuos y las asociaciones quedan libres para llevar a cabo sus propósitos de manera más efectiva dentro de la estructura básica, con la seguridad de saber que, en otra parte del sistema social, se están realizando las correcciones necesarias para preservar la justicia básica [traducción del autor]. (Rawls, 2000, pp. 320-321)

En una especie de división del trabajo entre las ramas del derecho, las reglas del derecho privado tendrían, a juicio de Rawls, el alcance de asegurar que los individuos y las asociaciones sean “libres para llevar a cabo sus fines con mayor eficacia”, con “la seguridad de saber que en otra parte del sistema social se están haciendo las correcciones necesarias para preservar la justicia básica” (Scheffer, 2015, p. 218).

Como tantos otros pensadores, Rawls parece creer que el derecho contractual se limita a garantizar la libertad de los individuos para perseguir sus propios intereses, mientras que la realización de los demás valores que conforman la idea de justicia, especialmente la redistribución de la riqueza, se llevaría a cabo por otros sectores del derecho, en particular el derecho tributario. Por lo tanto, la autonomía privada seguiría siendo una libertad plena, gobernada únicamente por la búsqueda de intereses individuales (Ferri, 1959, p. 158), bajo una nueva apariencia de la conocida ideología liberal-voluntarista del siglo XIX.

Se pueden plantear importantes objeciones contra este entendimiento, además de una evidente fractura en la unidad del ordenamiento jurídico, que eximiría al derecho contractual de la función sistémica de concretización de los principios constitucionales

en las relaciones privadas (Perlingieri, 2008, p. 592 y pp. 596-597)¹. Ya se ha observado, desde una perspectiva filosófica, que el derecho contractual tendría, al menos, una ventaja sobre el derecho tributario en un eventual papel de reducción de las desigualdades:

Bajo un régimen tributario redistributivo, la riqueza primero debe ser recaudada por el Estado y luego redistribuida a los beneficiarios del impuesto. Cada uno de estos dos pasos tiene costos administrativos. En contrapartida, si una restricción redistributiva de la libertad contractual logra su propósito, provoca una transferencia directa de riqueza de un grupo a otro sin ninguna mediación del Estado. En igualdad de condiciones, esto significa una reducción de los costos administrativos (Kronman, 1979-1980, p. 509).

Algunos ejemplos específicos de una acción redistributiva del derecho contractual se han vislumbrado en normas que establecen el salario mínimo, que reprimen la usura o que limitan las tasas de interés en las relaciones contractuales (Kronman, 1979-1980, p. 473 y p. 507). En general, sin embargo, el derecho contractual todavía parece continuar en busca de una definición de su papel en la reducción de las desigualdades.

En Brasil, la preocupación por la “justicia” material de las relaciones contractuales se ha restringido, casi siempre, a campos caracterizados por la protección de los denominados contratantes vulnerables, de los cuales la figura del consumidor es un claro ejemplo. De este modo, se esparcen entre nosotros nuevas dicotomías, como la que distingue, por un lado, los “contratos de consumo” y, por otro lado, los “contratos empresariales” (Azevedo, 2008, pp. 231-232).

Mal comprendidas, tales distinciones pueden terminar apoyando intentos de limitar la incidencia de los principios constitucionales a los contratos de consumo, reeditando el entendimiento de que los contratos empresariales consisten en latifundios del liberalismo en los que la libertad contractual podría ejercerse sin ningún control de contenido por parte del orden legal. Este enfoque, basado en una mirada formalista y de categoría, resulta antisistemática, ya que cava un profundo foso en el universo de las relaciones contractuales, fragmentando y, en consecuencia, restringiendo la concretización de los valores constitucionales. Esto se debe a que, a diferencia de lo que ocurre con consumidores, las partes contratantes en general tendrían la libertad de contratar como un fin en sí mismo, inmunes a las intervenciones jurídicas de carácter material. El objeto de su contratación escaparía a las evaluaciones del orden jurídico y ni siquiera un mínimo equilibrio contractual quedaría asegurado a las partes.

Estamos convencidos de que algo diferente debe ocurrir. Y tenemos instrumentos para eso. Creciendo en nuestra doctrina y jurisprudencia, especialmente ahora a raíz de

1 Para una descripción de la influencia de la construcción perlingieriana en Brasil, véase Schreiber (2013, pp. 5-24).

la pandemia del COVID-19, la adhesión a una idea más sólida de “principio de equilibrio contractual”, también llamado “principio de justicia contractual” o “principio de equivalencia material de los contratos”, entre otras denominaciones (Schreiber, 2021, p. 24). Este principio, aunque puntualmente consagrado en los artículos 317 y 478 del Código Civil brasileño, tiene el poder de retomar tradiciones antiguas, como la cláusula *rebus sic stantibus* del derecho medieval, para permitir el control del contenido del contrato en el derecho contemporáneo a favor de un reequilibrio más efectivo entre las partes contratantes.

De este modo, la “justicia” del contrato dejaría ese campo que fue denominado perspicazmente por Jean Carbonnier (1986) *le non-droit des contrats* (“el no derecho de los contratos”) para volver al campo de estudio de los civilistas (p. 37).

También el principio de la función social del contrato, consagrado en el artículo 421 del Código Civil brasileño, ha sido invocado por nuestros tribunales especialmente en la defensa de intereses socialmente relevantes que pueden verse afectados negativamente por los contratos, refiriéndose en última instancia a una idea de reducción de las desigualdades en el ámbito social.

Un buen ejemplo se encuentra en la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro (TJRJ), que, ante una acción de revisión contractual que buscaba extender el plazo estipulado convencionalmente para el inicio del pago de las cuotas de un préstamo, invocó la función social para conceder lo solicitado, considerando que la actora era una empresa que buscaba instalar una industria en una pequeña ciudad del interior, lo que promovería el desarrollo social y económico del lugar:

Es innegable que un emprendimiento como el que está implementando el demandante involucra una serie de intereses del Poder Público (municipal y del estado), futuros proveedores, múltiples empleados, estos en diferentes etapas de la implementación de la fábrica y producción futura, de las autoridades tributarias, que serán todos, directa e indirectamente, beneficiados por el negocio industrial. Además, el proyecto concreta principios, como la función social de la empresa, derivado de la función social de la propiedad, la reducción de las desigualdades regionales y sociales y la búsqueda del pleno empleo, valorando el trabajo y la libre iniciativa, asegurando la los principios orientadores del orden económico traídos por el art. 170 del CF, *verbis*: ‘El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y la libre iniciativa, tiene como objetivo asegurar una existencia digna para todos, de acuerdo con los dictados de la justicia social, observando los siguientes principios: I — soberanía nacional; II — propiedad privada; III — función social de la propiedad; IV — libre competencia; V — protección del consumidor; VI — defensa del medio ambiente, incluso mediante el tratamiento diferenciado según el impacto ambiental de los productos y servicios y sus procesos de elaboración y prestación; VII — reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII — búsqueda de pleno empleo; IX — trato favorecido para las pequeñas empresas constituidas bajo la ley brasileña y que tengan su domicilio social y administración en el país’ [énfasis añadido]. Se puede decir que, para un municipio del interior, con un IDH bajo y con pocas opciones de crecimiento económico, como

Itaocara, el establecimiento de una industria de la envergadura que ahora está en fase de finalización por la apelación y en inicio de la producción, representa una ganancia social y económica inequívoca, pues corresponde a los agentes públicos e intermediarios privados brindar oportunidades para el pleno funcionamiento del emprendimiento [traducción del autor]. (TJRJ, 2015)

Finalmente, la buena fe objetiva y la protección de la confianza han sido llamadas a jugar, en algunos escenarios, un papel en la protección de los contratantes vulnerables, incluso fuera de las relaciones de consumo. Si bien técnicamente este uso es cuestionable, se vislumbra una tendencia jurisprudencial en buscar atribuir al derecho contractual un rol más sustancial e incluso correctivo de la relación que se establece entre los individuos, superando una visión acotada del rol de garantizar la eficacia vinculante de la relación obligacional.

En esta línea, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) dictó una reciente sentencia en la que reconoció como violatoria de la buena fe objetiva la conducta de una empresa que, tras despedir a un determinado empleado, lo mantuvo vinculado al seguro de salud colectivo de la empresa durante casi diez años y solo realizó su exclusión cuando ya era anciano y jubilado. El STJ afirmó la ocurrencia de la *supressio*, dada la expectativa legítima del expleado de permanecer en el seguro de salud:

En cuanto al mérito del recurso, entiendo que el Tribunal de *a quo* hizo lo adecuado al aplicar la teoría de los actos propios en el caso de autos, en concreto la figura de la *supressio*. De hecho, la *supressio*, como consecuencia del principio de buena fe objetiva, consiste en la supresión de la efectividad de un derecho en virtud de la expectativa legítima generada en la otra parte respecto del no ejercicio de ese derecho por parte de su titular ... En el caso de autos, la antigua empleadora no ejerció su derecho de excluir al ex empleado del seguro de salud luego de 24 meses del despido sin causa, manteniéndolo en el seguro por casi 10 años, por lo que esta conducta omisiva se prolongó en el tiempo y se mostró apta para generar en el expleado la legítima expectativa de que se le mantendría en el plan de salud por tiempo indefinido, como es el caso de los exempleados despedidos después de la jubilación (art. 31 de la Ley 9656/1998). Sobre la base de esta expectativa legítima, fue posible aplicar la *supressio* al caso de autos, con el fin de quitar la eficacia del derecho que asistía a la estipulante a excluir al ex empleado del seguro de salud ... En este sentido, la exclusión tardía del expleado anciano lo coloca en una situación de extrema desventaja en el mercado de seguros de salud, ya que no podrá beneficiarse del aporte solidario de la generación más joven de ese plan de salud, aunque haya contribuido solidariamente para costear la generación anterior (más anciana), mientras estuvo vinculado al plan de salud. Es decir que el expleado se mantuvo en el plan mientras su aporte favorecía a los mayores, pero fue excluido justo cuando él mismo se hacía mayor, y comenzó a necesitar el aporte solidario de los más jóvenes para fijar una mensualidad proporcionalmente menor de la que la siniestralidad acentuada en último grupo de edad [traducción del autor]. (STJ, 2021)

Son aplicaciones principiológicas puntuales, aún incipientes, no tan técnicas u organizadas, pero expresan una creciente preocupación de la jurisprudencia brasileña por atribuir un papel algo más sustancial al derecho contractual en la concretización del proyecto constitucional. Con esto, vuelvo a la pregunta que se me propuso: ¿existe, después de todo, una constitucionalización del derecho contractual en Brasil?

Diría a ustedes que hoy existe en Brasil una gran producción doctrinal y jurisprudencial que reconoce la constitucionalización del derecho civil en términos generales². La constitucionalización del derecho contractual todavía está en marcha. Y esta respuesta tiene tres aspectos: (a) normativo, (b) deontológico y (c) práctico.

Bajo el aspecto normativo, evidentemente es posible identificar normas en la Constitución brasileña que transmiten valores como la reducción de las desigualdades, la solidaridad social y la protección de la dignidad humana.

Desde un punto de vista deontológico, nos parece innegable que estos valores deben aplicarse al derecho de las obligaciones y de los contratos, bajo pena de una fractura en el ordenamiento jurídico brasileño, que, en este sentido, no preservaría los requisitos necesarios de la unidad fundada en la carta magna.

Sin embargo, en la práctica, el tema está todavía dando sus primeros pasos. El derecho contractual brasileño aún puede hacer mucho más para la concretización de los valores constitucionales. Brasil ha venido experimentando, en este momento, algunos retrocesos, como la promulgación de la Ley 13.874/2019, la llamada “Ley de Libertad Económica”, que parece volverse “contra” el proyecto constitucional, de carácter solidario, consagrando una visión más focalizada sobre el liberalismo exacerbado y la absoluta ausencia de intervención del Estado en la economía.

Si bien las disposiciones de la ley en sí mismas no causaron mucho daño, su peso simbólico no fue irrelevante. Por supuesto, después de ello vino la pandemia del

2 En este sentido, véase, por su importancia primordial, Tepedino (2004, pp. 1-22); y, previamente, Tepedino (2012, pp. 61-71); Bodin de Moraes (1993, pp. 21-32); Fachin (2000); Lôbo (1999, pp. 99-109); Lôbo (1986); Lira (2000, pp. 13-28); Schreiber y Konder (2016). En jurisprudencia se destaca la actuación del Superior Tribunal de Justicia: “Aunque creado por la Constitución Federal como guardián del derecho infra constitucional, en el estado actual en el que se encuentra la evolución del derecho privado, no parece posible que esta Corte de Justicia analice los levantamientos que recibe ‘de espaldas’ a la Constitución, bajo pena de entregar al ciudadano un derecho desactualizado que no está respaldado por la Ley Mayor. En resumen, el Superior Tribunal de Justicia, cumpliendo con su misión de estandarizar la ley infra constitucional, no puede dar a la ley una interpretación que no sea constitucionalmente aceptada ...; y al hacerlo, tampoco se menciona la usurpación de la competencia de la Corte Suprema” [traducción del autor] (STJ, 4ª T., REsp nº 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.5.2013). Para aplicaciones específicas, consúltese STJ, 3ª T., REsp nº 1.771.258/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 6.8.2019; STJ, 4ª T., AgInt no AREsp nº 330.494/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.9.2016; STJ, 3ª T., Resp nº 1179259/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.5.2013, y STJ, 4ª T., REsp nº 1.258.389/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.12.2013.

COVID-19 y el liberalismo exacerbado dio paso a la necesidad de alguna intervención estatal. Lo que nos espera después de este periodo es todavía desconocido para nosotros los brasileños, pero hay alguna esperanza de que nuestra Constitución, ahora de treinta y tres años, pueda finalmente alcanzar la mayoría de edad y llevar a cabo su proyecto de nación sin los percances que nos acechan de tiempo en tiempo.

REFERENCIAS

- Azevedo, A. J. de. (2008). Nota de atualização. En O. Gomes, *Contratos* (26.ª ed.). Forense.
- Barbosa, R. (2009). *Oração aos moços*. Hedra.
- Bauman, Z. (2015). *A riqueza de poucos beneficia a todos nós?* Zahar.
- Bodin de Moraes, M. C. (1993). A caminho de um direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17(65), 21-32.
- Chiodi, G. (2009). *La giustizia contrattuale - Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*. Giuffrè.
- Estorninho, M. J. (2009). *A fuga para o direito privado* (2.ª reimp.). Almedina.
- Fachin, L. E. (2000). *Teoria crítica do direito civil*. Renovar.
- Ferri, L. (1959). *Nozione giuridica di autonomia privata. In studi in onore di Francesco Messineo per il suo XXXV anno d'insegnamento* (vol. IV). Dott. A. Giuffrè.
- Galgano, F. (2000). La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio. *Contratto e Impresa*, 16(2), 919-929.
- Giorgianni, M. (1998). O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, 747, 35-55.
- Haupt, G. (2012). *Sui rapporti contrattuali di fatto*. G. Giappichelli.
- Journées R. S. (1985). Conseil régional des notaires de la cour d'appel de Poitiers Université de Poitiers y Ordre des avocats à la Cour d'appel de Poitiers. (1986). *L'évolution contemporaine du droit des contrats*. Presses universitaires de France.
- Kronman, A. (1979-1980). Contract law and distributive justice. *Yale Law Journal*, (89), 472-511.
- Lira, R. C. P. (2000). A aplicação do direito e a lei injusta. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 1(1), 13-28.
- Lôbo, P. L. N. (1986). *O contrato - Exigências e concepções atuais*. Saraiva.
- Lôbo, P. L. N. (1999). Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, 36(141), 99-109.

- Perlingieri, P. (2008). *O direito civil na legalidade constitucional*. Renovar.
- Rawls, J. (2000). *O liberalismo político*. Attica.
- Roppo, E. (1988). *O contrato*. Almedina.
- Scheffer, S. (2015). Distributive justice, the basic structure and the place of private law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 35, 213-235.
- Schreiber, A. (2013). *Direito civil e constituição*. Atlas.
- Schreiber, A. (2021). *Manual de direito civil contemporâneo* (4.ª ed.). Saraiva.
- Schreiber, A., & Konder, C. N. (Coords). (2016). *Direito civil constitucional*. Atlas.
- Stiglitz, R. S. (1993). *Contratos. Teoría general* (vol. II). Depalma.
- REsp n° 1.918.599/RJ (Río de Janeiro). (2021, 09 de marzo). Superior Tribunal de Justicia, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.
- Tepedino, G. (2004). Premissas metodológicas para a Constitucionalização do direito civil. En G. Tepedino (Coord.), *Temas de direito civil* (3.ª ed., pp. 1-22). Renovar.
- Tepedino, G. (2012). Pelo princípio da isonomia substancial na nova Constituição - Notas sobre a "Função promocional do direito". *Revista Trimestral de Direito Civil*, 52, 61-71.
- Torres García, J. (1944). *Universalismo constructivo: contribución a la unificación del arte y la cultura de América*. Poseidón.
- Apelação Cível n.º 0002851- 15.2012.8.19.0025 (Río de Janeiro). (2015, 13 de agosto). Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro: 5.ª Câmara Cível, Relator Des. Cristina Tereza Gaulia.

BIBLIOGRAFÍA

- Schreiber, A. (2020). *Equilíbrio contratual e dever de renegociar* (2.ª ed.). Saraiva Educação.

EL DERECHO CIVIL EN EL PROCESO CONSTITUYENTE EN CHILE

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Chile

Recibido: 27 de junio del 2021 / Aceptado: 3 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5254>

RESUMEN. El proceso constituyente en Chile se basa en un acuerdo de las principales fuerzas políticas del Congreso, traducido luego en una reforma a la Constitución vigente, que establece un marco regulado para que una Convención Constitucional pueda elaborar una nueva carta fundamental. Se analizan las instituciones y las normas de derecho civil que están mencionadas en la Constitución actual y luego se trazan algunas perspectivas de lo que podría ser la recepción del derecho civil en la nueva Constitución, partiendo de la base de lo que se señala en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile, así como otras constituciones de naciones cultural y jurídicamente próximas a la sociedad chilena.

PALABRAS CLAVE: proceso constituyente / Chile / nueva Constitución

CIVIL LAW IN THE CONSTITUTIONAL PROCESS IN CHILE

ABSTRACT. The constituent process in Chile is based on an agreement of the main political forces in Congress, later translated into an amendment to the current Constitution, which establishes a regulated framework so that a Constitutional Convention can develop a new Fundamental Charter. The institutions and norms of civil law that are currently mentioned in the current Constitution are analyzed and then some perspectives are given of what could be the reception of civil law in the new Constitution, based on what is indicated in the treaties ratified by the State of Chile, as well as other Constitutions of cultural and legal nations close to Chilean society.

KEYWORDS: Constituent process / Chile / new Constitution

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). ORCID 0000-0001-5315-1484. Dirección postal: avenida Monseñor Álvaro del Portillo 12.455, Las Condes. Correo electrónico: hcorral@uandes.cl.

1. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO

En las primeras semanas de octubre del 2019, estudiantes comenzaron a entrar a la fuerza a las estaciones del metro en protesta por el alza de los pasajes en treinta pesos. Lo hacían saltando los torniquetes. Este movimiento fue tomando fuerza hasta que en la noche del 19 de octubre se vandalizaron e incendiaron simultáneamente más de veinte estaciones del metro de Santiago, a lo que siguieron manifestaciones y marchas pacíficas, pero también hechos de alta violencia (saqueos de supermercados, destrucción de semáforos, de paraderos de micros, casetas de peaje) tanto en la capital como en las regiones. El Gobierno de Sebastián Piñera decretó estado de emergencia e hizo salir a personal de las Fuerzas Armadas ante la imposibilidad de Carabineros de controlar el orden público. Entre tanto, Carabineros al verse sobrepasado utilizó escopetas antidisturbios que dejaron a muchos de los manifestantes lesionados en sus ojos, por lo que se acusó al Gobierno de violaciones masivas a los derechos humanos. La tensión no disminuía y en las noches había protestas mediante el ruido de cacerolas y ollas. Mientras el Partido Comunista llamaba a destituir al presidente, los partidos de la oposición justificaban o no condenaban la violencia pensando en que ellos sabrían recoger el clamor ciudadano.

Los reclamos eran muy diversos: las bajas pensiones, la desigualdad social y económica, los abusos empresariales, los bajos salarios, el endeudamiento de las familias, el crédito con aval del Estado de estudios universitarios, el reconocimiento de los pueblos originarios, la violencia contra las mujeres, etcétera. Curiosamente en las marchas masivas que convocaron más de un millón de personas en la plaza Italia, rebautizada como plaza Dignidad, no había banderas de partidos políticos y más bien sus personeros fueron rechazados cuando pretendieron integrarse a las manifestaciones.

En las primeras semanas de noviembre del 2019, y dado que las manifestaciones violentas no parecían amainar y que el Gobierno no tenía con quién conversar ya que el movimiento era absolutamente desarticulado, se vio en la disyuntiva de volver a sacar a las calles a los militares o propiciar un acuerdo entre los parlamentarios para encauzar institucionalmente la protesta, que ya se mostraba incontenible. Durante la madrugada del 15 de noviembre y después de frenéticas negociaciones se firmó entre la mayor parte de las fuerzas políticas con representación en el Congreso lo que se llamó el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, en el que figuran ya las líneas gruesas del proceso¹.

1 El acuerdo fue firmado por dirigentes del Partido Demócrata Cristiano, Partido Socialista, Unión Demócrata Independiente, Revolución Democrática, Partido por la Democracia, Renovación Nacional, Partido Liberal, Evolución Política, Comunes y Partido Radical, además de Gabriel Boric, que representaba a Convergencia Social, pero luego fue desautorizado y terminó firmando a título personal. Se restaron el Partido Comunista, el Partido Progresista y el Frente Regionalista Verde Social.

Siguiendo esas líneas se reformó la Constitución para cambiar el capítulo de reforma e incorporar allí la regulación del proceso para aprobar una nueva Constitución. La reforma fue aprobada como Ley 21.200, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de diciembre del 2019, e incorporó los artículos 130 a 139 para reglamentar el procedimiento para elaborar una nueva Constitución.

El proceso consistía básicamente en un plebiscito de entrada en el que se preguntaba a la ciudadanía si estaba o no de acuerdo con que se elaborara una nueva Constitución y luego si ello debía ser en una Convención Constitucional enteramente elegida o mixta, es decir, con participación de parlamentarios. Si se aprobaba este plebiscito, debía llamarse a elecciones de constitucionales constituyentes bajo las reglas de la elección de diputados. Hecha la elección, el presidente debía dictar un decreto de instalación y fijar el lugar de sesiones de la convención. La convención debía aprobar por dos tercios su reglamento y elegir, por mayoría absoluta, un presidente y un vicepresidente. Tenía un plazo de nueve meses desde la instalación, prorrogable por única vez hasta por tres meses. Las normas de la nueva Constitución debían ser aprobadas por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Una vez aprobada la propuesta o vencido el plazo, la convención se disolvería de pleno derecho.

Una vez comunicado al presidente que la convención había aprobado una propuesta de texto de nueva Constitución, el presidente por decreto convocaría a plebiscito nacional para que la ciudadanía se pronunciara respecto a si aprobaba o rechazaba el texto propuesto. En este "plebiscito de salida" el voto sería obligatorio. Si en el plebiscito se aprobaba el nuevo texto, el presidente debía convocar al Congreso pleno y promulgar la nueva Constitución Política de la República, que debía publicarse en el *Diario Oficial* en el plazo de diez días. Desde la fecha de publicación entraría en vigencia y quedaría derogada la Constitución actual.

Todo este proceso fue interrumpido por la pandemia del coronavirus, ya que el plebiscito de entrada había sido fijado para el 26 de abril del 2020. Tuvo que ser prorrogado para el 25 de octubre de ese año y se llevó a efecto con un resultado a favor de la elaborar una nueva Constitución y como órgano encargado de redactarla una Convención Constitucional enteramente elegida. Para esta convención se dispuso que serían 155 miembros elegidos con las reglas aplicables a los diputados, pero se estableció que habría paridad de hombres y mujeres y escaños reservados para los pueblos originarios. Además, se permitió que los independientes hicieran listas para aprovechar los votos de sus compañeros.

Estas elecciones, por la pandemia, se realizaron en dos días: el sábado 15 y el domingo 16 de mayo del 2021. Los partidos políticos sufrieron una fuerte derrota y hubo un triunfo para listas de independientes, pero ningún sector político obtuvo el tercio que hubiera permitido vetar algún contenido.

En estos momentos, se están analizando los resultados en el Tribunal Calificador de Elecciones y, una vez proclamados, el presidente deberá dictar el decreto de instalación, tras el cual se convocará a la primera sesión².

En todo caso, se trata de un proceso regulado en cuanto a los *quorum*, con procedimiento de reclamación ante una comisión de la Corte Suprema y con límites. Los principales están en el inciso final del artículo 135 de la Constitución:

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

2. EL DERECHO CIVIL EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN

La actual Constitución contiene varias disposiciones que pueden considerarse como fundamentos de instituciones y reglas del derecho civil.

Así, la dignidad e igualdad de la persona (artículo 1), el derecho a la vida incluida la protección de la vida del que está por nacer, el derecho a la honra, a la vida privada y a la protección de los datos personales (esto por la Ley de Reforma Constitucional 21.096, del 2018), la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, así como la igualdad entre hombres y mujeres. Las personas jurídicas aparecen en el derecho de asociación al señalarse que las asociaciones, para gozar de personalidad jurídica, deben organizarse conforme a la ley (artículo 19, número 16).

En lo referido a bienes y derechos reales, se consagra la libertad para adquirir el dominio de toda clases de bienes, salvo los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres y los que deban pertenecer a la nación toda y una ley lo declare así (artículo 19, número 23), así como el derecho de propiedad de bienes corporales e incorporales, si bien se reconoce que puede estar afecto a limitaciones derivadas de la función social y que esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Pero la privación de la propiedad o de algunos de sus atributos esenciales solo puede hacerse por ley por causa de utilidad pública o interés nacional y previa indemnización del daño patrimonial efectivamente causado. Se establece el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas por parte

2 Cuando se escribía este artículo, el Tribunal Calificador de Elecciones dictó sentencia proclamando a los 155 convencionales constituyentes electos y la dio a conocer al presidente de la república en la ceremonia del 18 de junio del 2021. El presidente, por Decreto Supremo Exento 1684, del 20 de junio del 2021 (Diario Oficial del 22 de junio del 2021), convocó a la primera sesión de instalación para el domingo 4 de julio del 2021 a las 10:00 horas en el edificio antiguo del Congreso Nacional en Santiago.

del Estado, sin perjuicio de que pueden darse concesiones a particulares que serán protegidas también por la propiedad. Se dispone que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad con la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos (artículo 19, número 24). De manera separada se garantiza el derecho de propiedad intelectual, distinguiendo el derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial sobre las patentes de invención, las marcas comerciales, los modelos, los procesos tecnológicos u otras creaciones análogas (artículo 19, número 25).

En materia de contratos y obligaciones, hay menos menciones; pero, en general, se señala que los derechos contractuales estarían protegidos por la garantía de la propiedad de bienes incorporeales (artículo 19, número 24) y que el principio de autonomía privada estaría contenido en el derecho a la libre iniciativa en materia económica (artículo 19, número 21). En materia de responsabilidad civil se ha señalado que en el derecho a la integridad psíquica podría fundarse la indemnización del daño moral (artículo 19, número 1).

En lo referido a la familia, se indica que es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (artículo 1), así como que los padres tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos y de escoger el establecimiento educacional para ellos (artículo 19, números 10 y 11).

Respecto al derecho civil de sucesiones no existen menciones y, en general, se ha señalado que la libertad de testar estaría contenida en la facultad de disposición que se reconoce al dominio y que las asignaciones forzosas pueden ser incluidas como limitaciones derivadas de la función social.

Debe indicarse que ya anteriormente se ha escrito sobre esta constitucionalización del derecho civil chileno (Domínguez, 1996, p. 107 y ss.; Rioseco, 1996; Corral, 2014, p. 1 y ss.) e incluso se ha acuñado la expresión derecho privado constitucional (Guzmán, 2001), aunque se ha hablado también de que esta constitucionalización ha contribuido a la vulgarización del derecho por parte de la jurisprudencia (Correa, 2005, p. 161 y ss.).

3. PERSPECTIVAS SOBRE EL DERECHO CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Hasta ahora lo único que existe es incertidumbre sobre el contenido de la nueva Constitución y, salvo los límites expresos que se señalan en la normativa constitucional, lo único que sabemos es que se mantendrá el régimen republicano, la democracia, la independencia de los tribunales de justicia y los derechos e instituciones contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile.

De esto último podríamos avizorar algunos contenidos de derecho civil que podrían contenerse en el nuevo texto.

a. Persona y derechos de la personalidad

Parece claro que se mantendrá la apelación a la dignidad de todo ser humano como fundamento de los derechos fundamentales y de la sociedad, aunque quizá haya que cambiar el actual texto del artículo 1, que se refiere a que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por uno que señale que todos los seres humanos “son” libres e iguales en dignidad y derechos, y luego acoger una norma como la del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Es decir, se reconoce que todo ser humano desde que existe como tal hasta su muerte natural debe ser tratado y reconocido como persona. En esto la Convención Americana contiene el mismo concepto, pero con una formulación un tanto más rebuscada; así, el artículo 3 dispone que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, con lo que parece decir una obviedad, pero esto luego se aclara cuando se lee el artículo 1.2, que dispone que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, con lo que se llega a la misma conclusión de que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por cierto, de esta declaración se desprenderán derechos y fundamentalmente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad de conciencia y de expresión, y otros derechos de carácter tradicional. También se desprenderá la igualdad ante la ley, que debiera ser enfatizada respecto a hombres y mujeres, propiciando la inclusión política, social, profesional y laboral de estas últimas mediante medidas efectivas, lo que daría cumplimiento a la Convención contra todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

También debieran mencionarse grupos de personas merecedores de una protección más específica de la sociedad, como los integrantes de los pueblos originarios, las personas con discapacidad y los adultos mayores.

Un anhelo que han expresado ciertos sectores es consagrar derechos sociales universales con garantías de cumplimiento, como el derecho a la educación, a la salud, a pensiones dignas, a un medioambiente sano y sustentable, a una justa remuneración, al trabajo, a la vivienda, etcétera. Muchos quieren que sean los jueces los que controlen la satisfacción de estos derechos, pero no advierten que ello va contra el principio de igualdad, ya que cada juez solo resuelve un caso particular y no puede establecer políticas públicas de aplicación general y menos aún tiene conciencia del gasto que representa el ordenar al Estado, por ejemplo, que proporcione una vivienda digna al que alega que no la puede obtener por sí mismo. En Chile, el recurso de protección (amparo de otros derechos) ya se ha utilizado para que las cortes intervengan de manera ilegal en la provisión de recursos públicos. Hace unos meses la Corte Suprema dispuso que la municipalidad, de un lugar que sufre escasez de recursos hídricos, debía proporcionar

cien litros de agua a cada habitante de una comuna y ordenó a la administración que proporcionara los recursos suficientes para lograr ese objetivo (Ximena Ailyn Gallardo Castro con Anglo American Sur S. A., Corte Suprema, 18 enero del 2021, rol 72.198-2020³).

Nos parece que estos derechos sociales no pueden quedar bajo el control de los jueces, sino del legislador y solo si la ley no se cumple podrá recurrirse a los jueces. Además, en esto también pueden ayudar los tratados internacionales que establecen estos derechos como metas que orientan la acción del Estado y cuya satisfacción depende del crecimiento económico y de la disponibilidad de los recursos del erario nacional. Se trata por lo tanto de adoptar el principio de progresividad en el alcance de estos derechos sociales mínimos, que se plasma en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. (artículo 16.1)⁴

Respecto a los derechos de la personalidad, sin duda el más importante es el derecho a la vida, que dará lugar a tres discusiones: la legalización del aborto, de la eutanasia y de la pena de muerte. Sobre lo primero, se ha sostenido que sería lo mejor mantener la fórmula que rige actualmente, que supuestamente diferenciaría entre el derecho a la vida de los nacidos y la protección de la vida del que está por nacer como un bien jurídico, pero no como un derecho. Cuestionamos esta interpretación de la norma, por lo que pensamos que debería consagrarse expresamente que el concebido sí tiene derecho a la vida. Nuevamente podemos recurrir a la Convención Americana y colocar una norma como la siguiente: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1). También podría imitarse a la Constitución peruana, que establece que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (artículo 2.1).

Sobre la eutanasia, quizá debería señalarse que se protege el derecho a morir naturalmente sin ser sometido a tratamientos médicos extraordinarios o desproporcionados, así como el derecho a contar con los cuidados paliativos que aminoren o supriman el dolor. El suicidio asistido o eutanásico debiera ser prohibido constitucionalmente, ya que el derecho a la vida ha de ser considerado indisponible y por ello irrenunciable, justamente para proteger a los enfermos terminales y los ancianos que puedan sentirse presionados para acceder a que se les mate por el solo hecho de que el suicidio asistido sea un derecho legal.

3 Un comentario crítico a la sentencia en Vergara (2021).

4 Sobre el neoconstitucionalismo y el activismo judicial, puede verse a Aldunate (2010, p. 79 y ss.); Corral (2018, p. 1 y ss.) [nota al pie del autor].

Por lo mismo, debiera cambiarse la norma sobre la pena de muerte que sujeta su aprobación a una ley de *quorum* calificado. Siguiendo a la Convención Americana, debería proscribirse la pena de muerte por inhumana y contraria al derecho a la vida. Tal vez pueda replicarse lo que señala la Constitución española: “Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” (artículo 15), lo que dejaría a salvo la pena de muerte que hoy día sigue vigente en el Código de Justicia Militar por actos gravísimos en tiempo de guerra.

Sobre otros derechos de la personalidad debiera reforzarse el derecho a la honra y a la vida privada de la persona y de su familia, añadiendo el derecho a la voz y a la imagen, el derecho a la identidad moral y genética y la inviolabilidad de la estructura neuronal (neuroderechos). Una mención aparte merecería el derecho al control de la información personal y el derecho a suprimir datos que, siendo verídicos, han perdido actualidad o interés público (derecho al olvido).

No obstante, la Constitución también debería imponer ciertos deberes a las personas, como lo plantea la Declaración Universal:

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Quizá aquí podría considerarse la responsabilidad por daño injusto, en el sentido de que todo el que daña a otro de manera injusta y dolosa o negligentemente estará obligado a repararlo. También podría ponerse una cláusula constitucional que excluya el ejercicio abusivo de los derechos, salvo que la ley impida dicho control. En este sentido, podría tomarse como modelo lo que señala la Constitución colombiana respecto a que es un deber de toda persona “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (artículo 95.1).

b. Bienes y derechos reales

En lo referido a los derechos reales, sin duda un tema fundamental será el derecho a la propiedad y la propiedad del Estado sobre los recursos naturales. En lo primero se debería quizá añadir que la falta de recursos económicos de las personas no debe ser obstáculo para acceder a la propiedad de bienes básicos y esenciales como los alimentos, el vestuario y un techo donde alojarse.

La discusión mayor se dará sobre el derecho de propiedad, ya que este aparece tremendamente reforzado en la Constitución vigente hasta el punto de que muchos

señalan que se trataría de un “supraderecho” al cual los demás quedan subordinados. La verdad, este reforzamiento se entiende por el contexto histórico en que se redactó la Constitución de 1980 y que fue el trauma de las expropiaciones producto de las reformas agrarias y luego las requisiciones de empresas y las nacionalizaciones de bancos durante el gobierno de la Unidad Popular.

Pensamos que debería mantenerse y quizá ampliarse el límite de la función social que permite que mediante ley se restrinja el derecho de propiedad, aunque debería señalarse que el Estado podrá indemnizar esas limitaciones si son especialmente gravosas y si su costo recae solo sobre una o más personas vulnerándose el principio de igualdad de las cargas públicas.

La privación de la propiedad o de sus atributos esenciales debe ser objeto de expropiación con indemnización previa y pagada al contado. En este sentido, sería interesante reflejar con ciertos añadidos lo que señala la Convención Americana: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (artículo 21.2).

No creemos que haya discusión sobre la propiedad del Estado sobre los minerales y lo que se ha dado en llamar la gran minería del cobre, actualmente explotada por una empresa estatal (Codelco). Por lo mismo, no habrá problemas con declarar expresamente que las aguas terrestres son un bien nacional de uso público. Lo que sí suscitará debate es sobre si se aplicará a los derechos de concesión que se atribuye a los particulares la garantía de la propiedad, ya que hay muchos que sostienen que los privados han abusado de esos derechos para impedir la explotación de yacimientos mineros o para acaparar agua para fines agrícolas o industriales, y han menoscabado el derecho al agua de la población.

Puede ser interesante tener como modelo de una normativa constitucional del agua lo que señala la Constitución peruana, en el sentido de que “el Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. El Estado garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos”, así como que “el Estado promueve el manejo sostenible del agua” (artículo 7-A), a lo que podría agregarse conforme a las políticas públicas que determine la ley.

c. Obligaciones y contratos

Como expresión de la libertad de las personas, convendría que se consagrara constitucionalmente la libertad de celebrar actos y contratos, más allá de la libre iniciativa económica. Igualmente debería considerarse la intangibilidad de los derechos que emanan de los contratos y su protección contra las lesiones que terceros o el legislador puedan causarles.

Una disposición de la Constitución peruana podría tenerse a la vista. Es la que dispone que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (artículo 62, inciso 1).

Podría, además, consagrarse el principio de buena fe y elevarse a rango constitucional lo que hoy señala el artículo 1546 del Código Civil, aunque ampliándolo a la negociación, celebración e interpretación: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe”.

También puede considerarse la posibilidad de restringir los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, señalando que solo pueden imponerse por ley y con limitaciones de monto que permitan su aseguramiento.

Sería conveniente constitucionalizar la prohibición de la prisión por deudas. Así, se podría usar como modelo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual” (artículo 11). También podría usarse lo que prevé la Convención Americana: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios” (artículo 7.7).

En esta materia, seguramente se aprobarán disposiciones a favor de los consumidores para protegerlos de los abusos y las distorsiones que el mercado pueda introducir en contra de sus derechos. En materia de contratos, habría que limitar el principio de libertad contractual mediante la posibilidad de invalidar las cláusulas que sean consideradas abusivas en perjuicio del consumidor.

d. Familia

Dentro del capítulo de instituciones fundamentales convendría mencionar a la familia, siguiendo también la Declaración Universal, en el sentido de que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (artículo 3), lo que se repite en la Convención Americana (artículo 17.1) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23.1).

Con todo, es necesario también afirmar la protección de la maternidad, de los hogares monoparentales y de las convivencias no formalizadas por el matrimonio, sobre todo si tienen hijos. En este sentido, se puede adaptar lo señalado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con

remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
(artículo 10.2)

Sería sensato ampliar la protección a la mujer cabeza de familia que declara la Constitución colombiana a todos los hogares dirigidos ya sea por un varón o una mujer, aunque también en Chile en la mayoría de los casos los hogares monoparentales son conducidos por madres.

En materia de derechos, debería consagrarse el derecho de contraer matrimonio; siguiendo a la Convención Americana, podría disponerse que la Constitución asegura “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, en conformidad a la ley” (artículo 17.2), a lo que podría agregarse una prohibición del matrimonio forzado o de niños. Por ejemplo, la Convención Americana dispone que “el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes” (artículo 17.3).

Convendría, nos parece, permitir que el matrimonio religioso pueda tener efectos civiles en conformidad con la ley, siguiendo a la Constitución colombiana: “Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley” (artículo 42, inciso 7), y también a la de Brasil: “El matrimonio religioso tiene efectos civiles, como provisto por ley” (artículo 226.2).

En lo referido a las relaciones conyugales parece importante establecer como principio la igualdad entre varones y mujeres, siguiendo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés):

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. (artículo 16.1)

Respecto a los derechos de los padres debería mantenerse el derecho y deber preferente de educación y de libertad de escoger el establecimiento de enseñanza, tal como se establece en la Declaración Universal: “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” (26.3). Este derecho incluye la formación en valores morales, culturales y religiosos. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos establece lo que sigue:

Los Estados ... se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas

distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. (artículo 13.3)

Se debería establecer, además, el derecho de los niños a ser cuidados por sus padres, los que deberían guiarlos conforme a la evolución de las facultades. No pensamos que sea adecuado establecer el principio de la autonomía progresiva por ser demasiado incierto y, por ello, puede propender a que cada juez resuelva conforme a su personal criterio. Pensamos que es mucho más sensato conceder al legislador la posibilidad de fijar distintas edades para que el niño pueda adoptar decisiones ya sea en conjunto con sus representantes legales o contra ellos, previa autorización judicial.

Siguiendo a la Convención Internacional de Derechos del Niño podría establecerse que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (artículo 7.1). El derecho a conocer a los padres debería aplicarse a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida. Quizá para ello habría que añadir a padres la palabra progenitores biológicos.

e. Sucesiones

Como veíamos, actualmente la Constitución no tiene norma expresa sobre la libertad de testar ni sobre sus limitaciones por asignaciones forzosas. Por ello, quizá convenga aclarar constitucionalmente que la atribución de disponer del derecho de propiedad incluye la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte del propietario. Por ejemplo, la Constitución española dispone que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia” (artículo 33.1), lo que ha sido entendido como el derecho a disponer de los bienes *post mortem*. Muy cercana es la fórmula contenida en la Constitución peruana, que dispone que toda persona tiene derecho “a la propiedad y a la herencia” (artículo 2, número 16), y en la brasileña: “El derecho a la herencia está garantizado” (artículo 5, XXX).

Un poco más explícitas son la Constitución alemana: “La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes” (artículo 14.1); la italiana: “La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria, así como los derechos del Estado en materia de sucesiones” (artículo 42), y la de Portugal: “Se garantiza a todos el derecho a la propiedad privada y su transmisión inter vivos o mortis causa con arreglo a la Constitución” (artículo 62.).

Por nuestra parte, propondríamos una consagración de la libertad de disponer los bienes por causa de muerte, pero limitada por las asignaciones forzosas que determine la ley. Una fórmula podría ser la siguiente: “Se asegura a todas las personas: la libertad

de disponer de sus bienes para después de su muerte respetando las asignaciones forzosas que fije la ley a favor de su cónyuge, descendiente o ascendiente. La ley no podrá gravar la herencia con tributos de ninguna naturaleza”.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las anteriores sugerencias son solo eso y no pretenden en modo alguno coartar la libertad de la Convención Constitucional para determinar las normas y reglas que contendrá el texto de la nueva Constitución, que todos esperamos sea razonable y un marco normativo en el que puedan reconocerse todos los chilenos. Solamente así podrá garantizarse su estabilidad.

Necesitamos una Constitución de carácter mínimo y con los principios básicos para que los gobiernos vayan adoptando las políticas sociales y económicas conforme a diferentes ideologías.

En todo caso, el derecho civil estará más presente que en las anteriores cartas, ya que su constitucionalización es hoy una tendencia imposible de negar y menos aún de refrenar.

REFERENCIAS

- Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 23(1), 79-102.
- Corral, H. (2014). Constitucionalización del derecho civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno. En C. Villabella, L. Pérez & G. Molina (Coords.), *Derecho civil constitucional* (pp. 1-16). Grupo Editorial Mariel.
- Corral, H. (2018). Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, (2), 1-20. <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149/609>
- Correa, R. (2005). Vulgarización por constitucionalización. *Derecho y Humanidades*, (11), 161-175.
- Domínguez, R. (1996). Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (93), 107-137.
- Guzmán, A. (2001). *El derecho privado constitucional de Chile*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Rioseco, E. (1996). *El derecho civil y la Constitución ante la jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.

Vergara, A. (2021). El derecho humano al agua para la bebida y el saneamiento. Una sentencia activista. *El Mercurio*. <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/27797-profesor-alejandro-vergara-el-derecho-humano-al-agua-para-la-bebida-y-el-saneamiento-una-sentencia-activista>

SESGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS CÓNYUGES*

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ**

Universidad Internacional de La Rioja, La Rioja, España

Recibido: 21 de junio del 2021 / Aceptado: 1 de octubre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5239>

RESUMEN. El presente trabajo tiene por objeto realizar un estudio exegético del artículo 293 del Código Civil, regulador de la libertad de trabajo de los cónyuges. En su desarrollo, se demuestra que existen sesgos de inconstitucionalidad en el citado precepto, por cuanto vulnera la libertad de trabajo en el seno del matrimonio al exigir el asentimiento expreso o tácito del otro cónyuge para el trabajo fuera del hogar. No obstante, dada su vigencia dentro del ordenamiento, se propone interpretar dicho artículo 293 en forma sistemática con los artículos 300 y 291 de este mismo código, al menos en estos términos, hasta que se declare formalmente su inconstitucionalidad o, en su defecto, se produzca su modificación parcial. El breve análisis histórico-jurídico que contiene este trabajo, y que sirve de punto de partida, constituye una pauta fundamental para comprender la presencia del artículo 293 del Código Civil en la normativa de nuestros tiempos.

PALABRAS CLAVE: libertad de trabajo / igualdad entre cónyuges / trabajo fuera del hogar / interés de la familia / inconstitucionalidad / derecho civil

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos", IIPP. M^a Victoria Mayor del Hoyo y Sofía de Salas Murillo.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Profesora de Derecho Civil en la Universidad Internacional de La Rioja (España) y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro colaborador del Grupo de Investigación "Ius Familiae" antes mencionado. Investigadora externa del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Correo electrónico: rominaviviana.santillan@ui1.es.

BIASES OF UNCONSTITUTIONALITY IN THE CIVIL REGULATION OF SPOUSES' FREEDOM OF WORK

ABSTRACT. The present work aims to make an exegetical study of article 293 of Civil Code, that regulates of spouses' freedom of work. In the course of the work, is shown to exist biases of unconstitutionality in the above-mentioned precept because violates the freedom of work in marriage by requiring the express or tacit consent of the other spouse for work outside the home. However, given its validity within the legal system, I propose to interpret article 293 of Civil Code systematically with the articles 300 and 291 of the same Code until its unconstitutionality is formally declared or, failing that, until partially modified. The brief historical-legal analysis contained in this work, and which serves as a starting point, constitutes a fundamental guideline for understanding the presence of article 293 of the Civil Code in the regulations of our times.

KEYWORDS: freedom of work / equality of spouses / work outside the home / interest of the family / unconstitutionality / civil law

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 293 del Código Civil, regulado bajo la rúbrica de la “Libertad de trabajo de los cónyuges”, establece en su tenor literal lo siguiente:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia.

En específico, este precepto está comprendido en el capítulo único sobre “Deberes y derechos que nacen del matrimonio”, ubicado dentro del título II de las “Relaciones personales entre los cónyuges”, que, a su vez, está situado en la sección segunda, dedicada a la “Sociedad conyugal”, que forma parte del libro III del Código Civil, que contiene las normas reguladoras del “Derecho de familia”.

Las relaciones personales entre los cónyuges están presididas por el principio de igualdad ante la ley (véase el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil). De ahí que, en estricto, las disposiciones contenidas en el artículo 293 del Código Civil, sobre la libertad de trabajo de los cónyuges, no tengan sentido en sí mismas y por sí solas. Tales responden, como vamos a ver más adelante en profundidad, a una necesidad de marcar distancia con pasadas regulaciones que predeterminaban el papel que debía ejercer la mujer en el matrimonio y, en específico, dentro del hogar conyugal, presuponiendo una mejor y mayor aptitud en el varón para encargarse de la economía y del sostenimiento de la familia, el cual, además, debía consentir cualquier trabajo que tuviera que realizar la mujer fuera de la casa común. Y en esto está, precisamente, el origen de todo.

Resulta muy llamativo que, aun con la evolución que ha tenido la posición de la mujer en el ámbito matrimonial, la importancia que ha cobrado la idea de la igualdad jurídica de los cónyuges en todas las legislaciones modernas y que, sobre todo, pese a la naturaleza de la libertad de trabajo como derecho fundamental, entre cuyos límites no figuraría el matrimonio, un precepto como el referido siga teniendo cabida en el sistema legal para constreñir a un cónyuge al asentimiento, expreso o tácito, del otro para realizar labores fuera del hogar. Por todo ello, dada su vigencia, un estudio histórico-jurídico que sirva de punto de partida se valora como una pauta básica para entender la presencia del artículo 293 del Código Civil en la normativa de nuestros tiempos.

Además de ello, cabe adelantar que, en el momento actual, el precepto bajo estudio solo puede ser comprendido en todo su alcance si es puesto en conexión con otras normas del Código Civil, y más específicamente con las contenidas en los artículos 300 y 291 de este mismo código, que regulan, respectivamente, la regla general de la obligación mutua de sostener el hogar y el supuesto excepcional de la obligación unilateral de sostener a la familia. La interpretación que se propone debe partir necesariamente de dos premisas clave: primero, el matrimonio no tiene por qué limitar la libertad de trabajo

de los cónyuges; y, segundo, es corolario de la igualdad de los cónyuges que la ley no deba fijar, por razón de su sexo, los roles que deben asumir en el hogar.

2. ANTECEDENTE INMEDIATO DEL ARTÍCULO 293 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 293 del vigente Código Civil tiene como su antecedente más inmediato al derogado Código Civil de 1936. Como este último no fue redactado bajo el influjo del principio de igualdad entre cónyuges, se pueden encontrar en él preceptos realmente restrictivos de la libertad de trabajo, pero no de ambos cónyuges, sino solo de la mujer. Las funciones que marido y mujer estaban llamados a cumplir dentro del matrimonio venían directamente enunciadas por razón de su sexo y presuponiendo una mejor aptitud en el marido (Arias-Schreiber Pezet, 2006).

Así podemos ver que el Código Civil de 1936 era explícito al disponer, en su artículo 161, que era la mujer quien tenía el derecho y el deber de atender personalmente el hogar, porque ya al marido le venía asignada la función de dirigir la sociedad conyugal. En correspondencia con ello, este mismo código exigía el consentimiento, expreso o tácito, del marido para que la mujer pudiera trabajar fuera de la casa común. Esta última previsión se encontraba en el artículo 173 del Código Civil de 1936 y estaba redactada en los siguientes términos:

Artículo 173.- La mujer puede ejercer cualquiera [sic] profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido.

Si el marido negare su consentimiento la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia.

En el actual Código Civil, de 1984, ya no hay tareas u ocupaciones que correspondan a cada cónyuge por razón de su sexo, ni se somete el trabajo de la mujer fuera del hogar al consentimiento del marido —o al menos no en estos precisos términos—. Y estas no son sino consecuencias de la incorporación del principio de igualdad de los cónyuges en el núcleo del sistema jurídico matrimonial. Un principio que cabe entender en toda su extensión antes de entrar de lleno en el estudio del artículo 293, que motiva este análisis.

El principio de igualdad de los cónyuges se desprende del artículo 234 del Código Civil peruano. Y, aunque en este no se hace una directa mención a aquel, sí es posible extraerlo de la parte final de su redacción. En específico, el contenido del citado artículo es el siguiente:

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales [énfasis añadido].

Algo diferente sucede, por ejemplo, en el derecho español. Su Código Civil vigente (1889) es más explícito que el Código Civil peruano: declara en el artículo 66 que “los cónyuges son iguales en derechos y deberes”. Una fórmula legal con la que este precepto civil adopta y enfatiza lo consagrado en el artículo 32 de la Constitución española (1978), el cual, en su expreso tenor, reconoce que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

En lo que concierne al alcance constitucional del referido principio, el derecho peruano también presenta una marcada diferencia respecto al anterior. No existe en la Constitución peruana (1993) una norma específica dedicada a la igualdad de los contrayentes o futuros cónyuges. No obstante, tampoco parece ser tan necesaria. Y, aun cuando resulte ciertamente paradójico, vamos a ver que el artículo 234 antes mencionado realmente tiene su antecedente en la derogada Constitución peruana de 1979 y no en la vigente, de 1993 (Gutiérrez Camacho, 2020). Una afirmación que aclaro de inmediato.

Fue la Constitución de 1979 aquella que estuvo vigente durante la elaboración del Código Civil de 1984, y fue bajo su influencia que se redactaron las disposiciones civiles contenidas en este último. Así, debido a que la citada Constitución incorpora en su cuerpo normativo el principio de igualdad de varón y mujer ante la ley, se replantea la presencia de esta última dentro del sistema matrimonial con el objeto de desterrar los anacrónicos criterios de supremacía del marido y de subordinación de la mujer que habían imperado en el Código Civil de 1936 (Varsi Rospigliosi, 2012). Sobre este particular asunto, el texto constitucional en cuestión se expresaba en los siguientes términos:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho [énfasis añadido]: ... 2.- A la igualdad ante la ley [énfasis añadido], sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón [énfasis añadido].

Cabe precisar, no obstante, que la Constitución de 1993 ha seguido la misma línea que su predecesora al mantener entre sus normas el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley, del cual deriva también (según debemos entender), en la jerarquía axiomática del derecho peruano, ese principio de igualdad entre cónyuges, de aplicación tanto en sus relaciones de orden personal como patrimonial y sobre el cual descansa nuestro actual sistema matrimonial. En la visión moderna del derecho de familia no caben ya las subordinaciones en función del sexo de la persona porque, como bien dice Rodríguez Iturri (1997), entre otros aspectos, el matrimonio no es una carrera por el poder, sino un esfuerzo común para amar y servir al cónyuge y a los hijos.

Pero, aun con todo, es preciso un dato adicional. Hemos de advertir que la Constitución de 1993 emplea una técnica más escueta que la Constitución de 1979 al regular el principio de igualdad de las personas ante la ley. Se puede ver que el artículo 2, inciso 2, de la Constitución de 1993 se limita a decir lo siguiente: “Artículo 2: Toda persona tiene derecho: ... 2. *A la igualdad ante la ley* [énfasis añadido]. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Quizá el constituyente de 1993 haya preferido seguir esta técnica para evitar ser reiterativo con lo que ya se había previsto en el artículo 234 del Código Civil, que, a su vez, recogía casi textualmente lo establecido por la Constitución de 1979. Para corroborarlo, remítase a páginas anteriores, donde encontrará la cita textual del mencionado precepto civil. Además, puede que, sin más, se consideraran innecesarias unas específicas referencias a la igualdad de varón y mujer (en cuanto a derechos, oportunidades y responsabilidades), porque todas ellas ya emanarían de ese principio más general de igualdad ante la ley.

3. LA IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES

Dicho lo anterior, cabe entrar ahora en el estudio del contenido y alcance del principio de igualdad de los cónyuges. Este principio, también denominado de la igualdad conyugal (Gutiérrez Camacho, 2020), está dirigido a evitar cualquier trato discriminatorio por razón de sexo (Castro Pérez Treviño, 2010). Busca poner de manifiesto que el matrimonio no limita o restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges (Martínez de Aguirre Aldaz, 2016) y que ninguno de ellos puede arrogarse la representación de la sociedad conyugal si no le ha sido legal o voluntariamente conferida, mucho menos cuando se trata de actos dirigidos a sostener a la familia, situaciones que no siempre fueron así, como hemos visto.

La igualdad de los cónyuges, en otras palabras, funge como principio rector que enfatiza que ya no existe en nuestro derecho la antigua jefatura del marido en el matrimonio y que, por lo tanto, tampoco tiene cabida su autoridad marital. Los cónyuges son iguales ante la ley y esto equivale a decir que son iguales en derechos y deberes. De ahí que, conforme a la doctrina general —aplicable a cualquier ordenamiento en el que la igualdad de los cónyuges actúe como principio inspirador del sistema matrimonial— sea válido sostener lo siguiente:

El principio de igualdad es compatible con el reparto de funciones e incumbencias entre los cónyuges, que muchas veces se produce tácitamente, o, de hecho. [Y que] en todo caso, dicho principio actúa como límite de tal reparto, o de cualesquiera acuerdos entre los cónyuges que puedan lesionar gravemente la igualdad entre ambos. (Martínez de Aguirre Aldaz, 2016, p. 153)

En consonancia con ello, Lacruz Berdejo et al. (2008) apuntan acertadamente lo que sigue:

[L]a igualdad de derechos de los cónyuges supone que la ley, en principio, no toma partido por uno u otro, lo cual es particularmente significativo en relación con el papel que va a desempeñar cada uno en la comunidad familiar, papel que no está legalmente predeterminado. (p. 65)

Una predeterminación de roles que, aunque ya no exista en el derecho peruano de nuestros días, sí tuvo prevalencia en el Código Civil de 1936, como ha quedado ya evidenciado, pero que fue derribada gracias al principio de igualdad entre cónyuges. Y es que la igualdad jurídica constituye hoy en día una exigencia constitucional y, al propio tiempo, un límite del poder legislativo, que obliga a que el trato y la protección del derecho deban ser iguales para ambos cónyuges¹ (Díez-Picazo & Gullón, 2018). Dicho ello, enseguida entraremos en el estudio del contenido y alcance del artículo 293 del Código Civil vigente, regulador de la libertad de trabajo de los cónyuges, que, entre otros aspectos, se caracteriza por su estrecha relación con el principio de igualdad entre cónyuges.

4. LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS CÓNYUGES EN EL ARTÍCULO 293 DEL CÓDIGO CIVIL: CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRECEPTO

Como acabamos de ver, el artículo 293 del Código Civil surge como una respuesta a antiguas previsiones legislativas que reducían y restringían la actividad de la mujer al entorno privado, es decir, al interior del hogar, y que exigían, en todo caso, el consentimiento de su marido para que pudiera trabajar fuera de la casa común. La tendencia constitucional de 1979 hace que las cosas cambien por completo cuando se reconduce el sistema matrimonial, en sus aspectos personal y patrimonial, al principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

Con esta nueva visión, el artículo 293, bajo la rúbrica de la “Libertad de trabajo de los cónyuges”, preceptúa que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Y, en caso de que uno de los cónyuges se negara a prestar dicho asentimiento, el interesado podrá acudir al juez para que autorice el ejercicio laboral, si así lo justifica el interés de la familia.

1 Aunque, como bien observan Díez-Picazo & Gullón (2018), “[e]s posible establecer distinciones en hipótesis concretas que encuentren un fundamento racional y plausible y que obedezcan a la necesidad de dotar de protección a intereses dignos de tutela jurídica. Por ejemplo, puede ser diversa la situación de marido y mujer frente a una acción de filiación, por ser razonablemente distinto el problema de prueba referido a la maternidad y a la paternidad” (p. 90).

El análisis de este precepto del Código Civil nos remite necesariamente al estudio, aunque breve, de lo que debemos entender por libertad de trabajo, para seguidamente, con base en ello, poder valorar, como algo propio de la interpretación exegética, si estaría o no justificada la exigencia legal de un asentimiento recíproco entre cónyuges para ejercer profesión, industria o cualquier trabajo fuera del hogar.

Sobre la libertad de trabajo, el máximo intérprete de la Constitución se ha pronunciado en varias oportunidades, pero resulta particularmente significativa la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, cuyo fundamento 26, literal c), contiene un completo desarrollo del contenido, el alcance y los límites de la mencionada libertad, como podemos ver a continuación:

La libertad de trabajo. Establecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público. La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

Ya ello responde precisamente que, atendiendo, con alcance general, a la naturaleza misma de la libertad de trabajo como derecho, el citado Tribunal haya reiterado en el fundamento 5 de la sentencia emitida en el marco del Expediente 661-2004-AA/TC lo siguiente:

El derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo.

Por la libertad de trabajo, toda persona tiene la facultad autodeterminativa de elegir la actividad ocupacional o profesional que prefiera desempeñar, y disfrutar tanto de su rendimiento económico como de la satisfacción espiritual que su realización le produzca. Esto ha llevado a Neves Mujica (2016) a sostener con acierto que la proclamación de la libertad de trabajo supone la prohibición del trabajo obligatorio. De la libertad de trabajo se derivan, por lo tanto, la prohibición del trabajo forzoso y la esclavitud (Landa Arroyo, 2017). Entre sus limitaciones, como se puede ver, solo están el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.

El matrimonio no limita la libertad de trabajo de los cónyuges. Esa no es la finalidad del matrimonio. No parece concebible que la unión voluntariamente concertada para

hacer vida en común pueda comportar la renuncia de los cónyuges, o de al menos uno de ellos, a su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, dentro del cual se enmarca, justamente (en estrecha relación con el derecho al trabajo), esa libertad más específica a la que el Tribunal Constitucional denomina “libertad de trabajo”.

Con las precisiones que anteceden, vamos a analizar ahora el artículo 293 del Código Civil en su expreso tenor. De su contenido normativo se pueden extraer varias cuestiones interesantes:

- La norma inicia reconociendo que cada cónyuge tiene la potestad para ejercer cualquier profesión o industria permitida por la ley, así como cualquier trabajo fuera del hogar. Y hasta aquí la norma cumple su objetivo: proclamar la libertad de trabajo de los cónyuges. Porque, como es claro, el matrimonio no tiene por qué limitar esta libertad.
- Sin embargo, dicha libertad queda relativizada inmediatamente cuando la misma norma condiciona el ejercicio de tal potestad al asentimiento expreso o tácito del otro cónyuge.
- Y, según se puede ver de la parte final de la norma, ese asentimiento tendría tal relevancia jurídica que, si uno de ellos se negara a prestarlo, el cónyuge interesado tendría que acudir ante el juez para que este supla dicha autorización, siempre supeditada al interés de la familia².

En mi opinión, el “asentimiento” del artículo 293 no es más que un simple vestigio del artículo 173 del Código Civil de 1936, pero readaptado a los tiempos modernos (en los que la mujer está también inserta en el mercado laboral), es decir, en un intento por acomodar esta última disposición al criterio de la igualdad de los cónyuges, el legislador terminó por imponer a ambos la exigencia del asentimiento para trabajar fuera del hogar. Un asentimiento que resulta equívoco e innecesario cuando la libertad de trabajo es un derecho fundamental de toda persona, incluyendo a cada cónyuge. Un asentimiento que ensombrece la libertad de trabajo que inicialmente la norma quiere consagrar.

Voy a explicar lo anterior con más detalle. Si nos centramos en las relaciones personales entre los cónyuges, vamos a ver que hay una tendencia sistemática en el Código Civil a remarcar a cada momento que los deberes y derechos que nacen del matrimonio son recíprocos, y esto es así porque se entiende que el principio de la igualdad de los cónyuges es la base del sistema matrimonial vigente. Por ello, si lo que realmente buscaba el artículo 293 era seguir esa misma línea legislativa, no debió establecer una reciprocidad en el asentimiento para trabajar fuera del hogar. En virtud de esa igualdad

2 Véase un conciso estudio del alcance conceptual del principio de interés de la familia en Santillán Santa Cruz (2020).

que debe haber entre cónyuges, debió prever que ambos tenían la misma potestad para decidir trabajar fuera del hogar, porque el matrimonio no restringe su libertad a tal efecto.

De manera parecida opina Muro Rojo (2020) cuando dice lo siguiente:

Tal vez o mejor hubiera sido proclamar la igualdad de acceso al trabajo para cada cónyuge con total libertad, sin hacer depender tal posibilidad del otro y menos del juez, quien probablemente no cuente con elementos suficientes para expedir la autorización o que en su decisión pesen significativamente factores de orden subjetivo. (p. 208)

Ahora bien, al margen de las críticas que puedan hacerse al artículo 293 del Código Civil, desde un punto de vista práctico y atendiendo al estricto tenor literal de la norma, habría que entender que el cónyuge que trabaja fuera del hogar lo hace porque cuenta con el asentimiento del otro cónyuge, sea expreso o tácito. Y, como advierte Varsi Rospigliosi (2012), es lógico que pueda

existir una negativa justificada, cuando se trata de labores riesgosas, inmorales, indecorosas, como el caso del trapeicista, torero, *stripper*, *exotic dancer*, *croupier*, *dealers*, congresista, o; negativas injustificadas (ampararse en la falta de necesidad por tener suficientes recursos económicos) ... Queda sobrentendido que no cuadran dentro la autorización conyugal las actividades ilícitas o ilegales al no ser profesiones ni oficios en su esencia. (p. 89)

La norma, sin embargo, aun con todo, me sigue resultando insuficiente. Se limita a prever la intervención del juez como medio para suplir la falta de asentimiento de uno de los cónyuges, cuando lo realmente importante en las relaciones matrimoniales no radica en aprobar o no que uno de los cónyuges trabaje fuera del hogar —aunque tampoco niego que pueda haber casos en que sí lo sea—. Considero que la norma debió estar un paso más adelante y contemplar la posibilidad de acudir al juez en caso de desacuerdo sobre la distribución de las labores domésticas y/o la organización de tiempos para el cuidado de los hijos cuando son ambos cónyuges los que trabajan fuera del hogar, pues en este escenario sí que es preciso establecer ciertos límites o medidas que hagan viable que ambos puedan trabajar sin descuidar a la familia y todo lo que esta involucra.

Todas esas razones me llevan a considerar que lo que la norma bajo análisis en todo caso debió decir es lo siguiente:

Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar. En caso de discrepancia sobre la distribución de las labores domésticas y la organización de tiempos para el cuidado de los hijos, en caso de haberlos, resolverá el juez teniendo en cuenta el interés de la familia [el texto es propio].

En el seno del matrimonio, el ejercicio del derecho al trabajo por cada cónyuge no solo comportará una forma de realización personal, sino que además está pensado como una forma de obtener los medios económicos para contribuir al sostenimiento del hogar.

5. OBLIGACIÓN DE SOSTENER EL HOGAR Y DISTRIBUCIÓN DE LAS TAREAS DOMÉSTICAS: SU CONEXIÓN CON LA LIBERTAD DE TRABAJO

No caben las sujeciones entre cónyuges de modo que se necesite la aprobación del otro para trabajar fuera del hogar. Por el matrimonio no se limita la libertad de trabajo de los cónyuges. En todo caso, se delimita su ámbito de actuación. Y esto es así porque han de organizarse para ejercer su actividad profesional, productiva o laboral fuera del hogar, pero sin que ello signifique descuidar las labores domésticas y el cuidado de los hijos —en caso de haberlos—.

Bajo esta consideración, es preciso interpretar el artículo 293 del Código Civil en forma sistemática con los artículos 300 y 291 de este mismo código, los cuales regulan, respectivamente, la regla general de la obligación mutua de sostener el hogar y el supuesto excepcional de la obligación unilateral de sostener a la familia. Y empezaremos en ese orden.

El artículo 300 establece, como regla general, que ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, con independencia de cuál sea el régimen patrimonial de su matrimonio. Esta es una disposición general, transversal a todo régimen patrimonial y, además, viene a consagrar el principio de proporcionalidad en la contribución a las cargas del matrimonio, en tanto en cuanto regula que dicha contribución la harán los cónyuges en razón de sus posibilidades y rentas (excepto en el caso del artículo 291, párrafo primero), y el juez debe establecer esta proporción cuando de mutuo acuerdo no pudieran convenirla. Véase el precepto en su dicción literal: “Artículo 300.- Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno”.

Por su parte, el artículo 291, en su párrafo primero, con sentido preceptivo pero condicional, prevé una excepción frente a esa obligación de sostener el hogar que recae sobre ambos cónyuges. Una excepción que se encuentra prevista en los términos que siguen:

Artículo 291.- Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo.

La lectura conjunta de los artículos 291, 293 y 300 del Código Civil permite plantear dos escenarios que son excluyentes entre sí:

- *Primer escenario.* Si ambos cónyuges trabajan fuera del hogar y perciben por ello, como es obvio, una remuneración (o una retribución por su trabajo profesional o rentas derivadas de su actividad económica), están obligados a contribuir de consuno al sostenimiento del hogar. Eso sí, la contribución a las cargas del matrimonio la harán en forma proporcional “a sus respectivas posibilidades y rentas”. En caso de discrepancia, será el juez quien regle la cuantía de lo que debe aportar cada cónyuge para satisfacer tales cargas. En las labores domésticas deben colaborar mutuamente. Pero, aun con ello, siguen siendo libres para compartir las tareas, dividírselas de la forma más conveniente o encargarlas a un tercero debidamente retribuido.
- *Segundo escenario.* Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recaerá en el cónyuge que trabaja fuera del hogar, sin que esto último lo sustraiga de sus obligaciones de ayuda y colaboración en las labores domésticas y en el cuidado y atención de los descendientes. Claro está que la contribución “dineraria” a las cargas del matrimonio, en este caso de excepción, recaerá íntegramente en el cónyuge que trabaja fuera del hogar, por ser este el único que obtiene ingresos económicos. No obstante ello, es de precisarse que, como señala la doctrina comparada, el trabajo para la casa, realizado en exclusiva³ por uno de los cónyuges, constituye también una forma de contribución a las cargas del matrimonio⁴ (De los Mozos, 1985; Montés Penadés, 1993; Álvarez Olalla, 2009; Lasarte, 2006; Albaladejo, 2013; De Pablo Contreras, 2016). Por eso, no es que el cónyuge dedicado al hogar no esté contribuyendo a las cargas, sino que lo hace con su trabajo para la casa.

3 Respecto al “carácter exclusivo” del trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, han surgido debates importantes en la doctrina académica comparada, sobre todo motivados por esa tendencia del Tribunal Supremo español a interpretar extensivamente el concepto de “trabajo para la casa” en concreto como un “trabajo exclusivo, pero no excluyente”, que admitiría, por tanto, su compatibilidad o conciliación con algún trabajo fuera del hogar, siempre que este último no se realice por cuenta ajena. Véase Santillán Santa Cruz (2021).

4 Aunque cabe señalar que, en el derecho civil español común, el trabajo para la casa opera únicamente como forma de contribución a las cargas del matrimonio en el seno de un régimen económico de separación de bienes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1438 del Código Civil español. Este precepto, en su dicción literal, señala que “los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Estos son los escenarios que se observan en las reglas previstas por el Código Civil, pero (aunque preceptivos) no son determinativos. El modo de organización de los cónyuges, en cuanto al trabajo fuera del hogar, a la contribución a las cargas del matrimonio, a la distribución de las labores domésticas y al cuidado de los hijos, si los hubiera, dependerá finalmente de los usos y las circunstancias de cada familia. Solo en caso de desacuerdo o discrepancia debería resolver el juez teniendo en cuenta el interés de la familia.

6. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegado este punto, y a modo de desenlace, se puede afirmar que el artículo 293 del Código Civil no quebranta el principio-derecho constitucional de igualdad, aun cuando controvertido pueda resultar el tratamiento técnico que a este principio-derecho le dispensa la norma en cuestión. Distinta es, no obstante, la conclusión cuando analizamos el citado artículo 293 en relación con la regulación que este contiene de la libertad de trabajo, pues el matrimonio no tiene por qué limitar, bajo ninguna medida, la libertad de trabajo de los cónyuges y, de hecho, entre los límites a la libertad de trabajo que ha esgrimido el Tribunal Constitucional no se aprecia, en cualesquiera de sus extremos, que el matrimonio constituya un límite o restricción a la indicada libertad.

Pero, aun cuando la reflexión que se acaba de exponer pudiera resultar sólida y argumentada y sirviera para sostener la aparente inconstitucionalidad del artículo 293 en cuanto vulnerador de la libertad de trabajo de los cónyuges, lo cierto es que, en cuanto existente en el ordenamiento, dicho precepto sigue siendo válido, al menos hasta que por la vía formal y regular no se declare su inconstitucionalidad. De ahí que, por su vigencia, sea preciso reinterpretar el artículo 293 para salvar por la vía hermenéutica los sesgos de inconstitucionalidad que en este se detectan.

Por ello, como se ha anotado en el cuerpo del presente trabajo, cabe interpretar el artículo 293 del Código Civil en forma sistemática con los artículos 300 y 291 de este mismo código, los cuales regulan, respectivamente, la regla general de la obligación mutua de sostener el hogar y el supuesto excepcional de la obligación unilateral de sostener a la familia. Interpretación que va en consonancia con la propuesta de redacción del artículo 293 que aparece anotada en el apartado respectivo y que pretende dotar de una vigencia real y efectiva a todas las disposiciones en él contenidas.

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2013). *Curso de derecho civil*. (12.ª ed., t. IV). Edisofer.
- Álvarez Olalla, P. (2009). Comentarios al artículo 1438. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil* (3.ª ed., pp. 1671-1673). Thomson Reuters Aranzadi.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984 (con la colaboración de Á. Arias-Schreiber Montero & A. Plácido Vilcachagua)* (t. III). Gaceta Jurídica.
- Castro Pérez Treviño, O. M. (2010). La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales. *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, (9), 107-143.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (2018). *Sistema de derecho civil* (12.ª ed., vol. IV, t. I). Tecnos.
- Expediente 0008-2003-AI/TC (Lima). (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional.
- Expediente 661-2004-AA/TC (Lima). (2004, 16 de agosto). Tribunal Constitucional: Sala Segunda.
- Gutiérrez Camacho, W. (2020). Artículo 234. Definición del matrimonio e igualdad de los cónyuges. En M. Muro Rojo & M. A. Torres Carrasco (Coords.), *Código Civil comentado* (4.ª ed., t. II, pp. 37-42). Gaceta Jurídica.
- Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., & Rams Albesa, J. (2008). *Elementos de derecho civil* (3.ª ed., t. IV, pp. 5469-5480). Dykinson.
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Lasarte, C. (2006). *Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho* (12.ª ed.). Tecnos.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). El matrimonio como estado. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de derecho civil* (5.ª ed., vol. IV, pp. 151-161). Edisofer.
- Montés Penadés, V. L. (1993). Comentario al Art. 1.438. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz & P. Salvador Cordech (Dirs.), *Comentario del Código Civil* (2.ª ed., t. II, pp. 863-869). Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- Mozos, J. L. de los. (1985). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1.411 al 1.444 del Código Civil* (t. XVIII, vol. III). Edersa.

- Muro Rojo, M. (2020). Artículo 293. Libertad de trabajo de los cónyuges. En M. Muro Rojo & M. A. Torres Carrasco (Dir.), *Código Civil comentado* (4.ª ed., t. II, p. 208). Gaceta Jurídica.
- Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo* (3.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Pablo Contreras, P. de. (2016). Los regímenes de separación y de participación. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de derecho civil* (5.ª ed., vol. IV, pp. 295-303). Edisofer.
- Rodríguez Iturri, R. (1997). *El derecho a amar y el derecho a morir*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Santillán Santa Cruz, R. (2020). Gestión de los bienes en la comunidad de ganancias. Paralelismos entre el derecho argentino y peruano. *Prudentia Iuris*, (89), 87-114.
- Santillán Santa Cruz, R. (2021). Momentos estático y dinámico en la determinación de la compensación por trabajo doméstico: estudio en clave jurisprudencial. En C. Sanciñena Asurmendi (Dir.), *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares* (pp. 243-260). Thomson Reuters Aranzadi.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar* (t. III). Gaceta Jurídica.

CASO DE ORDEN DE APELLIDOS: UNA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICAMENTE CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

RENZO DÍAZ GIUNTA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

FRANCO VÁSQUEZ ROBLES**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 27 de octubre del 2021 / Aceptado: 2 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6096>

RESUMEN. En el presente artículo, los autores analizan la emblemática sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02970-2019-PHC, al que también se le conoce como el caso de orden de apellidos. Desde una óptica constitucional, sustentan la importancia iusfundamental de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional y su incidencia en el ejercicio del derecho a la identidad. Además, desde una perspectiva de derecho comparado, desarrollan los principales alcances de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial con respecto al orden de apellidos.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional / derecho a la identidad / interpretación constitucional / orden de apellidos / Código Civil

* Estudiante de undécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Actualmente, es practicante preprofesional en el Tribunal Constitucional del Perú, director general del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima, director distrital de San Borja en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM), embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education (PRME) de las Naciones Unidas y asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) [Italia]. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7527-2279>. Contacto: renzod128@gmail.com

** Estudiante de sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima. Miembro de la revista *Ius et Praxis*.

CASE ORDER OF SURNAMES: AN AUTHENTICALLY CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE PERUVIAN CIVIL CODE

ABSTRACT. In this article, the authors analyze the emblematic judgment of the Constitutional Court of Peru in file N.º 02970-2019-PHC, which is also known as the case of order of surnames. From a constitutional point of view, they support the fundamental importance of the interpretation made by the Constitutional Court and its impact on the exercise of the right to identity. In addition, from a comparative law perspective, they develop the main scopes of legal systems at a global level, in regard to the order of surnames.

KEYWORDS: constitutional law / right to identity / constitutional interpretation / order of surnames / Civil Code

1. INTRODUCCIÓN

En tiempos en los que muchas costumbres de antaño son dejadas de lado y reemplazadas por nuevas, la importancia de los apellidos prevalece y se mantiene vigente. Inclusive, es imposible hacer referencia a personajes notables sin mencionar sus apellidos. Desde intelectuales como Vargas Llosa, políticos como Merkel y artistas como Bieber, sus apellidos son tan trascendentales como sus nombres al momento de identificarlos y distinguirlos frente a otras personas.

Según Enrique Varsi, el apellido es el elemento más importante y esencial del nombre. Como signo de familia indica estirpe, filiación, procedencia genealógica y, a la vez, diferencia a los grupos de personas no emparentadas. Se compone de acuerdo con la ascendencia de cada quien, y es la línea de parentesco la que fija su adquisición, a diferencia del prenombre, que es elegido por los padres. Permite ubicar e individualizar nomínicamente a una persona dentro de la sociedad (Varsi, 2014, p. 463).

En ese sentido, el apellido es un elemento matriz de la identidad de cada persona, cuya utilidad no solo gira en torno a poder distinguirla y diferenciarla de otras, sino que asocia al individuo con el grupo familiar del que forma parte y refleja el legado heredado de todo un árbol genealógico. Y, tradicionalmente, es el apellido del padre el favorecido por el orden de prelación de apellidos que establecen los ordenamientos jurídicos.

Inclusive, en países donde solo el primer apellido es el empleado para identificar a la persona, esta tradición de prelación de apellidos, positivizada en normas, cobra mayor importancia. Más aún considerando que algunos apellidos se han perdido para siempre por la imposibilidad de ser transmitidos a los hijos y la carencia de más herederos del apellido que los puedan transmitir a sus descendientes.

¿Por qué se privilegia al apellido paterno en desmedro del materno? No hay una respuesta clara a esta interrogante y, aunque algunos podrían sustentar un patriarcalismo sistemático enquistado en las principales instituciones de la sociedad, puede que la respuesta sea más sencilla: por costumbre (práctica social arraigada). En mérito a ello, es importante recordar que históricamente se ha privilegiado a la figura del hombre dentro del ámbito familiar y es esa herencia histórica la que se manifiesta actualmente.

Por ejemplo, esta costumbre se puede sustentar en antecedentes jurídico-históricos, de entre los que destaca una figura masculina prominente en el derecho romano: el *pater familias*. Según Carlos Amunátegui, el *pater familias* es la figura central en el interior del esquema familiar romano. Como hemos visto, las relaciones de parentesco agnaticias se estructuran en torno a él, y determina la sujeción al *pater* la pertenencia a la familia *proprio iure* (Amunátegui, 2006, p. 63).

Entonces, considerando que la costumbre es una fuente de derecho y que el derecho civil se erigió en los cimientos del derecho romano, es posible afirmar que estos fueron algunos de los elementos que influenciaron la preferencia que diversos ordenamientos jurídicos manifiestan a favor de los apellidos paternos con respecto al orden de prelación.

Cabe destacar que, si bien una visión histórica del asunto explica por qué se le ha dado preferencia en el orden de apellidos al paterno, considerando el carácter evolutivo del derecho, los legisladores han ignorado diversos problemas que han surgido por la falta de amplitud y elasticidad del criterio bajo el cual se establece el orden de apellidos.

Por un lado, un ejemplo de estos problemas que la legislación ha ignorado se plasma en el recurrente caso de un hijo que es abandonado antes de nacer por su progenitor, quien no desea hacerse cargo de su responsabilidad ni tener relación alguna con él. No obstante, la norma obliga a que el niño incorpore como parte de su identidad el apellido del padre que lo abandonó, en primer lugar. En cambio, su apellido materno termina siendo relegado a un segundo plano por *default*, a pesar de que el padre está ausente y es su madre quien lo va a criar y acompañar toda su vida.

Por otro lado, la norma impide que sean ambos padres quienes, dentro del seno de su propia familia y en ejercicio de su derecho a la libertad individual, decidan cuál es el apellido que prefieren que su vástago posea. Esta decisión podría regirse por criterios meramente subjetivos, como que un apellido suene mejor que otro, el lugar de donde proviene cada apellido, entre otros. También por criterios objetivos, como la trascendencia histórica de un apellido, la preservación de un linaje familiar, etcétera.

Respecto al derecho a la libertad individual, cabe precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador, lo define como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 14).

En el caso peruano, acontece una peculiar situación: la norma no traza un sentido específico sobre el orden de apellidos. En su artículo 20, el Código Civil peruano indica lo siguiente: "Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre". No obstante, la costumbre en el Perú siempre ha sido optar por consignar primero el apellido del padre y luego el de la madre, y es en esa línea interpretativa en la que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) ha sustentado sus diversas opiniones jurídicas en informes y litigios.

Desde una óptica constitucional, aquella situación de orden de prelación no satisface un criterio de razonabilidad; el que las cosas hayan sido siempre así no es argumento suficiente para aducir una limitación a los derechos a la identidad, la libertad individual y la igualdad, ni que se ignore la realidad de un sector de la población. A continuación, se

ahondará en la importancia iusfundamental del apellido, así como lo desarrollado en una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia y su impacto en el derecho civil y constitucional.

2. EL APELLIDO COMO ELEMENTO DE LA IDENTIDAD

Desde el nacimiento, todos tienen el derecho a tener un nombre, compuesto por los prenombrados y los apellidos, con el cual serán identificados. Según Carlos Fernández Sessarego (1992), el nombre es la expresión visible y social mediante la cual se identifica a la persona, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona (p. 131).

Entonces, no cabe duda de que el apellido constituye un elemento de la identidad de cada uno, al ser una forma de distinguir a una persona de otra e individualizarla. Además, compartir el mismo apellido que alguien establece un vínculo, dado que puede significar que pertenecen al mismo grupo familiar.

En cuanto al derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente 05829-2009-PA, sostiene que, de entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad, consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera), y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera) (Tribunal Constitucional del Perú, 2010, f. 2).

En esa misma línea, la Corte Constitucional de Colombia indica, en la Sentencia T-447/19, que uno de los atributos de la personalidad con mayor incidencia en la identidad de los sujetos es el nombre y, por esta razón, constituye un derecho fundamental, naturaleza que está expresamente reconocida con respecto a los niños en el artículo 44 superior. En consecuencia, en diversas oportunidades, esta corporación ha destacado el respeto y la protección que merecen las decisiones individuales que lo involucran, en la medida en que comporta una de las manifestaciones de la individualidad de la persona y contribuye a la construcción identitaria (Corte Constitucional de Colombia, 2019, p. 1).

Asimismo, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 18, señala lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuera necesario".

Cabe destacar que es aquel primer apellido el de mayor relevancia social, al ser siempre un factor identificador principal de la persona ante la sociedad. En ese sentido, conforme a los profesores Serna y Kala (2018), es posible afirmar que la identidad como derecho implica características y rasgos que le son propios al individuo y que además sirven de elementos para diferenciarlo del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico (p. 68).

Por lo tanto, respecto al ámbito jurídico, se hace referencia tanto al nombre como al apellido como un rasgo propio del individuo. Dado que el derecho al nombre (a los prenombrados y los apellidos) es reconocido como una manifestación del derecho a la identidad, ergo, un derecho humano, debería ser por acto de la autonomía de la voluntad de los padres que se indique cuál es el apellido que estará primero y cuál segundo.

Inclusive, es un error que el Estado opte por sobreregular estos ámbitos que son tan personalísimos, tan propios de la esfera privada del individuo, de un hogar. Es importante recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido clara al indicar que todos tienen derecho a los apellidos de los padres; no obstante, deja abierta la posibilidad de que sean los padres quienes elijan la posición en la cual irán los apellidos; el orden de su preferencia.

Por consiguiente, aplicando el control de convencionalidad y el principio pro persona, al no distinguir la convención un orden de prelación específico, debe darse una interpretación extensiva y amplia de esta norma convencional, que permita a los particulares que recaiga en ellos la libertad y el poder decidir qué apellido va primero. Esta no es una cuestión que deba ser sustentada en la costumbre o en los antecedentes históricos, pues se trata de un asunto que versa sobre derechos humanos.

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL ORDEN DE APELLIDOS

En el 2021, se elevó ante el Tribunal Constitucional del Perú un caso sobre la vulneración del derecho a la identidad de una joven, cuya controversia versaba sobre el orden de prelación de los apellidos en el ordenamiento jurídico peruano, en mérito al artículo 20 del Código Civil y la interpretación que tradicionalmente se le daba. Aunque el tema del orden de apellidos es, para muchos, un asunto irrelevante, lo cierto es que se trata de una situación de relevancia iusfundamental; y este caso ha permitido abordar directamente dicho debate, después de haber sido postergado durante tantos años.

Respecto al caso, las demandantes —Marcelina Rudas Valer y su hija Jhojana Rudas Guedes— interpusieron una demanda de *habeas corpus* en contra del jefe institucional del Reniec. El petitorio de su demanda giraba en torno a que se inaplique el artículo 20 del Código Civil para que se emita el documento nacional de identidad a la joven Jhojana Rudas y no se vulnere su derecho a la identidad.

Eventualmente, el caso llegó al Tribunal Constitucional y allí el máximo intérprete de la Constitución destacó la importancia del documento nacional de identidad. En ese sentido, en la Sentencia 02407-2019-PHC precisó que de la existencia y disposición del DNI depende no solo la eficacia del derecho a la identidad, sino el ejercicio y goce de una multiplicidad de derechos fundamentales (Tribunal Constitucional del Perú, 2021, f. 5).

Es decir, a pesar de la trascendencia del DNI en la vida de todo peruano, el Reniec evadió su deber constitucional e incumplió sus funciones constitucionalmente otorgadas, en mérito a la insistencia de aplicar su propia interpretación del artículo 20 del Código Civil, en perjuicio de Jhojana Rudas y sus derechos, que se vieron flagrantemente lapidados por este órgano constitucionalmente autónomo, cuyos funcionarios, al parecer, de la Constitución conocen muy poco.

Con respecto a la parte resolutive de la sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve a favor de una interpretación del artículo 20 del Código Civil en concordancia con los valores y principios constitucionales, en mérito a que no haya un orden de prelación entre el apellido paterno y materno, para que sean los padres quienes decidan. Como toda innovación jurídica, esta ha recibido críticas mixtas. Algunos sectores de la doctrina y la judicatura aplauden lo resuelto por considerar que reivindica el derecho a la igualdad entre los padres y fortalece el ejercicio del derecho a la identidad. No obstante, otros sectores la rechazan, sustentándose en un quebrantamiento del *statu quo* al colindar con una interpretación normativa que ellos consideraban auténtica.

Las críticas se deben, principalmente, a una renuencia a aceptar una nueva realidad generada por la interpretación del Tribunal Constitucional. Sin embargo, desde una perspectiva de derecho comparado, hay evidencias de que sí es posible contar con un sistema donde la elección del orden de apellidos no sea impuesta por el Estado, sino acordada entre los padres. Por ello, se desarrollará el panorama internacional sobre esta situación jurídica, que, gracias a la sentencia del Tribunal Constitucional, ha reabierto un debate tanto doctrinario como político de relevancia iusfundamental. Por ejemplo, con respecto al Reino de España, el artículo 109 de su Código Civil sostiene lo siguiente: "Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido".

Entonces, como se puede apreciar, en la legislación española se plasma un consenso democrático entre los padres como el mecanismo para la elección del orden de apellidos. A través del diálogo, los padres decidirán si es el apellido materno o el paterno el que irá primero. Por ende, es una fórmula normativa similar a esta la que las demás legislaciones deberían adoptar.

A pesar de que los padres conversen, cabe la posibilidad de que no logren ponerse de acuerdo para establecer el orden de los apellidos de su hijo. Es, entonces, en momentos en que se suscitan controversias como esta, donde los ordenamientos jurídicos deben

contemplar soluciones. En ese sentido, la legislación portuguesa provee un ejemplo preciso en el artículo 1875 de su Código Civil, en el que menciona lo siguiente:

1. El niño usará los apodos del padre y la madre o solo uno de ellos.
2. La elección del nombre y apellidos del menor pertenece a los padres; en ausencia de un acuerdo el juez decidirá, de acuerdo con los intereses del hijo.

Por lo tanto, al igual que en la legislación española, también se sustenta en la autonomía de la voluntad de los padres, quienes diplomáticamente y en ejercicio de su libertad individual son los llamados por la ley a determinar los nombres y apellidos del hijo, inclusive el orden de estos. Además, un factor significativo de la legislación portuguesa es la previsibilidad de adversidades que pueden surgir, a través de mecanismos legales; y la intervención del juez es un camino idóneo para resolver una cuestión controvertida de la forma más justa y en concordancia con los cauces constitucionales.

Cabe destacar que no solo las legislaciones europeas han podido innovar con respecto al orden de apellidos, debido a que Argentina también contempla esta posibilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Inclusive, en su artículo 64, se establece que ante la problemática de que los padres no lleguen a un consenso se determinará el orden por sorteo en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Ello se diferencia con la legislación portuguesa, en la que el juez es el llamado a resolver la controversia.

Como se pudo apreciar, diversas legislaciones en el mundo permiten que sean los padres quienes en ejercicio de su voluntad decidan cuál será el primer apellido que se pondrá a su hijo. De esta forma, se reivindican derechos como a la identidad y al nombre, y se abre el camino también para el cese de una preferencia de orden de apellidos que era, a todas luces, inconstitucional.

En suma, conforme a lo expuesto, el derecho comparado ha evidenciado, con respecto al orden de los apellidos, que sí es posible materializar la situación que el Tribunal describe y resuelve en su sentencia. En ese sentido, permite que las mujeres también posean la oportunidad de transmitir su apellido primero en el orden de prelación. Esta sentencia del Tribunal Constitucional es histórica porque permite la progresividad de derechos como a la identidad y al nombre en el territorio nacional.

Además, es relevante destacar lo dicho por Renzo Díaz Giunta (2021), quien sostiene que la Constitución es la norma jurídico-política de mayor jerarquía en un país, que consagra los derechos fundamentales de la persona y los valores democráticos y establece el sistema de gobierno, el régimen económico y la organización del Estado. Por ende, es el pilar del ordenamiento jurídico, puesto que ninguna norma de menor jerarquía puede contravenirla ni contradecirla.

En mérito a ello, cabe precisar que la Constitución peruana reconoce el derecho a la identidad en su artículo 2, inciso 1. También reconoce al derecho a la igualdad y enfatiza

que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, entre otros (artículo 2, inciso 2). Por ende, si la norma fundamental es clara en su mandato de no discriminar y el Código Civil no establece un orden de prelación de los apellidos, carece de sustento constitucional y legal que el Reniec se aferre a la interpretación tradicional que se le da al orden de apellidos en el Perú y la considere como la única visión a contemplar.

También hay un criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente 02861-2010-PA, que resulta esclarecedor para calificar el accionar del Reniec. Allí se menciona que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio. Es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se estará frente a una discriminación y, por lo tanto, ante una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Tribunal Constitucional, 2011, f. 5).

Por consiguiente, al imponer una interpretación normativa del artículo 20 del Código Civil e impedir una inscripción en la que, en el orden de apellidos, el materno vaya primero, se está cometiendo una discriminación en desmedro de la madre, pues este es un trato desigual que no se sustenta en criterios objetivos ni razonables. Entonces, esta desigualdad de trato constitucionalmente intolerable ha sido enmendada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02407-2019-PHC, en que se dio una interpretación auténticamente constitucional del Código Civil peruano: que sean los particulares quienes decidan sin obstáculos por parte de la administración pública.

4. CONCLUSIONES

En suma, la decisión tomada por el Tribunal Constitucional se rige por los cauces constitucionales y convencionales al permitir a los padres que sean ellos quienes puedan decidir libremente el orden de apellidos, cuál va primero. Asimismo, si bien tradicionalmente se le dio un sentido interpretativo al artículo 20 del Código Civil para que el apellido del padre vaya primero, el máximo intérprete de la Constitución ha abierto la posibilidad de un panorama diferente y sin discriminación.

De esta forma, se fortalece el ejercicio de los derechos a la identidad y al nombre de toda persona. Además, resulta preocupante cómo, a lo largo de los años, Reniec ha perdido el rumbo como institución. Ello en mérito a que, en vez de garantizar los derechos a la identidad y al nombre de los peruanos, se ha caracterizado por impedir el ejercicio de estos derechos a muchos ciudadanos, tanto por su burocracia como por el prejuicio de sus operadores.

No se ha entendido que Reniec, como institución, es más que un simple registro civil, pues es el garante del ejercicio de muchos otros derechos, como por ejemplo a la salud, a la educación y al trabajo (al no poder ser ejercidos si la persona no está apropiadamente

identificada). Lamentablemente, el Reniec en la actualidad funge más como una entidad antiderechos al obstaculizar fines constitucionalmente valiosos, como el ejercicio del derecho a la identidad de Jhojana Rudas Guedes y muchos otros ciudadanos.

Asimismo, lo acontecido con Jhojana Rudas Guedes es un caso más en el cual Reniec evidencia que algo está fallando en la institución. Por ende, es momento de repensar el rol del Reniec en el ejercicio de los derechos a la identidad y al nombre de los peruanos. Nada ni nadie está exento del control constitucional y ha llegado el momento de que cese tanto litigio innecesario por inacción, omisión e indiferencia de una entidad que le da la espalda a la ciudadanía.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02970-2019-PHC tiene un lugar garantizado en la historia jurídica del país, ya que no solo ha puesto fin a una injusticia y a la sistemática vulneración de derechos fundamentales, sino que ha innovado jurídicamente para enmendar una desigualdad histórica; se atrevió a romper esquemas y ha conllevado que se dote al artículo 20 del Código Civil peruano de una interpretación auténticamente constitucional.

REFERENCIAS

- Amunátegui, C. (2006). El origen de los poderes del "Paterfamilias": I. El "Paterfamilias" y la "Patria potestas". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (28), 37-143.
- Código Civil del Perú. (1984). <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
- Código Civil de España. (1889).
- Código Civil de Portugal. (1875).
- Constitución Política. 1993 (Perú).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 21 de noviembre). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf
- Díaz Giunta, R. (2021, 2 de septiembre). *En defensa de la Constitución: No a la Constituyente*. Pólemos. <https://polemos.pe/en-defensa-de-la-constitucion-no-a-la-constituyente/>
- Expediente 02407-2019-PHC (Amazonas). (2021, 16 de febrero). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02407-2019-HC.pdf>

Expediente 02861-2010-PA (Lima). (2011, 9 de noviembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02861-2010-AA.html>

Expediente 02970- 2019-PHC (Madre de Dios). (2021, 23 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/02970-2019-hc>

Expediente 05829-2009-PA (Lima). (2010, 23 de septiembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05829-2009-AA.pdf>

Fernández Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Instituto Pacífico.

Sentencia T-447/19. (2019). Corte Constitucional de Colombia.

Serna, M. L., & Kala, J. (2018). *Derecho a la identidad personal como resultado del libre desarrollo de la personalidad*. Ciencia Jurídica

Varsi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica; Universidad de Lima, Fondo Editorial.

ARTÍCULOS GANADORES

CONCURSO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 2021

DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN: LA PARADOJA SILENCIOSA

LEANDRO UGAZ VALENCIA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 26 de octubre del 2021 / Aceptado: 2 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6097>

RESUMEN. El presente trabajo realizará, en una primera instancia, un análisis sobre el desarrollo y la importancia del derecho constitucional para la protección de los derechos de la persona a lo largo de la historia del mundo y del Perú. También se analizará cómo el derecho civil y el derecho constitucional han funcionado en la historia de nuestro país. Para ello, se tendrá que recurrir a los tres códigos civiles que hemos tenido. Finalmente, con la presente investigación se desarrollará cómo las constituciones a lo largo del mundo no amparan ni protegen los derechos humanos de igual manera, lo cual genera una interrogante mayor que merece ser respondida: ¿verdaderamente las constituciones protegen a las personas?, ¿o hay situaciones en las que sus derechos son violados? Estas interrogantes se deben a que, en principio, los derechos humanos son universales e inalienables. No obstante, cada vez parece que las personas están más desprotegidas, problemática que merece ser comentada y solucionada. Y, si bien la presente investigación no podrá brindar una solución específica para cada situación o para cada país, sí brindará cuestionamientos que nos harán analizar la delicada situación que se vive hoy en día.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos / derecho constitucional / paradoja /
protección al ser humano / derecho civil

* Estudiante de diecinueve años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Actualmente cursa el quinto ciclo. Contacto: leandro.ugaz@gmail.com.

HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTION: THE SILENT PARADOX

ABSTRACT. This paper will carry out, in the first instance, an analysis on the development and importance of constitutional law for the protection of human rights throughout global and Peru's history. It will also analyze how civil and constitutional law have developed in our country's history, to achieve this, it will be necessary to resort to the three civil codes that we have had. Finally, with this research, it will be developed how constitutions throughout the world do not protect human rights in the same way, thus generating a greater question that needs to be answered: Do constitutions truly protect people?, or are there situations where their rights are being violated? These questions are brought up because, in principle, human rights are universal and inalienable. Nevertheless, it seems as though people are more unprotected: a problematic that deserves to be talked about and fixed. And although this investigation will not be able to provide a specific solution for each situation or for each country, it will provide questions that will make us analyze the delicate situation we are going through.

KEYWORDS: human rights / constitutional law / paradox / human being protection / civil law

1. INTRODUCCIÓN

Ya es de conocimiento público que, desde las marchas contra el expresidente Manuel Merino, los temas de derecho constitucional y de la Constitución en sí son muy hablados y cada vez más controvertidos. Tanto así que el Perú se ha dividido en dos sectores. El primero señala que la Constitución debe cambiarse completamente; para esto, nos indica que debemos convocar a una asamblea constituyente. Mientras que el segundo sector no comparte dicho criterio, sino argumenta que se debería recurrir únicamente a reformas constitucionales para solventar algunas ineficiencias de nuestra carta magna.

Independientemente de nuestra posición sobre la problemática —que ha sido invocada especialmente por partidos políticos—, lo que debemos resaltar es que al menos el pueblo peruano está prestándole más atención a nuestra Constitución, tema del cual en años pasados habría sido soporífero hablar inclusive entre amigos.

Lógicamente la Constitución tiene diversos fines, y la presente investigación se enfocará en uno de ellos: la protección de los derechos de la persona. Habría, entonces, que empezar preguntándonos cómo es posible que la Constitución resulta tan vital para lograr este objetivo.

2. VIDA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN

No siempre en la historia de la humanidad ha existido la Constitución como la *norma normarum*, sino que tuvieron que acontecer sucesos no tan agradables para su formación. Sucesos que nos ayudan a analizar la importancia de no volver a cometer los errores del pasado.

Hay que remontarnos a la civilización mesopotámica, en la cual se promulgó el primer código. Para los que recuerdan un poco de historia del derecho, sabrán que nos referimos al Código de Hammurabi (1792-1752 a. C.). El nombre se debe al sexto rey de la primera dinastía de Babilonia. Él, antes de morir, decidió promulgar este código para que regulara normas de derecho penal y matrimonial, así como tarifas y precios. Si bien este es un hito en la historia del mundo jurídico, el mencionado cuerpo de leyes estaba muy lejos de proteger al ser humano como fin en sí mismo.

Era un código muy discriminatorio e injusto. Esto se debe a que se dividía a la población en clases sociales y se establecían ciertas consecuencias dependiendo de la clase a la que pertenecía el agresor y a cuál la víctima. Estas tres clases o individuos eran los siervos o súbditos, los hombres libres y los esclavos.

Si es que esto parece indignante, todavía no hemos comentado sobre lo que podían realizar ciertos individuos. En esos tiempos se vivía una verdadera estructura patriarcal: el padre podía tener una esposa, pero a la vez una concubina, en caso de que la primera

no le pudiera brindar un hijo. Si eras un hijo varón, podías repartir la herencia; mientras que, si eras una hija, pues te quedabas en la casa paterna (porque la propiedad era del hombre) hasta el matrimonio.

Lo denigrante no era únicamente la desigualdad de sexos, sino lo crueles que eran los castigos. Por ejemplo, la famosa “ley de talión”¹ abrió las puertas a vivir en un infierno terrenal: las penas de mutilación o la pena de muerte eran muy comunes y frecuentes; estas eran inclusive aplicadas a delitos menores —supuesto de hecho que nos horrorizaría a todos hoy en día—. Solo para citar un ejemplo, en la sentencia número 196 se indicó lo siguiente: “Si un hombre (notable) deja tuerto a otro (notable), que lo dejen tuerto a él”.

Analicemos ahora a otro grupo: los romanos. Con las XII Tablas se acabó la época de sacralización, entendiéndose esta como una interpretación del derecho de carácter sagrado, para cambiar a una época de secularización. No obstante, tal como el Código de Hammurabi, pecaba de inhumano en muchos extremos. Citemos como ejemplo la tabla segunda (de los juicios y los delitos), que en su inciso 5 prescribía lo siguiente: “Si fuese esclavo [el ladrón], después de azotado será arrojado de la roca de Tarpeya”². Y, si esto no es suficientemente indignante, leamos la tabla cuarta (de los derechos de patria potestad y de los conyugales) en su inciso 1: “El padre puede matar al hijo que nace monstruoso o con gran deformidad”³.

3. LA LLEGADA DE LA CONSTITUCIÓN

De los párrafos expuestos —que fueron solo unos de los muchos ejemplos que existen— se puede deducir que, en el pasado, todos éramos iguales, pero unos más iguales que otros⁴. Esta situación, con el pasar de los siglos, no iba a dejar a las personas silenciosas por siempre —en especial a aquellas que sufrían en mayor grado—.

Lo que se considera como la primera carta magna apareció en 1215 en Inglaterra. Esta incluye unas concesiones —aunque en verdad fueron imposiciones implícitas al monarca— realizadas por el rey Juan Sin Tierra (1167-1216) a los barones rebeldes del año mencionado.

1 También conocida como la ley del “ojo por ojo, diente por diente”, que, lejos de ser un invento religioso —como se suele pensar—, en verdad fue un suceso histórico.

2 Abrupta pendiente que se usó para ejecutar personas, lanzándolas desde ella.

3 Una de las muchas razones que explica por qué los romanos cometían tantos infanticidios —crimen que nos resulta tan deplorable—.

4 Frase del libro *Rebelión en la granja*, de George Orwell. Usado en este contexto para indicar la diferencia abismal del trato denigrante hacia algunas personas.

El antecedente de este suceso —explicado brevemente, pues no es el meollo del artículo— es que los barones del rey contenían sus tierras en feudos. Sin embargo, la derrota militar del rey Juan en Francia, los altos impuestos y el uso abusivo de los privilegios reales y feudales que poseía provocaron en los barones un sentimiento de rebelión. Un grupo de estos exigió una carta de libertades (la “carta magna”) frente a la demasía del rey Juan, quien —eventualmente y por presión, no por solidaridad propia— decidió llegar a un acuerdo con ellos. Así, se reunieron el 15 de junio de 1215 para negociar. Cuatro días después, los barones renovarían sus juramentos de obediencia.

Si bien no fue una Constitución perfecta⁵ —y de hecho ninguna actualmente lo es y probablemente nunca lo será—, sí hay que darle crédito en que fue un precedente importante para establecer un principio constitucional sustancial: el poder del rey puede (y debe) ser limitado por una concesión escrita.

En los siglos xv y xvi se produjo una etapa crucial para lo que conocemos hoy en día como constitucionalismo. Por ejemplo, podemos encontrar las manifestaciones contra regímenes absolutistas por la arbitrariedad del cambio de las normas públicas o sobre pronunciarse para frenar al Estado.

En los siglos xvii y xviii se tiene como hito más importante la Revolución francesa (1789-1799)⁶. Esta marcó lo que se conoce como el cambio de “dos mundos”: del Antiguo Régimen a la Edad Contemporánea. Esta revolución puso fin al feudalismo, la servidumbre y los privilegios del clero y la nobleza; por ello, al derrocarlos, se inició lo que se podría llamar el nacimiento de un Estado de derecho, bajo el trípode de “libertad, igualdad y fraternidad”.

A finales del siglo xix, se dio un progreso de la rama constitucional, en que hay un auge para enfatizar y entender la Constitución como una fórmula definitiva de la convivencia política (Bruzón, 2011): regular las relaciones Estado-ciudadano, limitar al gobierno para no caer —o evitar caer— en las arbitrariedades del pasado y el reconocimiento de los derechos fundamentales de los seres humanos⁷ y cómo el Estado debe respetarlos al máximo.

5 La mayoría de sus cláusulas tratan aspectos específicos, esto es, por la propia esencia de cómo se exigió la carta magna, y no hay muchos generales. Aunque entre estos últimos hay que darle crédito a la sección de libertades, donde indica que “nadie puede ser condenado si no existe sentencia firme”.

6 Algunos historiadores consideran que fue de 1789 (con la toma de la Bastilla) y se extendió hasta 1804 (con la coronación de Napoleón Bonaparte, el 2 de diciembre del mencionado año).

7 Quisiéramos enfatizar el término “seres humanos”, porque la razón de ser de la Constitución es proteger, valga la redundancia, a la especie humana; al margen de que se usen hoy en día distintos términos en el ámbito jurídico para referirse al mismo ser ontológicamente hablando, léase concebido y persona natural (siendo esta última la persona propiamente dicha).

4. LOS JUICIOS DE NÚREMBERG

El mundo es bello, pero tiene un defecto llamado hombre.

Friedrich Nietzsche

Cuando uno mira atrás en la historia, es muy difícil creer frases que tienen como objetivo subirnos el ánimo o siquiera darnos un poco de esperanza, tales como esta de Martin Luther King: “No permitas que ningún ser humano te haga caer tan bajo como para odiarlo”.

Muchos de nosotros ya tendremos como conocimiento las atrocidades cometidas por los nazis. Algunos de los vastos y tristes ejemplos son el asesinato de niños en la Hadamar Clinic, la masacre de Celle, la operación Cottbus, la masacre de Jelsk, la operación Franz, el holocausto en Estonia, la masacre de Maillé, entre muchos otros.

Sin embargo, inclusive los mejores avances pueden ser encontrados en los tiempos más oscuros; solo se necesita ver donde nadie lo hace⁸. Es aquí donde los juicios de Núremberg marcan un hito importante para el desarrollo del derecho constitucional y — encadenadamente— la mayor protección a los derechos de la persona.

Tal como indica Rainer Huhle (2011) —politólogo y especialista en derechos humanos y políticas del pasado—,

los Juicios de Núremberg ... institucionalizaron la responsabilidad individual ante un tribunal internacional para una nueva categoría de crímenes ... el cargo de crímenes contra la humanidad fue el que mayor influencia tuvo ... de la protección de los derechos humanos bajo el derecho internacional.

Verdaderamente los actos cometidos por la Alemania nazi —que sería juzgada por los vencedores— no tenían punto de comparación con los crímenes cometidos hasta ese momento, por lo que el sistema jurídico no estaba preparado para dar cara a tal problemática: una tarea muy difícil unir los conceptos de justicia que inspiran al derecho —y así no dejar estos actos impunes— y al mismo tiempo mantenerse dentro de los márgenes jurídicos.

No obstante, el real problema sería en este último aspecto: ¿en verdad se podía castigar el acto de los nazis bajo la normativa jurídica de aquellos tiempos? Si lo viéramos en la óptica actual, nadie dudaría de la respuesta. Sin embargo, en aquel entonces la problemática estaba lejos de ser sencilla. Por un lado, se tenía una justificación *ius*

8 Frase inspirada en la obra *Harry Potter y el prisionero de Azkaban*, de J. K. Rowling: “Happiness can be found even in the darkest of times, if one only remembers to turn on the light”.

*naturalista*⁹ según la cual se argumentaba que, si bien no había un derecho positivo que los castigara, se debía apelar a los valores básicos de la humanidad. Por otro lado, se tenía un argumento —muy sólido— con respecto a la perspectiva *ius positivista*, según la cual se indicaba que podrán existir valores morales de la humanidad; sin embargo, dichos valores no tienen carácter vinculante ni son, por lo tanto, exigibles, porque el derecho vigente no los castiga y entonces debe primar el principio de legalidad frente a estos actos¹⁰.

Asumir la última perspectiva resultaba repudiable desde un punto de vista moral e inclusive analizando el mismo concepto de justicia. ¿Habría sido lo correcto dejar impunes los crímenes cometidos? Sin embargo, el análisis filosófico, jurídico y moral de este asunto tan trascendental no es la esencia de la presente investigación. Lo que sí es trascendental es lo que se logró con estos juicios; el aspecto principal fue el hecho de que el derecho internacional ha cambiado de tal manera que se protege como bien jurídico a la humanidad, puniendo así al genocidio y los crímenes contra la humanidad, y se han instaurado tribunales penales internacionales.

Ahora cabe preguntarse qué importancia tuvo esto para el derecho constitucional. Lo más importante —a nuestra consideración y a efectos de la investigación— es el reconocimiento del derecho y principio supremo de la dignidad del ser humano como ser ontológico. Este lo podemos evidenciar en la Ley Fundamental de Bonn¹¹, aprobada el 8 de mayo de 1949. Esta, en su artículo primero, dicta lo siguiente —bajo el título de “Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales”—: “(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Además, en el artículo 2 del mismo título, se indica que “(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

Este hito histórico en materia de protección de los derechos de los seres humanos tiene trascendencia, pues va a inspirar al resto de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro.

9 Posición asumida por el fiscal estadounidense Robert H. Jackson.

10 “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” (“Ningún delito, ninguna pena, sin ley previa”). Principio básico del derecho penal, por no decir el más importante en la rama e importante como parte de la evolución histórica para evitar castigos arbitrarios por parte del Estado (aunque en el pasado se entendía como arbitrariedad la del “monarca” o la del “rey”).

11 La llamaron “Ley Fundamental” y no “Constitución”, porque —en ese entonces— los gobiernos de los Estados federados de Alemania Occidental temían que pudiera profundizar la división de Alemania entre Este y Oeste.

5. CONSTITUCIONALISMO PERUANO

La historia del constitucionalismo peruano y su relación con el derecho civil es compleja, debido no solo a la pluralidad de constituciones¹², sino a que —como es de conocimiento de muchos— el Código Civil no surgió a la par que la carta magna; esto aconteció después (en 1852), bajo el poder de la Constitución de 1839.

Efectuando un análisis de la mencionada Constitución, se puede corroborar que tenía un carácter autoritario, en el sentido de que dotaba de excesivo poder al presidente de la república. Sin embargo, esto no es lo único sorprendente. En materia de derecho de las personas, podemos notar que acontecían situaciones injustas, muchas de ellas que hoy en día consideraríamos impensables. Un primer ejemplo son los requisitos establecidos para la ciudadanía: estar casado y tener más de veinticinco años; saber leer y escribir (excluyendo a indígenas y mestizos), y pagar alguna contribución. Un segundo ejemplo es que se admitió implícitamente la existencia de la esclavitud en el país, cuando en su artículo 5 se señalaba que los ciudadanos peruanos eran los “hombres libres nacidos en Perú”; *a contrario sensu*, era posible ser un hombre no libre nacido en el Perú, ergo, se admitía la esclavitud.

Como fue mencionado anteriormente, el primer Código Civil se promulgó en 1852, y también dejaba mucho que anhelar sobre materia de derecho de las personas. En este sentido, en el artículo 4 del título I¹³, se indica lo siguiente: “El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tengan figura humana”. Lógicamente, esta acepción resultaría repudiable hoy en día, al entender que un ser humano lo es desde su existencia, al margen de las características físicas de cada uno. Mas hay que resaltar que los preceptos de este código eran conformes a la Constitución de aquella época¹⁴.

El segundo Código Civil se promulgó en 1936, bajo la Constitución de 1933. Con respecto a dicha carta magna, hay que resaltar que las funciones y el poder del presidente de la república quedaron limitados —a diferencia de la de 1839—. En lo que incumbe para el tema de la protección de los derechos del ser humano, hay que admitir que se realizó un avance significativo. En este sentido, en el artículo 69 se indicaba que “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de hábeas corpus”. Entre estos derechos se tienen —por ejemplo— la libertad

12 El Perú ha tenido doce constituciones a lo largo de su historia, empezando con la de 1823.

13 Este título se llama “De los nacidos y por nacer”.

14 Lo mencionado no es lo único recusable con respecto a la Constitución de 1839. Por ejemplo, en el artículo 9, inciso 4, se señala que “el ejercicio de la ciudadanía se pierde ... 4) Por notoriamente vago, jugador, ebrio o divorciado por culpa suya”.

laboral (artículo 42), la libertad de conciencia y creencia (artículo 59), la inviolabilidad del domicilio (artículo 61), el respeto por la libertad del ser humano (artículo 24), entre muchos otros. Por otro lado, seguían existiendo artículos controvertidos, como el 54, que indicaba que la pena de muerte se impondría por delitos de traición a la patria¹⁵ y homicidio calificado (y por todos aquellos que señale la ley).

Con respecto al mencionado Código Civil de 1936, podemos ver un intento de avance para la protección de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 1 señala que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”. Como indica el Varsi Rospigliosi (2014), este entendimiento del inicio de la vida humana y su protección jurídica es una teoría de la ficción, en el sentido de que la palabra “ficción” indica el “dar a entender algo que no es cierto”, lo cual es completamente aplicable, puesto que el concebido no es alguien ya nacido, sino que es un concebido y —por más redundante que parezca— es lo que es: un ser humano (no nacido) que merece protección jurídica, mas debe ser diferenciado por su situación *sui generis*. Es aquí donde un análisis profundo de Fernández Sessarego (2012), con respecto a la teoría de la ficción, resulta relevante: “El concebido no es lo que es —un ser humano— y cuando es —es decir, cuando nace— ya no es, pues se convierte en una persona nacida” (p. 65). Otro aspecto importante de mencionar es lo que se indicaba en el artículo 5 de este código, puesto que representaba una situación injusta para las mujeres: “Los varones y las mujeres gozan de los mismos derechos civiles, *salvo las restricciones establecidas respecto de las mujeres casadas* [énfasis añadido]”. Dicho artículo hay que leerlo sistemáticamente con, por ejemplo, el artículo 168: “El marido es el representante de la sociedad conyugal”, o el artículo 190: “La mujer no puede, *sin consentimiento del marido* [énfasis añadido], administrar los bienes comunes, obligarlos ni litigar sobre ellos, sino dentro de los límites en que representa la sociedad”. Claramente, la situación de la mujer no era equiparable a la que poseía el hombre en ese entonces.

Por último, el tercer Código Civil peruano se promulgó el 24 de julio de 1984, bajo el imperio de la Constitución de 1979. Esta marcó un hito importante en la historia del constitucionalismo peruano; para citar su importancia: estableció el Estado constitucional de derecho, afirmó el gobierno mixto, la constitución de órganos autónomos, la descentralización del Estado, un catálogo de derechos, impuso el modelo de la economía social de mercado, estableció la igualdad de derechos con respecto a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, entre otros aspectos¹⁶.

15 Esto sigue vigente en nuestra Constitución actual de 1993, en el artículo 140.

16 En la actual Constitución de 1993 se hicieron algunos cambios con respecto a unos puntos, verbigracia, hubo un recorte de derechos sociales, se estableció la unicameralidad, se estableció la Defensoría del Pueblo, el sistema electoral tripartito, una reforma del modelo social de mercado, mayor competencia del Poder Ejecutivo, entre otros.

Relacionando esto con el Código Civil de 1984, podemos notar una inconsistencia. Este cuerpo legal indica en su artículo 1 que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. En contraste con lo que la Constitución de 1979 indicaba en su artículo 2, inciso 1: “Al que está por nacer se le considera nacido para todo cuanto le favorece”. Como podemos percatarnos, mientras el Código Civil defendía una teoría subjetiva del concebido como sujeto de derecho, la *norma normarum* continuaba con la teoría de la ficción¹⁷.

Con respecto a lo referido en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, se nota un buen rumbo hacia su verdadera igualdad ante la ley. En este sentido, el Código Civil en el artículo 4 del título II (“Derechos de la persona”), indica que “el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles”, esto conforme con la Constitución de aquel entonces (y la actual también), que indicaba lo siguiente en su artículo 2, inciso 2: “El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón¹⁸”.

Para culminar esta parte, es importante también comentar sobre la actual Constitución de 1993. Como mencionamos en el apartado de “Los juicios de Núremberg”, el respeto y derecho supremo de la dignidad de la persona humana inspiró nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la norma suprema. Así, en su artículo 1 (“Defensa de la persona humana”) se indica que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, amparando así esta idea de la Ley Fundamental de Bonn, que a su vez es inspirada en la filosofía kantiana, de acuerdo con la máxima de tratar siempre al ser humano como un fin en sí mismo (su dignidad) y nunca como un mero medio.

Este principio ha sido utilizado en la jurisprudencia nacional para la resolución de diversos casos, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en el Expediente 2273-2005-PHC/TC, según lo indica en su fundamento 8: “En la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el ‘deber ser’ y el ‘ser’, garantizando la plena realización de cada ser humano”.

17 Esta situación cambiaría con la promulgación de la Constitución de 1993, en la que el artículo 2, inciso 1, cambiaría su texto al siguiente: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

18 Dicha redacción pudo ser mejor, en el sentido de que desde un inicio se pudo indicar que la mujer tiene los mismos derechos que el varón, en contraste a indicar que le reconoce derechos no menores que al varón, lo cual da una connotación de que el punto de referencia es el hombre. Afortunadamente, la Constitución de 1993 cambia su texto al siguiente: “Derechos fundamentales de la persona ... A la igualdad ante la ley”.

También ha sido utilizado para un poder interpretativo sistemático de la Constitución. Así el TC lo ha indicado en el Expediente 0030-2005-PI/TC: “Es interpretable [la Constitución], pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean *verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana* [énfasis añadido]”. No obstante lo mencionado, es relevante analizar el derecho comparado.

6. DIGNIDAD HUMANA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Compórtate de una manera tal que trates a la humanidad de una forma particular. Jamás trates a las personas como si fuesen un medio para lograr un fin, todo lo contrario, siempre trata a las personas al mismo tiempo como si esto fuese el fin último.

Immanuel Kant

En el ordenamiento jurídico italiano, podemos encontrar el reconocimiento de dicho principio en dos artículos constitucionales que deben analizarse conjuntamente. Por un lado, se tiene el artículo 2, en el cual se garantizan “los derechos inviolables de la persona”; por otro lado, el artículo 3 dispone que “los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley”.

Este ha sido usado múltiples veces por los jueces para justificar sus fallos, tan es así que un juez constitucional —Gaetano Silvestre (2008)— ha indicado lo siguiente: “[La dignidad] es el centro del principio personalista, que junto al principio de igualdad, sustentan el gran edificio del constitucionalismo contemporáneo”.

En Italia, en lo que respecta a la tutela de salud, la Corte Constitucional, en la Sentencia 432-2005, indicó en sus fundamentos la existencia de la garantía de un derecho irrenunciable a la salud como ámbito inviolable de la vida humana (Miranda Bonilla, 2008, pp. 51-53), tanto así que ni siquiera se debe hacer distinción entre un extranjero y un ciudadano.

En este mismo país, se recurrió al valor de la dignidad para justificar su estrecha relación con la tutela de la privacidad. Si bien dicha tutela está reconocida en el artículo 15 de la Constitución¹⁹, la jurisprudencia de las cortes constitucionales relaciona ello con los derechos personalísimos. Por ejemplo, en la Sentencia 81-1993 se indicó que

19 “Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismos solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley”.

“la inviolabilidad del secreto y libertad de las comunicaciones está estrechamente conexo a la protección del núcleo esencial de la dignidad humana y el ... desarrollo de la personalidad en las formaciones sociales”. También argumentaron que “el inderogable deber de prevenir y reprimir crímenes tiene que ser desarrollado en el más absoluto respeto de particulares cautelas dirigidas a tutelar un bien”.

En Estados Unidos también se ha acudido a este principio-derecho para la protección del ser humano. Uno de los casos más importantes es *Lawrence v. Texas*, en el cual la Corte Suprema falló a favor de una pareja homosexual. Para explicar los hechos brevemente, un hombre apellidado Lawrence estuvo manteniendo relaciones sexuales consentidas con otro hombre apellidado Garner (sesenta y treinta y seis años de edad, correspondientemente), en el departamento del primero. La policía intervino en su hogar debido a que un vecino emitió una queja argumentando que se encontraba un “hombre loco con una pistola”. La pareja homosexual fue arrestada y denunciada por violar la ley de sodomía de Texas²⁰. Respecto al caso, esta Corte argumentó lo siguiente:

El Estado no puede degradar su existencia ni controlar su destino haciendo de su conducta sexual privada un delito ... Estos asuntos, que involucran las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en la vida, las decisiones fundamentales para la dignidad y la autonomía personal, son fundamentales para la libertad protegida por la Decimocuarta Enmienda²¹.

También resulta importante otro de sus fundamentos: “Basta que reconozcamos que los adultos pueden optar por entrar en esta relación en los confines de sus hogares y sus propias vidas privadas y aún conservan su dignidad como personas libres²²”. Como indica Maxine Goodman (2006), “el papel de la dignidad humana no se puede discernir en la toma de decisiones de la Corte”.

7. ¿DESAMPARADOS BAJO LA CONSTITUCIÓN?

There is no such thing as 'your truth'. There is the truth and there is your opinion.

Ben Shapiro

En el presente artículo se ha indicado la importancia de la Constitución a lo largo de la historia (y hoy en día también) para la protección de los derechos del ser humano, y

20 La cual prohibía el sexo anal u oral entre personas del mismo sexo.

21 Esta enmienda vela —entre otros aspectos— por la protección igualitaria [nota al pie del autor].

22 En concordancia con la opinión del juez Kennedy: “Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions”.

se ha realizado especial énfasis en lo que respecta al derecho-principio supremo de la dignidad de la persona humana. No obstante lo mencionado, es trascendental mencionar que —debido a las diferentes posiciones ideológicas que se presentan en el debate político— se da la impresión de que en ciertos países se protegen más eficientemente los derechos del ser humano, mientras que en otros ordenamientos jurídicos se les desampara. Algo muy curioso es que, por más que exista consenso sobre algunos temas como la prohibición de la esclavitud, lo que para algunos es defender ciertos derechos individuales para otros es un atentado.

En los siguientes párrafos se comentará sobre dos temas que consideramos relevantes en materia de protección de los derechos de la persona: el aborto y la eutanasia. Por ello, a efectos de generar un espacio donde ambas posiciones adquieran igual importancia, se expondrán los argumentos más relevantes de cada una, sin perjuicio de que puedan existir más (y de hecho los hay). Se finalizará con una breve opinión propia del autor sobre el tema.

8. ABORTO Y EL DEBATE DE LA VIDA HUMANA

*We really need to get over this love affair with the fetus and start worrying about children*²³.

Joycelyn Elders

Uno de los argumentos más conocidos es el que indica que prohibir el aborto —léase, volverlo o mantenerlo ilegal— no va a reducir la cantidad de abortos que se realizan cada año, sino que su efecto será que las mujeres que quieran abortar lo seguirán haciendo, pero en condiciones precarias, lo que las va a colocar en riesgo de morir o sufrir daños irreversibles en su salud, sea mental o física²⁴.

Otro de los argumentos es que —al margen de que dañe su salud o no— una mujer o persona gestante tiene el derecho de decidir lo que realiza con su cuerpo, y el fundamento de este es el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad. Bajo esta lógica, se nos recuerda que en el debate sobre el aborto debemos reconocer a la mujer como un ser humano igual de digno que el resto y no como un contenedor para el feto.

La abogada Sarah Weddington, que participó en el debate sobre el aborto en el caso estadounidense *Roe v. Wade*, argumentó que el embarazo genera una afectación grave

23 Frase dicha en una entrevista para el *The New York Times Magazine*, en 1994.

24 En esta misma línea argumentativa, se indica que prohibirlo es atentar contra la dignidad de la mujer gestante.

en la mujer: “El embarazo para la mujer es probablemente uno de los aspectos más determinantes en su vida. Afecta su cuerpo. Afecta su educación. Afecta su empleabilidad. Y afecta comúnmente su vida familiar entera”.

Por último, otro de los argumentos más conocidos y que tiene bastante apoyo actualmente es aquel que indica que el feto —al estar dentro del cuerpo de la mujer— se ve supeditado a la decisión de dicha mujer sobre si decide mantenerlo en su cuerpo o no. Negarle la posibilidad de decidir sobre su propio cuerpo sería hacer un trato diferenciado con respecto al hombre²⁵.

*In this world, where cruelty prevails in so many aspects of our life, I
would not add the weight of choice to kill rather than to let live.*

Pearl S. Buck²⁶

Uno de los argumentos más usados por quienes se oponen al aborto es el hecho de diferenciar la vida de la mujer de la vida del concebido. Si bien es cierto que el concebido está dentro del útero de la mujer gestante, esto no quiere decir que “por estar dentro” es “parte de su cuerpo”, sino que es un individuo distinto.

Otro argumento que probablemente tiene como raíz la filosofía libertaria es que es cierto que cada persona puede realizar lo que desee con su cuerpo —al margen de si la sociedad lo considera como algo bueno o malo—; sin embargo, uno de sus principios es que nuestra libertad no puede afectar a la de un tercero, y este último es el concebido. Ergo, una mujer puede disponer como guste de su organismo somático, más no puede decidir sobre la vida (uno de los derechos fundamentales de acuerdo con el libertarismo) del concebido²⁷.

Como un contraargumento de la corriente feminista actual más abundante, algunas personas se oponen al aborto, pues indican que viola los principios de no violencia y no discriminación. Por ejemplo, la organización Feminists for Life refiere lo siguiente: “Nosotros creemos en la decisión de una mujer de decidir sobre su cuerpo, y ella merece este derecho al margen de dónde viva, inclusive si sigue viviendo dentro del vientre de su madre” (Hentoff, 1994).

25 Bajo esta línea argumentativa, Dennis Miller decía lo siguiente: “My belief is that if men were the ones getting pregnant, abortions would be easier to get than food poisoning in Moscow”.

26 Primera mujer estadounidense y de América en ganar el Premio Nobel de Literatura.

27 Posición aún discutible dentro de los propios libertarios, puesto que algunos argumentan que no hay vida humana y, por lo tanto, el aborto, al no afectar a ningún tercero, no debería ser proscrito por el Estado.

I've noticed that everyone that is for abortion, has already been born.

Ronald Reagan

Si bien es un tema muy extenso respecto al cual hay diversos argumentos interesantes en cada bando, la opinión personal de quien escribe es que el aborto es un atentado directo contra la vida humana en su sentido ontológico²⁸. Para ello, lógicamente no puede ser la ciencia jurídica la que determine cuándo inicia la vida, ya que esto es materia de la ciencia embriológica y dependerá de lo que diga esta para que el derecho proteja la vida del ser humano de la manera más apropiada²⁹.

Siguiendo esta línea argumentativa, resulta interesante un estudio realizado por Steven Andrew Jacobs (2018), titulado "El consenso de los biólogos sobre 'cuándo empieza la vida'³⁰". En dicho estudio, se congregó a 7383 participantes³¹ para que respondieran a la pregunta de cuándo empieza la vida humana desde un punto de vista biológico-científico. A estos les hicieron cuatro preguntas³², de las cuales las dos primeras contenían implícitamente la afirmación de que la vida de los seres mamíferos empieza con la concepción (de las que se obtuvo un resultado positivo del 91 % y el 88 %, correspondientemente). En la pregunta número tres se cambió el término "mamífero" por "vida humana", y el 75 % afirmó que comienza con la concepción. Así hasta llegar a la cuarta pregunta, en la que se les separó por su posición respecto al aborto, y se llegó a un consenso de que la vida comienza con la concepción misma; inclusive los que estaban en el grupo de "muy proaborto" alcanzaron esta conclusión con un 60 % de unanimidad.

Para culminar nuestra opinión sobre el asunto, quisiéramos citar a Cárdenas Krenz (2015): "El código genético es parte del organismo, pero quien posee el genoma es el organismo ... Un embrión es un sistema viviente y organizado, cuyo genoma no es independiente del ambiente en el que se desarrolla".

28 Nos parece relevante diferenciarlo, pues en materia penal el delito de aborto protege el bien jurídico vida humana dependiente; sin embargo, no buscamos generar una diferenciación terminológica penal, sino analizar la protección del ser humano per se, es decir, al margen de dónde se encuentre.

29 Como indica Romina Santillán Santa Cruz (2012), "la respuesta [de cuándo inicia la vida] ... se encuentra impuesta por la realidad biológica, pues aunque puedan existir consideraciones jurídicas alejadas de ésta, lo cierto es que la ley no puede decidir cuándo empieza la vida ... debe ser el reflejo de la realidad del ser humano".

30 Titulado originalmente en inglés *Biologists' Consensus on 'When Life Begins'*.

31 Como dato interesante, la mayoría de ellos no eran religiosos (63 %), en su mayoría eran liberales (89 %) y proaborto (85 %).

32 Curiosamente, las primeras tres preguntas estuvieron formuladas de tal manera que se iniciaba desde una versión vaga sobre cuándo empieza la vida humana, la cual se iba esclareciendo hasta llegar a la pregunta número cuatro, en la que directamente se les preguntaba cuándo empieza.

9. EUTANASIA: ¿MUERTE DIGNA O DESPRECIO A LA VIDA?

None of us have the right to tell another how much suffering they can and should bear.

Campaign for Dignity in Dying

La mayoría de los argumentos a favor de la eutanasia están dirigidos a respetar la libertad de cada ser humano y su autodeterminación. Así, se sostiene que las personas tenemos un “derecho a morir dignamente”, es decir, el hecho de que cada uno pueda decidir consciente y voluntariamente cuándo acabar con su vida³³. Detrás de esta idea nos encontramos nuevamente ante un argumento de corriente libertaria, en el sentido de que nos indica que el ser humano debería ser lo más libre posible y que el Estado —considerando esta perspectiva— no debería prohibir la práctica eutanásica (mucho menos penalizarla). Bajo esta línea argumentativa, la columnista canadiense Barbara Kay refiere lo siguiente: “La decisión de morir es un asunto privado; su ejecución debería serlo también³⁴”.

Siguiendo la misma idea, se sostiene que resulta un atentado contra la dignidad de la persona el hecho de negarle morir cuando tiene intolerables dolores. Después de todo, el dolor es algo personal y subjetivo; por ello, cada uno debe ser libre de decidir cuándo morir. Se argumenta que ningún tercero está legitimado para definir quién sufre y quién no³⁵, ergo, todo queda en el ámbito íntimo de cada uno.

A fatal law, with fatal flaws.

New Zealand Campaign Against Euthanasia

Aquellos que se oponen a la eutanasia argumentan que la vida humana no solo tiene un valor personal, sino también social. Por ejemplo, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, se puede deducir que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1, en el que se defiende a la persona humana, se entiende que es inclusive a costa de que ella misma sea la que pida acabar con su vida, pues es un bien jurídico indisponible, uno de los más valiosos que el Estado debe proteger.

Otro argumento en contra es la preocupación del cambio de perspectiva con respecto a la defensa y el respeto por la vida que se puede dar en una sociedad que legaliza

33 Este sector argumenta que tenemos un derecho a vivir, mas no una obligación para mantenernos con vida.

34 Columna escrita para el National Post.

35 Con respecto a esta posición, otros argumentan que —en todo caso— el único que puede decidir si alguien está sufriendo es el correspondiente profesional de la salud.

la eutanasia. Esto parte de la idea de que toda ley, toda decisión judicial, transmite un mensaje a la población³⁶. En este sentido, el permitir la eutanasia generará en la mente de las personas la idea de que pedirle a un médico morir es moralmente correcto³⁷.

Killing someone is the ultimate crime, while on the other hand, killing someone in uniform is fulfillment of duty.

Ramman Kenoun

Personalmente, estamos en contra de la eutanasia por diferentes razones. Una de las principales es que consideramos de carácter absoluto el respeto por la dignidad de la persona humana. Tanto es así que, aunque uno considere que su vida es indigna, dicha autopercepción forma parte de la dignidad relativa de cada uno, mas no quiere decir que por considerarse indigno lo sea, pues para el derecho la única dignidad que importa para efectos de la protección de los derechos del ser humano es la absoluta.

Lo que debemos hacer es velar para que estas personas en estado terminal acudan a los cuidados paliativos correspondientes. Como indica el Comité de Bioética de España (2020),

la sociedad debe reverenciar a cada ser humano en todas las etapas de su existencia ... para que cada uno de esos periodos sea significativo. La muerte ... ni debe anticiparse por voluntad propia ni debe degenerar en una tortura para nadie.

10. CONCLUSIONES

Altogether, we must fight for what is right, and fight what is wrong.

Francis Escudero

El desarrollo histórico del derecho constitucional ha sido crucial para que la protección de los derechos del ser humano sea más eficiente, tal como el elevar el principio-derecho supremo de la dignidad de la persona humana al rango más alto de protección.

Esta protección se ha dado no únicamente en nuestra legislación —cuando la ampara el artículo 1 de nuestra Constitución Política—, sino que en el derecho comparado se usa a menudo por parte de los jueces para fallar a favor de una u otra parte.

36 Por ejemplo, cuando el derecho penal criminaliza las violaciones, está transmitiendo que lo que le interesa al Estado es proteger el bien jurídico libertad sexual de las personas.

37 La mayoría de las personas asocian legalidad con moralidad, tal como lo indica el Comité de Bioética de España (2020).

No obstante lo mencionado, ocurre un fenómeno al que denominamos “la paradoja silenciosa”, en el sentido de que, si bien las constituciones surgen —entre otras razones— para proteger los derechos del ser humano desde un rango superior, el debate hoy en día sobre temas sensibles como el aborto o la eutanasia hace que uno se cuestione sobre si verdaderamente existe una verdad, ya que todos los que defienden su posición dicen tenerla. Somos de la consideración de que sí existe esta verdad: así como en el pasado se creía que la esclavitud era correcta, hoy es impensable argumentar ello.

Es probable que nos demoremos en, efectivamente, llegar a la verdad; puede que ello tarde décadas o siglos, pero lo importante es siempre estar dispuestos a escuchar la opinión del resto y no creernos dueños de la verdad, que lo único que generará será buscar silenciar al otro.

Lo curioso de este fenómeno es que uno puede estar de acuerdo con ello independientemente de la posición que tenga sobre un tema. Así pues, quien está a favor del aborto puede argumentar que hay una afectación a los derechos de la mujer, derechos que deberían estar protegidos desde un rango constitucional.

Somos de la creencia de que las constituciones sí protegen los derechos del ser humano. Puede que haya distintas opiniones respecto a un tema y debates llenos de fervor, mas esto es positivo en el sentido de que busca orientarnos a una respuesta en la cual podamos defender correctamente al ser humano como ser ontológico. Siempre habrá discrepancia, pero hay que promover el diálogo.

REFERENCIAS

- Bonilla, H. M. (2009). La dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (199), 37-68. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9774/9220/>
- Bruzón, C. (2011). Derecho constitucional: momentos para una periodización. Algunos retos y debates actuales. *Ius et Praxis*, (17), 119-138.
- Cárdenas Krenz, A. (2015). Consideraciones en torno al estatuto jurídico del embrión. *Criterio Jurídico*, 15(1), 203-226. <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1418/1993>
- Comité de Bioética de España. (2020). *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*. <https://www.cibir.es/files/biblioteca/2020-informe-eutanasia-cbe.pdf>
- Fernández Sessarego, C. (2012). *Derecho de las personas* (12.ª ed.). Editorial Motivensa.

- Goodman, M. (2006). *Human dignity in Supreme Court Constitutional jurisprudence*.
- Hentoff, N. (1994, 29 de octubre). *Yes, there are pro-life feminists*. MIT CSAIL. https://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/nvp/consistent/hentoff_feminist.html
- Huhle, R. (2011). Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 43-76.
- Jacobs, S. A. (2018, 6 de agosto). *Biologists' consensus on 'When life begins'*. SSRN. http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=3211703.
- Kay, B. (2021, 13 de febrero). Barbara Kay: Wider access to assisted dying in Canada will be catastrophic for the disabled. *National Post*. <https://nationalpost.com/opinion/barbara-kay-wider-access-to-assisted-dying-in-canada-will-be-catastrophic-for-the-disabled>
- Miranda, M. (2016). Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, (8), 17-30.
- Santillán Santa Cruz, R. (2012). La protección jurídica desde el principio de la vida humana: A propósito del reconocimiento de la “concepción” en la legislación civil peruana. *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, (4), 1-16.
- Silvestre, G. (2008,). *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*. Associazione Italiana dei Costituzionalisti. https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html#:~:text=La%20dignit%C3%A0%20della%20persona%20deve,scritto%20testualmente%20nella%20sentenza%20n.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas*. Gaceta Jurídica; Universidad de Lima, Fondo Editorial.

BIBLIOGRAFÍA

- Anónimo. (2010, 25 de junio). ¿Eran infanticidas los romanos? BBC News. https://www.bbc.com/mundo/ciencia_tecnologia/2010/06/100625_romanos_infanticidio_men
- Cruz, E. (2010, junio 7). Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. *Criterio Jurídico Garantista*, (2), 62-83.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36.
- Monge, L. (s. f.). Dignidad de la persona humana y biomedicina, 1-15.
- Ortega, I. (2003). La “pendiente resbaladiza” en la eutanasia: ¿ilusión o realidad? *Annales Theologici*, (17), 77-124.

- Pérez, J. (2007). *Los juicios de Nuremberg*. Editorial UOC.
- Quisbert, E. (2006). *Las XII Tablas*. https://ermoquisbert.tripod.com/dr/12t/12t_apunte.pdf
- Risso, M. (2012). Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 305-328.
- Sampedro, A., & Barbón, J. (2009). Los ojos en el Código de Hammurabi. *Arch Soc Esp Oftalmol*, 84(4).
- Shapiro, I. (2008). El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 437-464.
- Wefers, W. (1957). La idea del Estado social en la ley fundamental de Bonn. *Revista de Estudios Políticos*, (95), 71-74.

EL CAMINO DE LA CONSTITUCIONALIDAD: LAS BASES JURÍDICAS DE UN NUEVO RÉGIMEN PARA EL PATRIMONIO CONVIVENCIAL

ÁNGEL ARMANDO ALEJANDRO CHÁVEZ HUAMÁN*

Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

Recibido: 26 de octubre del 2021 / Aceptado: 20 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6099>

RESUMEN. La constitucionalización del derecho civil ha conllevado un repensar de sus instituciones, incluidas las relativas al derecho de familia. La unión de hecho, gracias al modelo familiar de la Constitución de 1993, es reconocida como una fuente generadora de aquella. Pese a que se han concretado cambios normativos importantes —especialmente en sus efectos personales—, el régimen patrimonial de la unión de hecho ha sido un aspecto poco atendido por el legislador. Gracias a la vaguedad del artículo 326 del Código Civil, a los convivientes se les ha impedido optar por el régimen de separación de patrimonios, pues se considera que la sociedad de gananciales es el único régimen económico accesible para ellos. Esta injustificada imposición es contraria al mandato de protección de la familia y a las exigencias de un Estado constitucional. La presente investigación pretende demostrar que, con las normas vigentes (tanto civiles como constitucionales), se tiene la base jurídica suficiente para revertir dicha situación.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización / familia / matrimonio / unión de hecho / régimen patrimonial

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Centro de Estudios en Derecho Constitucional.

THE CONSTITUTIONAL PATH: THE LEGAL BASES OF A NEW REGIME FOR DE FACTO UNION HERITAGE

ABSTRACT. The constitutionalization of civil law has led to a rethinking of its institutions, including those related to family law. The de facto union, thanks to the family model of the 1993 Constitution, is recognized as a source that generates it. Despite the fact that important regulatory changes have been made —especially in their personal effects—, the patrimonial regime of the de facto union has been an aspect little attended to by the legislator. Thanks to the vagueness of article 326 of the Civil Code, the cohabitants have been prevented from opting for the regime of separation of assets, since it is considered that the community property is the only economic regime accessible to them. This unjustified imposition is contrary to the family protection mandate and the demands of a constitutional State. The present investigation aims to demonstrate that, with the current regulations (both civil and constitutional), there is sufficient legal basis to reverse said situation.

KEYWORDS: constitutionalization / family / marriage / de facto union / patrimonial regime

1. INTRODUCCIÓN

La convivencia de pareja antecede en el tiempo a las formalidades matrimoniales. Las primeras relaciones familiares fueron producto de la socialización humana, destacando por su informalidad y espontaneidad. Dicho de otro modo, la convivencia concubinaria es tan antigua como la familia y la humanidad misma.

De manera contradictoria, en los sectores más conservadores de las sociedades modernas se la ha percibido como una práctica inmoral y reprochable, contraria a sus más estrictos parámetros éticos. Aunque se ha ido desvaneciendo poco a poco, esta percepción se niega a desaparecer por completo, quizá al encontrar arraigo en la idealización de la familia matrimonial.

Pese a ello, se logró su reconocimiento jurídico. En el derecho peruano tuvo su primer reflejo a nivel constitucional en la Constitución de 1979. No obstante, aún se encontraba lejos de ser considerada como una fuente generadora de familia; el constituyente se limitó a otorgarle efectos patrimoniales. Este diseño fue el que el legislador de 1984 plasmó originalmente en el Decreto Legislativo 295 (en adelante, Código Civil o, simplemente, el código).

El gran paso se dio con la Constitución de 1993. Interpretando el artículo 4 de su texto, el Tribunal Constitucional reconoció que las familias pueden encontrar su origen en fuentes distintas al matrimonio, las cuales incluyen a la unión de hecho. Desde ese momento, empezó un arduo camino por adaptar esta institución a los nuevos parámetros de constitucionalidad.

Aunque se han concretado diversos cambios normativos sustanciales en cuanto a sus efectos personales, la vida patrimonial de las uniones *more uxorio* ha sido de poca atención para el legislador. Ante ello, se mantiene un interesante debate respecto al acceso de los convivientes al régimen de patrimonios separados.

A la luz de las normas vigentes, ¿las parejas de hecho pueden sustituir su régimen patrimonial? Es objetivo de esta investigación demostrar que el ordenamiento peruano cuenta con la base jurídica suficiente para ello.

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO CIVIL

En el mundo actual, no se puede estudiar una institución jurídica sin tener en cuenta que los ordenamientos legales se ubican dentro de un marco jurídico mayor: el marco constitucional. La conversión del Estado de derecho en Estado constitucional conlleva un proceso en el que el principio de legalidad se ve subordinado al principio de constitucionalidad (García Toma, 2010). Atrás quedó el tiempo en el que la ley era la medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho; le cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición (Zagrebelsky, 2016).

Como consecuencia de este nuevo paradigma, todo el derecho va a pasar por un proceso denominado “constitucionalización”.

No es propósito de esta investigación ensayar una definición propia y completa de todo lo que supone este fenómeno; tal pretensión la desviaría de sus finalidades. Sin perjuicio de ello, concordamos con Mantilla Espinosa (2007) cuando sostiene que, principalmente, la constitucionalización del derecho abarca tres aspectos:

- La implementación de un control de constitucionalidad sobre las leyes (sea por vía directa o incidental).
- La interpretación de las normas conforme a la Constitución, la cual condicionará tanto al juez como al legislador.
- La incorporación de procesos jurisdiccionales en que se pueda reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales ante vulneraciones o amenazas.

Para los fines de este estudio, tomaremos en cuenta lo segundo: a una misma disposición normativa se le puede aplicar una variedad de métodos y criterios de interpretación; de ello resultará, evidentemente, una variedad de resultados o productos interpretativos. Frente a esta situación, el operador jurídico (intérprete) tendrá que optar por el que vaya más acorde con las normas, los principios y los valores del texto constitucional.

Por supuesto, las normas del Código Civil no han sido ajenas a tal exigencia. La primigenia validez constitucional de este dispositivo no lo vuelve inmune a la fuerza de irradiación de la Constitución de 1993. Tanto el juez como el legislador tienen la tarea de adaptar sus normas a la luz del vigente texto constitucional.

El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia han jugado un papel sumamente importante —aunque vacilante— en esta compleja misión. A manera de ejemplo, tenemos el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales (STC 04972-2006-PA/TC), el reconocimiento de la función social del derecho a la propiedad (STC 0048-2004-PI/TC), el reconocimiento de la herencia como garantía institucional (STC 03347-2009-PHC/TC) y el reconocimiento del derecho fundamental implícito a tener una familia y no ser apartado o removido de ella (STC 01817-2009-PHC/TC).

2.1 El modelo constitucional peruano de la familia

En la Constitución de 1979 existía identidad entre familia y matrimonio, y esta era la única fuente generadora de aquella¹. A *contrario sensu*, con la Constitución de 1993

1 “Artículo 5. El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

la familia puede originarse tanto en el matrimonio como en la unión concubinaria. Se ha llegado a considerar, incluso, que estamos ante una “desinstitucionalización del matrimonio” (Plácido, 2013, p. 69).

El modelo constitucional de la familia ya no se reduce a la familia matrimonial; por el contrario, abarca otras formas que se apartan del modelo tradicional. Sobre esto, en la STC 09332-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional expresó que

desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, 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, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (fundamento 7)

En ese sentido, el mandato de protección a la familia incluye, en realidad, a varios tipos de familias, aquellas que encuentran diversidad tanto en su composición (nucleares, extensas o reconstituidas) como en su fuente u origen (matrimoniales o concubinarias). Tan es así que una parte de la doctrina considera más apropiado hablar de un “derecho de las familias” como disciplina jurídica.

3. LAS UNIONES DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

3.1 El concubinato y sus presupuestos

El reconocimiento jurídico de las uniones de hecho sigue un criterio cerrado respecto a cuáles son las que merecen obtenerlo. El quinto artículo de la Constitución Política de 1993 expresa lo siguiente: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Por su lado, el primer párrafo del artículo 326 del Código Civil establece que

la unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Se colige, a partir de ambas normas, que no cualquier relación convivencial es susceptible de ser reconocida como fuente de familia, sino solo aquella que cumpla con determinados presupuestos².

En primer lugar, la convivencia debe realizarse entre un hombre y una mujer, es decir, se dejan de lado tanto las uniones homosexuales como las prácticas polígamas. En segundo lugar, ambos convivientes deben tener plena aptitud matrimonial y no pueden incurrir en ninguno de los tipos de impedimento regulados por el propio código. En tercer lugar, la unión entre hombre y mujer debe suponer una vida de pareja, aquella que conlleva un conjunto de conductas afectivas propias del ideal de vida conyugal. En cuarto lugar, la relación debe ser pública y notoria, es decir, que existan terceros que puedan dar fe de ella. Por último, como quinto presupuesto, se exige que la vida de pareja sea estable, no esporádica, para lo que se ha fijado un mínimo de dos años ininterrumpidos de previa duración.

3.2 Efectos personales: modificaciones legislativas en busca de la constitucionalidad

Tal como se mencionó con anterioridad, el artículo 326 del código se redactó a imagen y semejanza de la Constitución de 1979. Por este motivo, su texto original solo le consideraba efectos patrimoniales.

Con el paso del tiempo, tal situación ha sido modificada. Luego de que en el 2008 el Tribunal Constitucional reconociera a la unión de hecho como fuente generadora de familia, el legislador intervino a fin de adaptar esta disposición con el modelo familiar del vigente texto constitucional:

- En el 2010, el Congreso dictó la Ley 29560, la cual amplió la competencia notarial en asuntos no contenciosos y permitió que los convivientes soliciten el reconocimiento de la unión de hecho en este fuero y, con ello, su inscripción en el Registro Personal de los Registros Públicos.
- En abril del 2013, entró en vigencia la Ley 30007, norma que reconoció que los convivientes son titulares de derechos sucesorios.
- Desde la vigencia de la Ley 30311, en el 2015, los convivientes pueden adoptar a menores de edad declarados judicialmente en abandono.

2 A partir de ello, la norma civil hace diferencia entre tipos de uniones de hecho: la propia y la impropia. Aquella es la que cumple con todos los requisitos que la ley exige para su reconocimiento, mientras que la última carece de estos y, en consecuencia, los efectos que generará serán distintos. En la unión de hecho impropia, al no ser considerada fuente de familia, el conviviente que pueda ser afectado solo tendrá a su disposición la acción de enriquecimiento indebido.

- Por último, ante la muerte de uno de los convivientes, el otro puede acceder a una pensión de sobrevivencia, derecho reconocido desde el 2019 en la Ley 30907.

Son notorios y aplaudibles los avances legislativos en el ámbito personal de las parejas de hecho. Lamentablemente, no se ha visto el mismo progreso respecto a sus relaciones patrimoniales.

4. CUESTIÓN PRINCIPAL: EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

La familia no solo tiene alcances en la esfera personal de los individuos que la conforman, sino también en el ámbito económico. Como institución social, “la familia no está exenta de patrimonio, se compone de él, en razón [de] que tiene una actividad económica, y se comporta como una unidad de producción” (Varsi, 2012, p. 43). El vínculo jurídico familiar no solo supone un conjunto de relaciones personales, sino también el reconocimiento y/o establecimiento de relaciones patrimoniales entre sus miembros.

Con conciencia de ello, el legislador ha previsto —entre otras figuras— regímenes jurídicos que regulan el patrimonio conyugal y establecen reglas respecto a su disposición. En el Código Civil peruano existe, por un lado, el régimen de sociedad de gananciales y, por el otro, el de separación de patrimonios³.

Los casados son libres de determinar el régimen económico de su preferencia y tienen la oportunidad de hacerlo en el momento de la celebración del acto jurídico matrimonial (elección) o en un momento posterior en el tiempo (sustitución). Sin embargo, esta situación no es clara en el caso de los convivientes.

Una vez reconocida la unión de hecho —por vía judicial o notarial—, automáticamente el “patrimonio convivencial” se somete al régimen de sociedad de gananciales, cuyos efectos se retrotraen al momento en el que se cumplió con los requisitos exigidos en la ley. No obstante, existe una fuerte y muy interesante discusión a nivel doctrinario sobre la posibilidad —o imposibilidad— de que los convivientes sustituyan su régimen económico por el de separación de patrimonios.

Esta controversia encuentra su origen en la vaguedad con la que el legislador de 1984 redactó el artículo 326 del código, situación que, en lugar de ser resuelta, fue imitada por el constituyente de 1993. Ambas normas indican que la unión de hecho se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le “fuera aplicable”.

3 De manera muy simple, la separación de patrimonios supone que todos los bienes que los cónyuges adquieran durante el matrimonio serán considerados como propios, es decir, de propiedad de alguno de ellos; mientras que en una sociedad de gananciales existen tanto bienes propios como bienes sociales. Estos últimos no serán de propiedad individual de algún cónyuge, sino que serán considerados como bienes de la sociedad conyugal.

Es de obligatoria observancia que los regímenes patrimoniales se encuentran diseñados, en principio, para el matrimonio. De ahí que no todas sus normas sean aplicables a las uniones *more uxorio*. Pero ¿cuáles sí lo son? Al existir un silencio por parte del legislador, tal determinación tendrá que hacerla la jurisprudencia, coincidiendo o no con la doctrina, pues esta se limita a exhibir intuiciones u opiniones que, para mala fortuna, no siempre coinciden (Vega, 2010).

4.1 Aplicabilidad de la sustitución del régimen patrimonial

Para que una norma propia de la institución "A" califique como aplicable a la institución "B", es necesario tener en cuenta, al menos, dos aspectos fundamentales: en primer lugar, que aquella norma guarde coherencia con la naturaleza de "B" y, en segundo lugar, que tal aplicación no sea contraria al ordenamiento jurídico.

La segregación de las normas del régimen de sociedad de gananciales deberá responder a estos criterios. Solamente las que atraviesen exitosamente tales filtros podrán ser calificadas como normas aplicables a la unión de hecho. Ahora bien, ¿se encuentra la sustitución del régimen patrimonial dentro de este grupo?

a. Filtro de naturaleza

La nota más resaltante de la unión de hecho es la carencia de solemnidades. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, se trata de "una institución que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de quienes la integran y que en puridad se caracteriza por su informalidad en cuanto a su inicio y su desarrollo". A diferencia del matrimonio, donde el vínculo conyugal encuentra su origen en un acto jurídico solemne, la unión de hecho se forma a través de conductas reiteradas en el tiempo que denotan una libre y voluntaria vida de pareja.

Si atendemos a esta naturaleza, hasta resulta incoherente que los cónyuges puedan optar libremente por cualquier régimen patrimonial y los concubinos se sometan únicamente al de sociedad de gananciales, siendo este el más exigente e inflexible. Esto contraviene a todo lo que el concubinato representa, que es precisamente lo contrario: una mayor libertad y flexibilidad (Pérez Comenale, 2011).

Lejos de incompatibilizar, responde perfectamente a la esencia informal de la unión de hecho que, luego de su reconocimiento, los convivientes puedan acceder voluntariamente al régimen de separación de patrimonios.

b. Filtro normativo

Si bien la naturaleza de las uniones *more uxorio* habilita la sustitución de su régimen patrimonial, ¿las normas vigentes también lo hacen? Para abordar este criterio hay

que diferenciar dos aspectos: primero, la permisibilidad del Código Civil y, segundo, la conformidad con el modelo de familia en la Constitución de 1993.

En cuanto al Código Civil, la norma dicta que la unión estable entre hombre y mujer da origen a una sociedad de bienes que se “sujeta” al régimen de sociedad de gananciales. Frente a esto, la mayoría de los doctrinarios han asumido que la sociedad de gananciales es el régimen obligatorio e invariable para las uniones concubinarias. De hecho, ese ha sido el criterio manejado en sede jurisdiccional y administrativa —salvo por una interesante excepción por parte del Tribunal Registral—.

A pesar de que este grupo mayoritario insiste en que tal sujeción supone una imposición absoluta, existe otro que critica esta postura por considerarla injustificadamente restrictiva. Quizá el defensor más resaltante de esta segunda posición es Yuri Vega Mere, destacado estudioso del derecho de familia.

En contraposición a la mayoría, Vega (2003) manifiesta lo siguiente:

Discrepo abiertamente de esta apreciación, aun cuando resulte abrumadora la posición contraria. Para ello, parto de la premisa de la inexistencia de prohibición sobre los pactos que pueden celebrar los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales. Simple y llanamente la norma se aplica de manera supletoria en ausencia de pacto específico y solo en ese momento (cumplidos los requisitos de la unión de hecho) los bienes se presumirán comunes.

...

Considero admisible que los concubinos puedan sustituir o apartar la aplicación, en cuanto sea posible, del régimen de la comunidad de bienes, para lo cual podrían otorgar un documento en el cual den cuenta de aquellos bienes que adquirieron y estipular la forma en que liquidarán tal comunidad, los bienes que se atribuyen a cada cual, la manera en que se atenderán las deudas contraídas en interés común, etc. (pp. 310-311)

El autor asevera algo totalmente cierto: no existe expresamente una norma que prohíba a los convivientes optar por el régimen de patrimonios separados. Además, el derecho civil —en realidad, todo el derecho privado— se caracteriza por ser el reino de la autonomía de la voluntad. En esta disciplina, la vinculación negativa al ordenamiento jurídico es la regla: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe.

Esa es la línea argumental que ha seguido reciente y novedosamente el Tribunal Registral en la Resolución 993-2019-SUNARP-TR-T. A la luz de la autonomía de la voluntad y ante la ausencia de prohibición expresa en la legislación, se permitió la inscripción de un acto de sustitución de régimen patrimonial por parte de una unión de hecho.

Es de consideración del mencionado colegiado que

al estar previsto el reconocimiento de las uniones de hecho tanto en la vía judicial como en la notarial, así como su inscripción registral, inclusive su cese, para este Tribunal no existe ninguna vulneración constitucional para admitir la inscripción registral de la sustitución del régimen patrimonial de las uniones de hecho, más bien su rechazo equivaldría a una vulneración al derecho de igualdad y de la autonomía de la voluntad de los convivientes. (fundamento 13)

El terreno es medianamente claro en cuanto al código. La sustitución del régimen patrimonial para las uniones de hecho no entra en conflicto con ninguna de sus normas; al contrario, se adapta bien a la lógica del derecho civil.

Sin embargo, aún existe un segundo aspecto a determinar respecto al filtro normativo, aquel que gira en torno al modelo constitucional de la familia. Esto será abordado en el siguiente acápite.

4.2 Un derecho por principios: la promoción del matrimonio frente a la protección de la familia

A modo de reiteración: en el derecho actual no se puede estudiar una institución ignorando su posición dentro del marco constitucional. Por este motivo, nuestro análisis no puede culminar en el terreno legislativo; al contrario, es preciso atender a los cambios estructurales que trae el Estado constitucional.

En *El derecho dúctil*, Gustavo Zagrebelsky realiza un estudio de las implicancias que supone la superación del Estado legal de derecho. El nuevo estatus de la norma constitucional exige, entre otros aspectos, la distinción entre normas-regla y normas-principio.

El derecho en un Estado constitucional es, principalmente, un derecho por principios. La mayoría de las normas de la Constitución son de este tipo: tienen un alto nivel de abstracción que, entre otras virtudes, les permite orientar la interpretación y aplicación del resto de disposiciones en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, su concreción no suele ser tarea sencilla. Además de su indeterminación, los principios se caracterizan por su diversidad.

Sobre esto, el destacado jurista italiano sostiene que

la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación ... Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría constituir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno

se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.

Por lo demás, es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. (Zagrebelsky, 2016, p. 125)

Si extrapolamos esto al tema principal de la presente investigación, nos toparemos con la necesidad de armonizar dos principios constitucionales: la protección de la familia y la promoción del matrimonio.

En el artículo 4 de la Constitución se señala que la comunidad y el Estado “protegen a la familia y promueven el matrimonio”⁴. Conforme al modelo constitucional de la familia, tanto el matrimonio como la unión de hecho son instituciones merecedoras de protección jurídica; no obstante, sobre la primera existe también un mandato de promoción. En términos más sencillos, se protege a la unión de hecho, pero el matrimonio se protege y se promueve.

El destacado maestro Álex Plácido Vilcachagua (2013), consciente de que es necesario hallar una concordancia práctica entre estos dos principios, llegó a la siguiente conclusión: “Desde que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión de hecho dentro de la jerarquía de valores constitucionales” (p. 92). A nuestra consideración, esta interpretación es errónea.

De admitirse lo expresado por el autor, la promoción del matrimonio —en palabras de Zagrebelsky— se convertiría en un principio tirano, incompatible con un Estado constitucional de derecho.

Resulta sorprendente que aún se sostenga que el matrimonio y la unión de hecho encuentran jerarquía entre sí. Si esto fuera cierto, estaríamos aceptando también que las familias matrimoniales tienen prevalencia sobre las convivenciales —premisa totalmente opuesta al modelo familiar de nuestra Constitución—. Además, si ambas instituciones no fueran equiparables, se volvería incoherente que, para ser reconocidas, se exija que las uniones de hecho cumplan con rasgos propios de la vida marital, tales como estabilidad, exclusividad, heterosexualidad, publicidad, aptitud matrimonial, etcétera.

4 Consideramos que es más adecuado hablar de un principio de protección de las familias, puesto que el deber de tutela alcanza a todos los tipos de esta: matrimoniales y concubinarias; nucleares, extendidas y ensambladas.

Entonces, ¿en que se sustenta el principio de promoción del matrimonio? Sin duda, en las diferencias esenciales que tiene esta respecto a las uniones *more uxorio*.

Aunque la unión de hecho no sea inferior al matrimonio, sí es distinta. En doctrina existen muchos argumentos respecto al tema, de los que vale la pena destacar la expresa manifestación de voluntad de los casados; la certeza jurídica derivada del carácter formal del matrimonio; la idea de que existe un derecho constitucional a casarse, pero no a crear una unión de hecho; incluso, se han utilizado razones económicas para apoyar estas posturas (Sánchez Martínez, 2000).

No obstante, solo una distinción es —de nuestra apreciación— objetivamente válida: la relativa a la seguridad jurídica que conlleva el matrimonio. Desde el momento en el que es celebrado el acto jurídico matrimonial, se conocen sus efectos personales y patrimoniales; incluso, la disolución del vínculo conyugal (divorcio) cumple con determinadas formalidades. Caso contrario es el de la unión de hecho, en el cual su reconocimiento y su duración están sujetos a la libre y voluntaria determinación de los convivientes.

Sobre ello, sin duda, el matrimonio encuentra una posición desfavorable, puesto que su carácter formal puede actuar como un elemento desincentivador para las parejas: ¿para qué casarse si se puede acceder a los mismos derechos solo conviviendo? El fundamento del principio de la promoción del matrimonio radica en suplir esta desventaja a fin de preservar la seguridad jurídica.

El matrimonio se promueve no por estar dentro de una escala de valores superiores a los de la convivencia, sino porque goza de mayor predictibilidad, porque su existencia supone una mayor certeza. Los actos promotores del matrimonio deben responder a este rasgo distintivo.

Además, para hablar de una verdadera concordancia práctica, las disposiciones y actuaciones que fomenten el matrimonio no deben menoscabar el acceso a la unión de hecho, menos aún restringir injustificadamente los derechos de los convivientes.

La protección de la familia, además del reconocimiento y la defensa de sus efectos personales y patrimoniales, también incluye el respeto de los derechos e intereses legítimos de sus integrantes. Bien indica Robert Alexy (2008), citando al Tribunal Federal alemán, que “las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos ... sino que representan al mismo tiempo un orden valorativo objetivo que ... vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y justicia” (p. 507).

El régimen de sociedad de gananciales es el más inflexible; no ofrece todas las facilidades para un tráfico mercantil adecuado, pues termina siendo poco práctico: para el gravamen o la disposición de los bienes sociales es indispensable la presencia

de ambos cónyuges (Aguilar, 2006). Si se asume que este régimen es el único al que pueden acceder los convivientes, existiría una considerable vulneración a su derecho de libertad contractual; incluso, al de libertad empresarial, si observamos lo previsto en el artículo 312 del Código Civil⁵.

Si acceder a la unión de hecho supone una restricción tan lesiva a los derechos de los convivientes, se estaría dejando sin contenido el principio de protección a la familia. No se lograría una verdadera concordancia práctica con el principio de promoción del matrimonio.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La unión de hecho se afirma como una práctica cada vez más común en la sociedad. Su examen es necesario a fin de alinearla con los principios, intereses, derechos y objetivos constitucionales. Nuestra actual *norma normarum* da un paso muy importante en este aspecto al reconocerla como una fuente generadora de familia.

El modelo constitucional de la familia es plural. Se abre a más posibilidades que el modelo tradicional, reconociendo que no existe jerarquía valorativa entre las familias matrimoniales y las concubinarias. Su protección jurídica debe responder tanto a las similitudes como a las semejanzas de ambas instituciones.

La igualdad ante la ley conlleva que el trato diferenciado que les dé el ordenamiento se sustente únicamente en sus disimilitudes. El matrimonio es promovido no por ser la principal fuente generadora de familia, mucho menos por ser la más recurrente, sino porque —a diferencia de la unión de hecho— sus formalidades van de la mano con una mayor certeza jurídica.

El impedir que los convivientes opten por la separación de patrimonios no armoniza los principios de protección de la familia y promoción del matrimonio. Por el contrario, en el texto constitucional vigente se encuentran las bases suficientes para que las parejas de hecho exijan el reconocimiento de su derecho a elegir el régimen que deseen aplicar a sus relaciones patrimoniales.

Aún con ello, consideramos que es necesaria la intervención legislativa a fin de garantizar una correcta aplicación del artículo 326 del Código Civil; pues, aunque con muchos matices, nuestra tradición romano-germánica mantiene a la norma positiva como la principal fuente normativa.

5 "Artículo 312.- Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad".

La constitucionalización del derecho conlleva un repensar de las instituciones jurídicas, sobre todo las de una norma preconstitucional. Si bien, en los últimos años, se ha modificado un considerable número de normas del texto civil, aún hay aspectos de este que requieren de estudio y revisión, especialmente en una disciplina tan tradicionalista como el derecho de familia.

De manera muy asertiva, Carlos Fernández Sessarego (2000) expresó que “ninguna obra humana satisface plenamente a su autor cuando éste es auténtico y humilde, cuando tiene sed de perfección” (p. 374). El derecho es un camino interminable de retos, los cuales deberán ser asumidos, sobre todo, por el legislador. Las normas, como toda creación del hombre, son imperfectas, pero susceptibles de ser mejoradas.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2006). Régimen patrimonial del matrimonio. *Derecho PUCP*, (59), 313-355.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2.ª ed.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Adrus.
- Fernández Sessarego, C. (2000). Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral del nuevo milenio. *Derecho PUCP*, (53), 373-422.
- Mantilla Espinosa, F. (2007). La “constitucionalización” del derecho privado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1(2), 245-267.
- Pérez Comenale, A. (2011). La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria. *Revista de Derecho*, 10(20), 229-239.
- Plácido Vilcachagua, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108.
- Resolución 993-2019-SUNARP-TR-T (Trujillo). (2019, 19 de diciembre). Superintendencia Nacional de Registros Públicos: Pleno del Tribunal Registral. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Resolucion-993-2019-SUNARP-TR-T-LP.pdf>
- Sánchez Martínez, O. (2000). Constitución y parejas de hecho: el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(58), 45-69.
- Sentencia 0048-2004-PI/TC (Lima). (2005, 1 de abril). Tribunal Constitucional: Pleno jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

- Sentencia 01817-2009-PHC/TC (Lima). (2009, 7 de octubre). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
- Sentencia 03347-2009-PHC/TC (Lima). (2010, 17 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03347-2009-AA.html>
- Sentencia 04972-2006-PA/TC (La Libertad). (2007, 18 de diciembre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.pdf>
- Sentencia 09332-2006-PA/TC (Lima). (2007, 30 de noviembre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.pdf>
- Vega Mere, Y. (2003). Uniones de hecho. En W. Gutiérrez (Ed.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (t. II). Gaceta Jurídica.
- Vega Mere, Y. (2010). Amor, familia, unión de hecho y relaciones patrimoniales. *Foro Jurídico*, (10), 41-59.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil*. Editorial Trotta.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL: UN CAMINO AL EQUILIBRIO

RENZO DÍAZ GIUNTA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 27 de octubre del 2021 / Aceptado: 25 de enero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6100>

RESUMEN. ¿Cuál es la influencia que posee en la actualidad el derecho constitucional en el derecho civil en el Perú del bicentenario? ¿La constitucionalización del derecho civil supone mayores garantías para el ejercicio de derechos o significa mayores límites a la autonomía privada?

En el presente artículo, el autor analiza la influencia que posee el derecho constitucional en el derecho civil desde el marco rector que otorga, así como los límites que traza. Asimismo, revalora la interconectividad que toda ciencia jurídica debe poseer con el derecho constitucional. Cabe destacar que, en la actualidad peruana, diversas leyes inconstitucionales han sido promulgadas, lo cual evidencia la poca importancia que los legisladores otorgan a nuestra carta magna. Por ello, el autor considera imperativo ratificar la primacía de la Constitución y su rol garantista, pacificador y de equilibrio.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional / derecho civil / primacía de la Constitución / autonomía privada / equilibrio

* Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima. Actualmente labora en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Director regional de Lima Metropolitana en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM). Miembro de la International Association of Constitutional Law (Suecia). Asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) (Italia). Asistente de cátedra en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres. Ha laborado en el Tribunal Constitucional del Perú. Ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile). Ha sido director general del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima (2021). Representó al Perú en la XXXVII Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del Mercosur (RAADH). Fue embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education (PRME) de las Naciones Unidas.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW: A PATH TO BALANCE

ABSTRACT. What is the influence that Constitutional Law currently has on Civil Law in Peru of the Bicentennial? Does the constitutionalization of Civil Law imply greater guarantees for the exercise of rights or does it mean greater limits to private autonomy?

In this article, the author analyzes the influence that Constitutional Law has on Civil Law, from the guiding framework that it grants, as well as the limits that it establishes. Likewise, it revalues the interconnectivity that all legal science must have with Constitutional Law. It should be noted that, currently in Peru, various unconstitutional laws have been enacted; evidencing the little importance that legislators give to our Magna Carta. For this reason, the author considers imperative to ratify the primacy of the Constitution and its guarantor, pacifier and balancing role.

KEYWORDS: constitutional law / civil law / primacy of the Constitution / private autonomy / balance

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es indiscutible la primacía e importancia normativa de la Constitución. Bajo sus diversas concepciones, trasciende la gran relevancia que posee para una nación, como fuente principal de derecho dentro de un ordenamiento jurídico, como carta de derechos fundamentales y como instrumento fundamental que organiza al Estado, separa, equilibra y limita el poder. Según Loewenstein (1982), la Constitución es la norma básica del ordenamiento jurídico de un Estado, encargada de establecer la regulación jurídica del poder político (p. 149).

Las diversas disciplinas jurídicas, como por ejemplo el derecho civil, penal y procesal, encuentran en la Constitución un punto de partida, puesto que, si carecen de este reconocimiento constitucional, lo más probable es que no puedan ser formalmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico en particular.

Y esto se debe a que ninguna otra norma puede contravenir ni contradecir la Constitución. Ante incompatibilidad, la interpretación siempre es favorable a lo que indica la carta magna o, simplemente, la norma incompatible es expulsada del ordenamiento jurídico. Entonces, es posible afirmar que las demás ramas del derecho tienen reconocimiento y validez jurídica en tanto en cuanto la Constitución de cada nación así se los permita.

Por lo tanto, la Constitución es el punto de partida de todo ordenamiento jurídico; se consagran los derechos de la persona, el sistema de gobierno, el régimen económico, los valores democráticos, la organización del Estado, las competencias y atribuciones de los poderes constituidos, los mecanismos de balance y control y la matriz normativa necesaria para que, a partir de allí, una nación avance y se desarrolle.

Asimismo, el constitucionalismo como ciencia se ha perfeccionado y evolucionado al punto de formarse, en la actualidad, abogados constitucionalistas, profesionales dedicados al estudio de la Constitución para su apropiada y sistemática interpretación. Cabe destacar que, en el ámbito de la defensa de la Constitución y los principios y derechos que consagra, los ordenamientos jurídicos han engendrado instituciones, con reconocimiento constitucional, que poseen el mandato de ser guardianes de la carta magna y la constitucionalidad, así como sus supremos intérpretes. Estos son las cortes o tribunales constitucionales.

Con respecto a la jerarquía, actualmente, en la cúspide de la pirámide normativa de Kelsen, yace la Constitución; no hay Estado que posea una y no le otorgue ese rango jurídico. No obstante, la realidad del mundo no siempre fue así. Antes que constituciones, había códigos y, previamente a la existencia del derecho constitucional, existía el derecho civil.

A continuación, se analizará el fenómeno conocido en la doctrina como la constitucionalización del derecho civil y sus principales aristas bajo el ordenamiento jurídico peruano y en el marco del Perú del bicentenario.

2. DE LA CODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

El fenómeno de la constitucionalización del derecho ha ido evolucionando en los últimos cien años, y es la experiencia comparada de otras naciones con una historia republicana más amplia la que inspira a democracias más jóvenes, como la del Perú, en su propio proceso evolutivo histórico-jurídico.

Para Savigny, el derecho era un fenómeno social que solo podía entenderse desde la perspectiva de la historia de la sociedad en la que existía, el “espíritu del pueblo” y por lo tanto una concepción que se alejaba enormemente de una simple colección de reglas (Andújar, 2014, p. 8).

Naturalmente, lo que se conoce hoy en día como derecho civil es, a su vez, la evolución del derecho romano. El derecho civil ha sido el más cercano a la persona por la cotidianidad de su uso al ser la norma civil empleada en ámbitos de comercio, familia y patrimonio.

Mientras que lo referente a los derechos políticos fue evolucionando a lo largo de la historia, la caída de las monarquías y la consolidación de las democracias, el derecho civil siempre estuvo ahí, de manera constante y como eje de la vida de las personas.

La constante producción normativa de las repúblicas ameritó que los legisladores emprendieran un esfuerzo para que estas se encuentren sistematizadas, consolidadas y ordenadas en un solo texto, facilitando la vida de los ciudadanos y propiciando el cabal cumplimiento de las normas en los territorios. Evidentemente, a este fenómeno, que fue proliferando a lo largo de los años, se le denominó la codificación del derecho.

Esto se debe a que era más sencillo para los ciudadanos que las normas se encontraran dentro de códigos divididos por títulos y ejes temáticos. De esa forma, les era más sencillo ubicar las leyes necesarias para el ejercicio de sus derechos y, al ser el derecho civil el primer derecho, así fue como se dio el origen histórico del Código Civil.

Los códigos fueron una pieza trascendental en todo Estado de derecho; inclusive hubo naciones que también lograron consolidar sus normas penales y electorales en un solo texto, y dieron origen al Código Penal y al Código Electoral. No obstante, las leyes cambian tanto como los gobernantes y era necesario dotar de estabilidad a los Estados. Ello dio origen a las constituciones.

Cabe destacar que el término constitucionalización del derecho propiamente dicho surgió en Francia. Específicamente, en la reunión de la Asociación Francesa de

los Constitucionalistas, en febrero de 1980, en la Facultad de Derecho de Saint-Maur. La finalidad del término era el cambiar el paradigma jurídico actual y la concepción del derecho, a fin de sujetarla a una regulación mucho más vinculante e imperativa (Favoreu, 2001, p. 31).

En primer lugar, el enfoque que se le daba a la Constitución era de una carta o un compendio de derechos, de todos aquellos derechos fundamentales en la vida de toda persona que ameritaban tener un reconocimiento normativo superior. De esta forma, se garantizaba que no se despojara a los ciudadanos de sus derechos históricamente ganados, por el cambio de gobernantes.

Un claro ejemplo de esta corriente constitucionalista se manifiesta en la Constitución estadounidense, más conocida como Bill of Rights o Carta de Derechos, que dentro de sus diez enmiendas consagraba diversos derechos, como el derecho a la vida, a la libertad individual, al debido proceso, a la libertad religiosa, a la libertad de expresión, a la privacidad, etcétera.

Según Martínez, citando a Foucault, el poder está en todas partes; ahí donde cobra forma cualquier tipo de relación social está presente el poder (2017, p. 4). Por ello, posteriormente, la visión de lo que podía hacer una Constitución se expandió y se llegó a lo que se denomina una Constitución de límites. Más allá de consagrar derechos, el constituyente también le encargó a la Constitución trazar los límites al poder y ello no solo supuso una división clásica del poder —legislativo, ejecutivo y judicial—, sino el establecimiento de mecanismos de control entre los poderes para garantizar un armónico balance y que, en caso de que hubiera abuso, los otros poderes se pudieran encargar de restablecer el orden en una república. Y gracias a estos límites se han logrado consolidar y fortalecer las democracias, y se ha cerrado el paso a las dictaduras, los caudillismos y los absolutismos que proliferaban en la tierra en las épocas en que el constitucionalismo recién emergía.

Durante el siglo XIX, el orden jurídico de toda nación tuvo como eje central y esencial a la ley, que era el instrumento normativo que condicionó el comportamiento de la sociedad de aquel entonces. En tal sentido, el derecho establecía sus cimientos en el principio de legalidad, lo cual significaba que la Constitución, concebida como tal, no era otra cosa que una norma política, desprovista de contenido jurídico vinculante (Miranda, 2016, p. 100).

Luego de ello, la legalidad dejó de ser la pieza fundamental y matriz de todo ordenamiento jurídico y le abrió camino a la constitucionalidad, puesto que se produjo la transición de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho. Bajo este nuevo modelo, se dio la consagración de un principio constitucional, que se superpone al principio de legalidad.

El artículo 51 de la Constitución peruana consagra los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Con respecto al principio de supremacía constitucional, se evidencia que la Constitución es la ley de leyes, la norma fundamental, aquella de mayor jerarquía. Con respecto al principio de fuerza normativa de la Constitución, se entiende que el derecho debe tomar como premisa y fundamento a la Constitución para la toma de decisiones, conforme a los artículos 38 y 45.

En suma, la Constitución emana del poder constituyente y trasciende su origen y carácter político para consolidarse en la norma jurídica más importante, ya que el ordenamiento jurídico de toda nación nace y se fundamenta en la respectiva Constitución, mas no en la ley.

3. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO CIVIL

Por supuesto que tanto el derecho constitucional como el derecho civil son ramas y disciplinas autónomas del derecho. No obstante, están interrelacionadas. Como anteriormente mencionamos, el derecho civil antecede en existencia al derecho constitucional. Por ende, este recoge ciertos derechos y figuras jurídicas provenientes del derecho civil y les da un tratamiento propio en la Constitución.

El Código Civil peruano actual es de 1984, mientras que la Constitución de 1993; por ende, el código no fue escrito conforme a la carta magna que actualmente se encuentra vigente, sino conforme a su predecesora, la de 1979, por lo que sí cabe la posibilidad de que haya algunas incongruencias. Claro está que, de existir alguna incompatibilidad o diferencia, esta institución jurídica debe siempre interpretarse a la luz de la Constitución.

En el Perú, el Código Civil es el insumo normativo prioritario para el comercio, la industria y la empresa; sin aquel, no existiría desarrollo económico en nuestro país que permita a las personas salir de la pobreza y encaminar sus proyectos de vida. Por ello, un gran ejemplo de la constitucionalización del derecho civil gira en torno a que la Constitución ha consagrado en su artículo 59 y dotado de reconocimiento constitucional a los derechos a la libertad de empresa, comercio e industria.

Y es en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en que los ciudadanos crean personas jurídicas para desarrollar sus actividades empresariales. Naturalmente, acuden al Código Civil para saber cómo hacerlo; las secciones segunda y tercera del libro versan sobre personas jurídicas.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 31 de la sentencia recaída en el Expediente 00011-2013-PI/TC, define a este derecho como

el derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades.

Asimismo, uno de los grandes legados del derecho civil es lo referente a los derechos reales, en especial, al derecho real por excelencia: la propiedad. Si todo fuera de todos, habría caos; por ello, una evidencia del avance jurídico de las sociedades es el reconocimiento a la propiedad privada. Si bien, en el Perú, es el derecho civil a través del código el que regula cómo se adquiere, transmite y extingue la propiedad, tal es su trascendencia que no bastó con que este fuese un derecho legal, sino que se le dio la investidura normativa de más alto rango: el reconocimiento como un derecho constitucional.

Por ello, aunque su origen histórico fue de carácter legal, hoy en día el derecho de propiedad es un derecho constitucional en diversos países. Por ejemplo, en el Perú, el derecho de propiedad se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 2, inciso 16. Además, puede ser tutelado a través del sistema de justicia constitucional, bajo el proceso de amparo.

Con respecto al derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, esbozó la siguiente definición: "El poder jurídico que permite al titular usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, de modo que el propietario puede servirse directamente de él, percibir sus frutos y productos" (Expediente 00008-2003-AI/TC, fundamento 26).

Por otro lado, otro de los grandes aportes jurídicos del derecho civil es la existencia de los contratos, y la compraventa es la joya de la corona, al ser el contrato más constantemente empleado por todos los ciudadanos, desde la adquisición de un caramelo por parte de una niña, hasta la compra de una casa en la playa por parte de un recientemente jubilado.

Cabe destacar que resulta evidente el rol fundamental que posee la propiedad en un contrato como el de compraventa, pero no podría siquiera generarse una relación contractual de no existir el derecho a la libre contratación. Por lo tanto, las bases de un libre mercado, régimen económico del Perú, orientaron al constituyente a consagrar en la Constitución el derecho a la libre contratación, que se encuentra en el artículo 2, inciso 24, de nuestra carta magna.

Según el Tribunal Constitucional, en el fundamento 47 de la sentencia recaída en el Expediente 07339-2006-PA/TC,

el derecho a la libre contratación se 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. Asimismo, tal derecho garantiza, prima facie, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. También, garantiza la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Además, dos instituciones jurídicas de gran importancia para la sociedad son la familia y el matrimonio, y estas tienen su origen también en el derecho civil. Evidentemente, por su relevancia, están consagradas en la Constitución, ergo, dotadas de aquella protección especial al estar constitucionalmente garantizadas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 13 de la Sentencia recaída en el Expediente 028682868-2004-AA/TC, indica lo siguiente:

En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el Estado protege a la familia y promueve el matrimonio, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial.

...

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil.

Es importante destacar que, a pesar de profundos estudios sobre la constitucionalización del derecho y el mandato constitucional en torno a la supremacía de la constitución, los legisladores peruanos en la actualidad vulneran, violan y lapidan constantemente nuestra carta magna al insistir en aprobar leyes que, además de populistas, adolecen de severos vicios de inconstitucionalidad.

Tal es el caso de las leyes 31018 —que suspende el cobro de peajes en todas las vías concesionadas a privados—, 31039 —que permite los ascensos automáticos en el personal del sector salud— y 31083 —que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes a la Oficina de Normalización Previsional (ONP)—.

Cabe destacar que el Congreso las aprobó por insistencia ante las observaciones presentadas por el Ejecutivo. Eventualmente, tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien se pronunció declarando, por unanimidad, la inconstitucionalidad de estas normas y expulsándolas del ordenamiento jurídico peruano.

A efectos del presente ensayo, el caso de la Ley 31018, que suspende el cobro de peajes en todas las vías concesionadas a privados, evidencia el desacato a un mandato constitucional que, justamente, es otro ejemplo de derecho civil constitucionalizado: el principio *pacta sunt servanda*.

Con respecto al principio *pacta sunt servanda*, este gira en torno a la obligatoriedad del contrato, ley entre las partes, y que está para cumplirse, por lo que no puede ser modificado por ninguna norma. Ello se encuentra consagrado en el artículo 62 de la Constitución y, a pesar de este explícito mandato, los legisladores hicieron caso omiso. Tan es así que, con la aprobación de la Ley 31018, se perpetró una flagrante violación a la Constitución.

La carta magna es la norma fundamental que está por encima del resto de leyes y, claramente, no es un simple papel. Por ello, esta escandalosa conducta legislativa debe cesar y no repetirse. Es trascendental garantizar la seguridad jurídica en todo territorio; ha de primar la Constitución y esta se debe hacer respetar. El Congreso no es el poder constituyente y hay responsabilidades por las acciones tomadas y las inconductas funcionales que eventualmente tendrán que sancionarse para que algo así no se repita. Como legisladores, ellos deben ser los primeros en hacer respetar la Constitución y ratificar que, como nación, hemos pasado de un modelo legalista a uno constitucionalista.

En ese sentido, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos en la Constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del derecho cobran un sentido cabal (Miranda, 2016, p. 110).

4. AUTONOMÍA PRIVADA Y EQUILIBRIO

Se entiende por autonomía privada a la facultad que el ordenamiento jurídico les concede a las personas, para que, en ejercicio de su libertad, puedan contratar y determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas (Soto, 2003, pp. 525-526).

En otras palabras, la autonomía privada es un concepto acuñado en el ámbito del derecho civil para reconocer la potestad o poder que tiene cada persona para, dentro de los cánones de la constitucionalidad y la legalidad, crear e iniciar relaciones contractuales, por mutuo acuerdo.

Cabe destacar que esta autonomía privada tiene estrecha relación con el derecho a la libertad individual, puesto que, gracias a la existencia de este derecho constitucional y la posibilidad de ejercerlo, se habla en el ámbito civil de la autonomía privada. Específicamente, nuestra Constitución consagra en el artículo 2, inciso 24, acápite a), el derecho a la libertad individual: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Con respecto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta definió a la libertad individual, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador, de la siguiente forma: “La capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, en otras palabras, el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

Lo fundamental de la constitucionalización del derecho civil es que traza límites más claros a la autonomía privada y le otorga reconocimiento constitucional a través del derecho a la libertad individual. Evidentemente, lo central en la autonomía privada es la voluntad de la persona, pero esta puede materializarse solo si se rige bajo los límites de lo constitucionalmente posible.

Entonces, ¿la autonomía privada no es ilimitada? Claramente, no. Los actos jurídicos válidos son solo aquellos jurídicamente posibles; por lo tanto, solo los que no están prohibidos por la ley. La prohibición puede ser por diversa naturaleza, desde una prohibición total por implicancia delictiva, como es la trata de personas, hasta una prohibición temporal, como una veda de cangrejos y anchovetas decretada por el Ministerio de la Producción para salvaguardar la fauna animal y asegurar que se reproduzcan para preservar la especie.

Algunos podrían afirmar que la constitucionalización del derecho civil ha supuesto un recorte de libertades en mérito a la autonomía privada. Pero ello es falso, tan solo es una delimitación. El derecho se preserva, así como la potestad de todo individuo de decidir qué hacer, cómo hacer y cuándo hacer. Lo que implica no es un recorte, sino una delimitación.

En otras palabras, tal como en la libertad individual, en la que se sustenta la autonomía privada, se puede hacer todo mientras no esté prohibido. Naturalmente, el conflicto es parte de la interacción humana y existen veces en que, si bien algo no está prohibido, puede repercutir negativamente en personas y vulnerar sus derechos.

Según el Tribunal Constitucional, en el fundamento 17 de la sentencia recaída en el Expediente 05312-2011-PA/TC, “los derechos no son absolutos sino limitados. Se deben a la exigencia de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma naturaleza o con otros bienes y principios igualmente reconocidos o establecidos por la Ley Fundamental”.

En mérito a ello, es muy importante la jurisprudencia anteriormente citada porque enmarca el final de un enfoque individualista y absolutista sobre los derechos. El reconocer que los derechos son limitados, para un ejercicio armónico de estos, se sustenta en el rol de la Constitución de otorgar equilibrio a una nación.

Al desprenderse de las libertades que posee toda persona, la autonomía privada también es protegida por la Constitución conforme a los valores contenidos en ella. Recordemos que nada ni nadie se encuentra exento de control constitucional, por lo que los jueces constitucionales analizarán todas las soluciones posibles bajo una lógica garantista, para que ambas partes en conflicto puedan ejercer sus derechos.

Es posible afirmar que la autonomía privada posee límites desde la óptica del derecho constitucional, pero son límites necesarios para que, por el ejercicio del derecho de uno, no se vulnere el derecho del otro. Un ejemplo claro es el de un tercero que, de mala fe, posee un celular y lo ofrece en venta. Si una persona tiene la noción de que este es un poseedor de mala fe, en respeto del derecho de propiedad del agraviado, y por ética, la situación amerita dejar las mezquindades de lado y no comprarlo. Todos somos libres y habrá alguien que querrá pretender haberlo adquirido de buena fe y quedarse con el bien. Pero las acciones tienen consecuencias y hay que estar dispuestos a afrontarlas. Cabe destacar que, para dirimir conflictos y tutelar derechos, es trascendental el rol que posee la judicatura.

En palabras del exmagistrado del Tribunal Constitucional, Gerardo Eto Cruz (1999),

la Constitución no solo es un concepto político, sino que es una norma jurídica; y, como tal, debe ser tomada en cuenta en cada momento en que en la impartición de justicia se encuentren con aspectos vinculados a los valores constitucionales. Todavía resulta asombroso ver cómo los jueces, en sus fallos y sentencias, les resulta sumamente difícil invocar —ya sea en su partes considerativa, expositiva y, básicamente, resolutive— preceptos constitucionales, limitándose tan sólo a invocar las normas infraconstitucionales. Criterios como estos, por ejemplo, con la presencia de un razonamiento acorde a la presencia de un Derecho Civil Constitucional, deben empezar ya a superarse en la mentalidad de nuestros magistrados; o, en el mejor de los casos, esperar a la nueva formación académica de quienes deben ser magistrados, con conocimientos de un razonamiento constitucional. (p. 375)

Por consiguiente, para una apropiada impartición de justicia, es imprescindible que los jueces tomen en consideración los valores constitucionales al esbozar sus argumentos y así tomar una decisión justa, proporcional y adecuada. Este razonamiento aplica en todo

ámbito, también en el civil. Simboliza una adecuada tutela que jueces civilistas descifren la Constitución para también encontrar allí el sustento de sus respuestas. Solo así es posible garantizar que se haya alcanzado justicia y que no se emitan fallos contrarios a la Constitución o que la contradigan.

Aunque no sea la materia de su especialidad, como juez tiene el deber de conocer la Constitución y hacerla cumplir. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siempre es esclarecedora del espíritu de la Constitución y su contenido implícito, por lo que su lectura es un insumo formativo esencial para todo juez, civil o de cualquier especialidad.

Cabe destacar que se evidencia el rol de la Constitución al otorgar balance a la república y ello es digno de apreciar, de cara al bicentenario. Así como se ha mencionado que se pueden trazar ciertos límites a la autonomía privada, importa precisar que estos deben ser objetivos y razonables. Un exceso en la regulación o limitación puede constituir un abuso de derecho al contravenir las libertades económicas en las que se sustenta la naturaleza constitucional de la autonomía privada.

En esa línea, según el exmagistrado del Tribunal Constitucional, César Landa (2014),

tampoco debemos dejar de señalar que el orden público legal también tiene sus límites. El orden público no puede limitar excesivamente los derechos fundamentales de los particulares, como las libertades económicas garantizadas en la Constitución. Si en nombre del orden público legal, por acción o por omisión, se pretende afectar gravosamente un derecho fundamental, tal medida deberá ser cuestionada por inconstitucional. (p. 317)

5. CONCLUSIONES

En suma, el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil ha permitido dotar de reconocimiento constitucional a derechos e instituciones jurídicas vitales para el ciudadano y este proceso evolutivo ha permitido también configurar los presupuestos del control constitucional en el ámbito del derecho civil.

Conforme a lo indicado por el civilista y magistrado del Tribunal Constitucional, Manuel Miranda (2016),

el Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho Civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad (p. 110).

Y es que esta correlación entre el derecho civil y el derecho constitucional, muchas veces llamado derecho civil constitucionalizado, ha tenido un amplio desarrollo, a lo largo de los años, en el Tribunal Constitucional, a través temas como la expropiación, los contratos-ley, la copropiedad, los derechos al nombre, la identidad, la filiación y la sucesión, la protección de las familias, las uniones de hecho, los derechos fundamentales de las personas jurídicas, entre otros. Posteriormente, esta doctrina jurisprudencial constitucional irradia sobre el ordenamiento jurídico de la nación y sirve como un insumo para interpretar la Constitución, y las normas a la luz de la carta magna, y al versar sobre temas de implicancia civil logra influir directamente en el derecho civil.

Con respecto a la autonomía privada, esta se da en ejercicio del derecho a la libertad individual y se circunscribe como un elemento importante del ámbito de los derechos económicos, como la libertad de contratación. La Constitución vela por establecer las bases de un Estado que proteja los derechos fundamentales; por ello, tiene un rol en garantizar equilibrio entre las diversas voluntades de los particulares, sus respectivos derechos y el bien común. Mientras las medidas que se tomen sean razonables y no invasivas, no constituyen un exceso.

Según el Tribunal Constitucional, en el fundamento 22 de la sentencia recaída en el Expediente 00858 -2003-AA/TC,

los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, por otro, todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

Entonces, es posible concluir que, a la luz de la Constitución y en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los derechos no son absolutos y el Estado tiene la responsabilidad de propiciar un ejercicio armónico de aquellos para evitar que se vulneren los derechos de otros o se generen situaciones lesivas.

De cara al bicentenario, es importante destacar que nuestra actual Constitución, que goza de estabilidad por sus veintisiete años de vigencia y que es la más desarrollada jurisprudencialmente en el Perú, es un reflejo de nuestra nación; un proyecto en construcción que se ha ido perfeccionando y consolidando a lo largo de los años.

El camino hacia una sociedad peruana más próspera, justa e inclusiva yace en difundir una cultura orientada al conocimiento de la Constitución. Es imperativo que los ciudadanos conozcan sus derechos y el contenido constitucionalmente protegido de

estos, que sepan cómo funcionan sus instituciones, que reconozcan la supremacía de la Constitución y que se comprometan a defenderla y hacerla cumplir.

REFERENCIAS

- Andújar, M. (2014). *Evolución del derecho y cambios sociales en los siglos XIX y XX*. Universidad Pontificia Comillas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 21 de noviembre). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez versus Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf
- Eto Cruz, G. (1999). Algunas consideraciones en torno a la teoría de la argumentación jurídica de Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Roben Alexy. *Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*, (134), 395-410.
- Expediente 00011-2013-PI/TC (Lima). (2014, 27 de agosto). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00011-2013-AI.html>
- Expediente 00008-2003-AI/TC (Lima). (2003, 11 de noviembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Expediente 05312-2011-PA/TC (Huánuco). (2014, 21 de julio). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/05312-2011-AA.pdf>
- Expediente 00858-2003-AA/TC (Huánuco). (2004, 24 de marzo). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>
- Expediente 02868-2004-AA/TC (Áncash). (2004, 24 de noviembre). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.pdf>
- Expediente 07339-2006-PA/TC (Junín). (2007, 13 de abril). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>
- Landa, C. (2013). *La constitucionalización del derecho peruano*. *Derecho PUCP*, (71), 13-36.
- Favoreu, L. (2001). Constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, (12), 31-43.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. *THÉMIS. Revista de Derecho*, (66), 309-327.

- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la constitución*. Ariel.
- Martínez, R. (2017). *El poder y el síntoma. Las relaciones de poder más allá de la lógica de guerra*. Congreso Nacional de Investigación Educativa-COMIE.
- Miranda, M. (2016). Constitucionalización del derecho civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 99-111.
- Soto, C. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*, 52(106), 519-562.

MISCELÁNEA

LAS MODIFICACIONES EN LA NORMATIVA QUE REGULA LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN/CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL EN COLOMBIA

ROSA ELIZABETH GUÍO CAMARGO*

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia

Recibido: 24 de enero del 2022 / Aceptado: 24 de abril del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6101>

RESUMEN. Teniendo en cuenta la transformación de las relaciones jurídicas de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia, y especialmente la importante reforma al aspecto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, a través de una investigación documental cualitativa, este capítulo expone los principales cambios que introduce la Ley 1996 del 2019 a la autonomía y capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad en Colombia. Así, se presentan los principales aspectos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la interpretación del ejercicio de la capacidad jurídica realizada por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, los avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, las principales características y alcances de la nueva regulación mediante la cual se reconoce que toda persona con discapacidad es sujeto activo titular de derechos y con capacidad legal.

PALABRAS CLAVE: derecho / discapacidad / legislación

* Abogada. Especialista en derecho administrativo. Magíster en Derecho. Candidata al doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Profesora de Derecho Civil en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: elizabethguio@gmail.com.

MODIFICATIONS IN THE LEGISLATION REGULATING THE LEGAL CAPACITY OF PEOPLE IN A SITUATION / CONDITION OF MENTAL DISABILITY IN COLOMBIA

ABSTRACT. Considering the transformation of the legal relationships of people in a situation / condition of mental disability in Colombia, and especially the important reform to the aspect of the legal capacity of people with mental disabilities, through a qualitative documentary research, this chapter sets out the main changes introduced by the 1996 law of 2019 to the autonomy and legal capacity of people with disabilities in Colombia. Thus, the main aspects of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities are presented, and the interpretation of the legal capacity made by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, the jurisprudential advances and the reasons that led to modify the legal capacity regime, the main characteristics and scope of the new regime by which it is recognized that every person with a disability is an active subject with rights and with legal capacity.

KEYWORDS: law / disability / legislation

1. INTRODUCCIÓN

Desde 1887, año en el que se adoptó como legislación nacional el Código Civil de 1873, han existido en Colombia tres formas de regular la situación jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad mental. La primera de ellas corresponde a la regulación original del Código Civil, que en el título XXII del libro primero, en 204 artículos (del 428 al 632), se ocupó de señalar las reglas de las tutelas y las curadurías, las cuales fueron definidas como “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida” (artículo 428). Es decir, a través de estas instituciones jurídicas —la tutela y la curaduría o curatela general— se determinó el régimen de administración patrimonial y cuidado personal de las personas a quienes la ley, en aquel momento, consideraba incapaces (artículo 430 del Código Civil).

A semejanza del modelo que estuvo vigente en el Imperio romano (Barnes, 1998), las tutelas estuvieron destinadas a la protección tanto personal como patrimonial del impúber (artículo 431 del Código Civil) y de los púberes que no estaban sometidos a la patria potestad (artículo 438 del Código Civil); mientras que las curatelas o curadurías generales, según lo previsto en el artículo 432 del Código Civil, correspondían al régimen de administración del patrimonio y cuidado personal de “los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”.

Como puede verse, esta primera forma de regulación excluía del ejercicio de la capacidad jurídica a todas las personas que se consideraran incapaces y confiaba a la familia tanto su manejo personal como el correspondiente al patrimonio de la persona que era declarada por el juez y de manera indefinida como interdicta.

Así, sobre la evolución de las instituciones de la tutela y la curatela, Álvaro Ortiz Monsalve (2014) expresa lo siguiente:

En el más primitivo derecho romano, se organizó este régimen jurídico de la tutela para el cuidado y representación de los impúberes; más tarde se estableció la curatela como régimen de representación del patrimonio de los púberes enfermos mentales. Posteriormente se instituyó una curatela para los locos, viejos, sordos, ausentes, la herencia yacente, la del hijo póstumo, etc. De esta manera se contraponían la tutela como régimen del cuidado personal de los impúberes y la cura (o curatela) como régimen de administración del patrimonio; de donde se deducían que el tutor se nombraba en función de la persona y el curador actuaba en función de la administración, tutor datur personae, curator rei. Posteriormente se extendió la tutela a la defensa de la persona y el patrimonio del impúber; a la curatela se la trató de especializar

en la gestión de un patrimonio. Más adelante estas diferencias no son notorias; en época de Justiniano, prácticamente ambos institutos van asimilándose. La unidad de las dos instituciones se realizó en el derecho medieval francés, y en el Fuero Juzgo del derecho español, en cambio, en las Leyes de Partidas se mantuvieron separadas, pues se estableció la tutela para los menores impúberes y la curatela para los adultos. (p. 28)

Aunque posteriormente este régimen se morigeró, para considerar que las personas sordomudas que podían darse a entender por escrito no podían considerarse incapaces absolutamente para celebrar negocios y actos jurídicos¹, y se dispuso que los términos utilizados por el Código Civil para referirse a las personas en situación/condición de discapacidad mental, tales como “dementes”, “imbéciles”, “idiotas” o “furiosos locos”², fueran eliminados del ordenamiento jurídico colombiano por ser contrarios a la dignidad de la persona humana (Durán, 2004), base fundamental para reconocer a la persona con discapacidad como un sujeto de derechos efectivo. Adicionalmente, se consideró que dicha regulación resultaba insuficiente, puesto que se estructuraba bajo la concepción de que los asuntos de la familia y la administración de los bienes de las personas en situación/condición de discapacidad mental eran temas de naturaleza estrictamente privada, postulados que resultaban incompatibles con la protección estatal debida a la familia a partir de lo dispuesto en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política y el reconocimiento de las personas en situación/condición de discapacidad mental y de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, a tenor de lo dispuesto por los artículos 44, 45 y 47 del texto constitucional.

Se trata, así, de un primer cambio en el uso del lenguaje para referirse a la persona con discapacidad y, aunque reconocemos la importancia de ello como agente activo de creación y/o invisibilización de los diferentes aspectos sociales, no solo el cambio de palabras para referirse a la persona con discapacidad tiene el efecto de cambiar la dura realidad de quienes por causa de discapacidad fueron, durante mucho tiempo, excluidos y convalidados de piedra de los eventos de su vida.

De esta forma, en los años 2007 y 2008 en el Congreso colombiano se cursó una modificación a dicho régimen, que luego fue sancionada como la Ley 1306 del 2009, con la cual se buscó

1 Así lo dispuso la Corte Constitucional cuando declaró inexecutable la expresión “por escrito”, contenida en el artículo 432 del Código Civil (Sentencia C-983 del 2002).

2 En efecto, mediante la Sentencia C-478 del 2003, la Corte Constitucional resolvió lo siguiente: “Declarar INEXEQUIBLES las expresiones ‘de imbecilidad o idiotismo’ y ‘o de locura furiosa’ contenida en el artículo 545 del Código Civil. El resto de la disposición se declara EXEQUIBLE en el entendido de que debe existir interdicción judicial ... Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘de locos’ contenida en el artículo 554 del Código Civil”.

rebasar la concepción original del legislador civil, que partía de a base de entregar la administración de los bienes a un familiar, quien en ese entendido era considerado como aquella persona que con mayor confianza y capacidad podía proteger los derechos económicos³.

Así, el artículo 1 de la Ley 1306 del 2009 señaló como propósito “la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”, y consideró, en su artículo 2, lo siguiente:

Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.

La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe.

PARÁGRAFO. El término “demente” que aparece actualmente en las demás leyes, se entenderá sustituido por “persona con discapacidad mental” y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por la presente ley en lo pertinente.

En el sistema de la Ley 1306 del 2009 se señalaron como medidas de protección de los incapaces absolutos —personas en situación de discapacidad mental absoluta— las siguientes: internamiento psiquiátrico de urgencia (artículo 21), internamiento psiquiátrico autorizado judicialmente (artículo 22), interdicción definitiva y provisoria (artículos 25 y 27, respectivamente) y para los adolescentes discapacitados mentales la patria potestad prorrogada (artículo 27), ello sin perjuicio de que se pudiera utilizar una o varias de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 del 2006, “en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de estas” (parágrafo del artículo 18).

Entre tanto, para los inhábiles negociales, esto es, para quienes “padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”, se definieron como medidas las de inhabilitación negocial (artículo 32) para celebrar ciertos actos jurídicos cuya naturaleza y cuantía eran señaladas por el juez, y la de inhabilitación accesoria (artículo 33), concebida como una sanción que se podía imponer al fallido en los procesos de liquidación patrimonial y en los de pago por cesión de bienes de personas naturales.

3 Así quedó señalado en el informe de ponencia para el primer debate en el Senado de la República al Proyecto de Ley 288 de Senado, 49 de 2007 Cámara (Congreso de la República de Colombia, 2008) [nota al pie de la autora].

No obstante lo anterior, y aunque se consideró por parte de diferentes tratadistas, como el citado Ortiz Monsalve (2014), que “el objeto del sistema o subsistema jurídico de protección de los discapacitados mentales es la obtención real, efectiva y eficaz de sus derechos mediante el ejercicio de acciones afirmativas” (p. 50)⁴, la normativa interna aún no acataba lo dispuesto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 del 2009, razón por la cual fue necesario tramitar en el Congreso de la República una nueva regulación jurídica con la cual internamente se cumplieran los compromisos internacionales adquiridos a favor del reconocimiento de la igualdad real y la inclusión efectiva de todas las personas en situación de discapacidad mental, que a la postre se convirtió en la Ley 1996 del 2019, objeto de estudio en el presente capítulo.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Así, y habida cuenta de la transformación de las relaciones jurídicas de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia, y especialmente de la importante reforma al aspecto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental, a través de una investigación documental y de corte cualitativo, se pretende resolver la pregunta de investigación acerca de cuáles son los principales cambios que introduce la Ley 1996 del 2019 a la autonomía y capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad en Colombia.

Esta pregunta será resuelta en tres apartados: en el primero nos ocuparemos de presentar los principales aspectos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como los aspectos más relevantes de las Recomendaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que ellos forman parte, junto con otras normas de las cuales no nos ocuparemos en este capítulo, del bloque de constitucionalidad en sentido estricto —la convención— (Pérez de Ontiveros Baquero, 2009) y se constituyen en criterios relevantes de interpretación —los segundos⁵—; posteriormente, el segundo apartado se ocupará de presentar los avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la

4 En el mismo sentido, Ortiz Monsalve (2021) indica que la Ley 1306 del 2009 tuvo importantes falencias, como las siguientes: vulneró los derechos fundamentales de libertad y dignidad; desconoció el derecho fundamental de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica y a los atributos de la personalidad; desarrolló y aplicó parcial y restrictivamente los principios de necesidad, subsidiaridad y proporcionalidad; le dio en la práctica aplicación al modelo rehabilitador; no modificó el núcleo central del Código Civil en la materia, que era la representación no voluntaria de la persona en poder de terceros, y patologizó la discapacidad.

5 Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999 y C-010 del 2000: reconoció a la doctrina general de las instancias internacionales el carácter de criterio relevante de interpretación e integrante del bloque de constitucionalidad. Una revisión minuciosa de este concepto puede verse en Uprimny Yepes (s. f.).

capacidad jurídica con el fin de incluir allí también a las personas en situación/condición de discapacidad mental; y, finalmente, el tercer apartado estará dedicado a presentar las principales modificaciones que la Ley 1996 del 2019 señala para el ejercicio de la capacidad jurídica (denominada en la Ley 1996 como capacidad legal) de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia.

3. RESULTADOS

3.1 La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y las Recomendaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Con la intención de adoptar en el marco del sistema de Naciones Unidas un instrumento jurídico con el cual se protegieran los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (De Asís Roig, 2012), el 13 de diciembre del 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad para promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que estas gocen de igualdad plena ante la ley (Bariffi, 2009), lo que significa que las personas con discapacidad no solo son titulares de sus derechos, sino que tienen capacidad para ejercerlos (Barranco et al., 2012) como lo hace cualquier otra persona.

De acuerdo con su propio texto, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor al ser ratificada por veinte países, hecho que ocurrió el 3 de mayo del 2008. Colombia firmó la convención el 30 de marzo del 2007 y la ratificó el 10 de mayo del 2011.

En el artículo 3 de este instrumento jurídico se señalan como principios los siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

De gran importancia resulta el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que en él se establece la obligación para los Estados partes —como lo es Colombia— de adoptar medidas que efectivamente permitan la igualdad en el reconocimiento de la persona en situación/condición de discapacidad ante la ley, y lo hace en los siguientes términos:

IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por lo tanto, podemos señalar que la derogación parcial de la Ley 1306 del 2009 y la expedición de una nueva ley, la 1996 del 2019, viene a cumplir el compromiso internacional adquirido por el Estado colombiano y por otros Estados al firmar y ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendidas ya no como sujetos “que no pueden” o “personas incapaces”, para pasar a ser jurídicamente consideradas como sujetos de derecho (Quinn & Degener, 2002), titulares no solo de los derechos que asisten a todas las personas —como es la capacidad jurídica para ejercer

sus derechos— (Benavidez López, 2015), sino también destinatarios de una protección reforzada de estos derechos en virtud de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 43 de la carta política.

Se trata, sin duda, de un giro copernicano en el trato que el derecho dispensa a la persona en situación/condición de discapacidad, pues desaparecen en el sistema jurídico colombiano las incapacidades por razón de discapacidad mental, lo que viene a cambiar un poco más de un siglo de tradición jurídica civil en el país y varios siglos más de concepción jurídica en el mundo (Ramiro Avilés, 2012).

Pero no solo debemos tener en cuenta como marco internacional del ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; también es necesario tener en cuenta la interpretación que de la convención ha realizado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este comité, creado en el artículo 34 de la convención, ha realizado interpretaciones de diversos artículos de dicha convención con el objeto de fijar el sentido, alcance y contenido de algunas de las obligaciones de los Estados partes de aquella.

Hasta el 2022, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha proferido ocho observaciones generales sobre los siguientes temas:

- Observación general 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
- Observación general 2 (2014). Artículo 9: accesibilidad.
- Observación general 3 (2016). Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
- Observación general 4 (2016). Sobre el derecho a la educación inclusiva.
- Observación general 5 (2017). Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
- Observación general 6 (2018). Sobre la igualdad y la no discriminación.
- Observación general 7 (2018). Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que los representan, en la aplicación y el seguimiento de la convención.
- Observación general 8 (2022). Sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo.

Por considerarla de especial importancia para el tema objeto de este capítulo, analizaremos de manera más detallada la observación general 1, que data del 2014, en la cual el comité se pronunció sobre el artículo 12 de la convención, el cual, como ya lo

vimos, se refiere al trato igualitario de la persona con discapacidad ante la ley. En esta observación el comité precisa que “el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 1).

Consideró también que la capacidad jurídica es no solo un atributo de la personalidad inherente a todos los seres humanos, sino que se constituye en el presupuesto para el ejercicio de otros derechos, tales como los civiles, los políticos, los económicos, los sociales y los culturales; y en cuanto a las personas con discapacidad cobra, además, especial importancia para que cada individuo tome decisiones sobre aspectos tan trascendentales como “el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 3).

En este sentido, el comité señala que

la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 4)

Adicionalmente, el comité se ha pronunciado sobre el apoyo requerido por las personas con discapacidad para hacer uso de su capacidad jurídica. En este sentido, considera que el apoyo es “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 5) y se relaciona no solo con la posibilidad de la persona para nombrar a otras personas que la asesoren en la toma de decisiones, sino también se refiere al apoyo entre pares, la defensa de sus intereses o la asistencia para comunicarse. Incluye también el comité como ejemplos de apoyo medidas relacionadas

con la accesibilidad (como lo serían documentos elaborados en un lenguaje sencillo y comprensible para todas las personas), el reconocimiento de métodos de comunicación distintos a los convencionales (por ejemplo, el uso de braille y del lenguaje de señas cabría en esta categoría) y la planeación anticipada de las decisiones, en el caso de que una persona llegue a encontrarse en la imposibilidad de manifestar cuál es su voluntad así como sus preferencias en la realización de un determinado acto o negocio jurídico.

Finalmente, en cuanto a los requisitos mínimos que de acuerdo con el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad deben ser cumplidos por los apoyos, cualquiera sea su forma y naturaleza, se señalan los siguientes (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, pp. 8-9):

- a. Deben estar disponibles para todas las personas y no pueden convertirse en un obstáculo para la toma de decisiones.
- b. Deben basarse en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, no en lo que se supone que es su interés superior objetivo.
- c. Debe considerar que el modo de comunicación de la persona con discapacidad, cualquiera que este sea, no debe ser obstáculo para obtener apoyo en la toma de decisiones.
- d. Quienes sean las personas designadas por la persona con discapacidad como sus apoyos para la toma de decisiones deben tener un reconocimiento jurídico accesible, que implica, en palabras del comité, que se

debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 8)
- e. La falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para la obtención de personas de apoyo en la toma de decisiones por parte de las personas en situación de discapacidad mental; en consecuencia, las personas con discapacidad deben obtener ese apoyo bien sea de forma gratuita o con un valor económico simbólico.
- g. El apoyo en la toma de decisiones no puede limitar el ejercicio de ningún derecho de la persona con discapacidad.
- h. Es necesario establecer salvaguardias en todos los asuntos relacionados con la capacidad legal y con el apoyo para el ejercicio de esta. La finalidad de estas salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

El apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental de la persona con discapacidad, por lo que será necesario trabajar con indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

Así, y como conclusión parcial de este apartado, podemos señalar que en el bloque de constitucionalidad colombiano la capacidad jurídica se erige con la doble connotación de atributo de la personalidad y presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos, por lo que, de acuerdo con este, era necesario que el Estado colombiano derogara el régimen anterior, por estar basado en un modelo médico, según el cual la discapacidad mental era causa para negar la capacidad de ejercicio de las personas.

Ahora cabe preguntarse si entre el 2009 y el 2019 el sistema jurídico colombiano propugnó por el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para lo cual será útil la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, organismo encargado, por el artículo 241 de la Constitución Política, de la guarda y supremacía de la carta magna. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

3.2 Avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad mental

La Ley 1346 del 2009, al ser aprobatoria de un tratado internacional, fue revisada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-293 del 2010. En esta sentencia se señala que los antecedentes de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema de Naciones Unidas están constituidos por: (i) la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, que data de 1971; (ii) la Declaración de los Derechos de los Impedidos, realizada en 1975, y (iii) las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. A su turno, en el sistema regional, podemos mencionar la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, incorporada al derecho interno colombiano por Ley 762 del 2002.

En palabras de la Corte,

los artículos 10 a 23 de la Convención contemplan aspectos particulares relacionados con el ejercicio de determinados derechos por parte de las personas con discapacidad, dentro de los cuales se encuentran la mayoría de los derechos fundamentales y de los sociales, económicos y culturales reconocidos por la Constitución Política de Colombia.

En esa línea se destaca el desarrollo relativo a los siguientes temas: la reiteración sobre el carácter universal del derecho a la vida (art. 10); la garantía sobre la seguridad y protección de las personas discapacitadas frente a situaciones de riesgo (art. 11); el reconocimiento de su capacidad jurídica (art. 12) y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad (art. 13); la garantía de la

libertad personal (art. 14); la protección frente a su eventual explotación y contra la violencia o abuso de que pudieran ser objeto, incluso por parte de miembros de sus familias (art. 16); el derecho a la nacionalidad y la libertad de desplazamiento entre distintos países (art. 18); la libertad de escoger cómo y con quién vivir y la necesidad de que existan condiciones para garantizar su plena inclusión en la sociedad y evitar el aislamiento (art. 19); las condiciones necesarias para garantizar su movilidad personal (art. 20); la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información (art. 21); el respeto a la privacidad (art. 22); la posibilidad de establecer relaciones familiares, especialmente el matrimonio y la procreación, a partir del libre consentimiento de los interesados, la plena garantía de los derechos reproductivos y el reconocimiento sobre el interés superior del menor frente a situaciones derivadas de su propia discapacidad o de la de sus padres (art. 23).

Es importante resaltar que, una vez ratificada la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, acometió la importante tarea de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (Correa Montoya, 2009) y las reconoció como sujetos activos titulares de derechos, dándole así un significado a la protección y garantía de sus derechos acorde con los presupuestos del bloque de constitucionalidad, en donde se incorporan tanto tratados del sistema universal como del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Courtis, 2004).

Es así como en la Sentencia T-740 del 2014 la Corte Constitucional recordó que “la discapacidad se debe interpretar como una manifestación de la diversidad humana y no como una limitante o un motivo para restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos”. Es especialmente relevante este fallo porque, pese a encontrarnos internamente con normatividad que de manera expresa señalaba la incapacidad jurídica de ejercicio para las personas en condición de discapacidad mental, el fallo que en este momento presentamos señala pautas completamente diferentes sobre la capacidad de ejercicio de las personas en situación/condición de discapacidad, partiendo de la base establecida en el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de acuerdo con el cual todas las personas tienen capacidad jurídica para ejercer sus derechos, sin que pueda ser admisible una discriminación por causa de la discapacidad mental. En este sentido, la Corte afirma lo siguiente:

La normatividad internacional en la materia ha determinado que las personas con alguna condición de discapacidad deben contar con los apoyos necesarios para su desarrollo pleno e integral. Ello supone, partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, y la implementación progresiva de las medidas tendientes para que logren su participación efectiva en las decisiones que los afectan, incluidas aquellas relacionadas con su intimidad, sexualidad y posibilidad de formar una familia.

Luego, el mismo fallo agrega lo que sigue:

Los mandatos de la CDPD y las pautas hermenéuticas del Comité por ella creado, muestran que, en relación con los derechos de las personas en situación de discapacidad, existe un claro mandato que exige al Estado colombiano evitar la utilización y puesta en práctica de medidas que limiten o sustraigan la capacidad jurídica de este grupo poblacional. Más aún, exige que se adopten medidas tendientes a la implementación de apoyos en la toma de decisiones a través de los ajustes razonables necesarios para que dicha población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales y al goce efectivo de sus derechos.

En conclusión, con base en los estándares internacionales relacionados con el alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad y derechos de las mujeres para proscribir las diferentes formas de discriminación, se puede afirmar que:

(i) existe un mandato internacional según el cual se deben adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas de apoyo para emitir las (modelo de apoyo a la toma de decisiones), incluida la toma de decisiones en los procedimientos como el de esterilización quirúrgica;

(ii) la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento;

(iii) la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual; y

(iv) el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, así como otorgar todos los apoyos necesarios para poder emitir las.

Así, y como consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de las observaciones generales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, surge la necesidad legislativa de modificar la regulación existente para dar paso a una nueva concepción jurídica de la persona en situación/condición de discapacidad, a quien se le debe entender como un sujeto pleno y activo en relación con el ejercicio de todos sus derechos subjetivos, con base en lo que esta persona considere que responda a su voluntad y sus preferencias en cada caso concreto.

En consecuencia, en el 2017 comenzó a tramitarse en el Congreso de la República el proyecto de ley para reconocer, efectivamente, el ejercicio de la capacidad jurídica a las

personas en situación de discapacidad, pasando así de un modelo médico-rehabilitador, en el cual “se entiende la discapacidad como la presencia de un diagnóstico médico, equiparando discapacidad con enfermedad y generando una visión de las personas con discapacidad como enfermos, siendo la función de la sociedad y el Estado curar o normalizar a la persona con discapacidad” (Congreso de la República de Colombia, 2017), a un modelo social (Palacios, 2008), en el cual la discapacidad no se entiende como algo intrínseco a la persona, sino que se concibe como el resultado de una sociedad inaccesible (Victoria Maldonado, 2013), que excluye e invisibiliza en vez de incluir a las personas con discapacidad (Álvarez Lata & Seoane, 2010).

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad es, pues, tributaria de este último modelo —el social (De Asís Roig, 2020)—, en el cual no se crean derechos nuevos, sino que, en la misma línea que hemos venido exponiendo en este capítulo, reconoce a las personas con discapacidad como sujetos activos titulares de todos los derechos en pie de igualdad con los demás individuos, lo que comporta importantes retos para diversas ramas del derecho, los cuales se pueden resumir en la necesidad de proporcionar los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad mental puedan ejercer efectivamente su capacidad jurídica, apoyos que deben en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de quien realiza los actos jurídicos (Vallejo Jiménez et al., 2017) y, en general, en todos los eventos de la vida de la persona, como lo sería, por ejemplo, el respeto al secreto profesional en las consultas médicas de los pacientes con discapacidad (Portilla Parra, 2019).

Así, y como conclusión parcial de este apartado, señalamos que luego de la incorporación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad al sistema jurídico colombiano, y en aplicación de lo dispuesto por ella, la Corte Constitucional utilizó el modelo social de la discapacidad para reconocer a este grupo poblacional el ejercicio de la capacidad jurídica en ciertos eventos, pese a que la normativa interna aún trabajaba con base en el modelo médico-rehabilitador, y consideraba que la discapacidad mental tenía como consecuencia jurídica en aquel momento la incapacidad jurídica de ejercicio.

Por lo tanto, en el siguiente numeral nos ocuparemos de presentar las principales características de la Ley 1996 del 2019, en cuanto norma que desarrolla en el ordenamiento jurídico interno colombiano el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

3.3 Principales características de la Ley 1996 del 2019: del modelo médico rehabilitador al modelo social de la discapacidad

El proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1996 del 2019 fue el fruto de varios años de trabajo adelantados por la mesa técnica conformada por el Consejo

Nacional de Discapacidad, el Plan Presidencial para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Unidad Administrativa para la Reparación y Atención Integral a las Víctimas, el Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Asociación Colombiana de Síndrome de Down (Asdown), el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (Paiis), la Universidad Externado de Colombia y algunos activistas independientes por los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. Por ello, puede afirmarse que, al igual que con lo ocurrido con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se trató de una norma en cuya elaboración se contó con la participación de los sujetos destinatarios de ella, aspecto que es importante resaltar, pues se trata no de un ejercicio caprichoso del legislador, sino del cumplimiento de los mandatos internacionales anteriormente adquiridos por el Estado colombiano, lo cual es clave para lograr una efectiva implementación de la norma.

Dentro de sus rasgos distintivos, resaltan los siguientes (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2020):

- a. El reconocimiento para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica. En efecto, el artículo 6 indica lo siguiente: "Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos".
- b. Señala la autonomía progresiva de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, pues aunque el epígrafe de la norma indica expresamente que en la Ley 1996 del 2019 se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, también es importante señalar que no se excluye del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas menores de edad con discapacidad, pues el artículo 7 de esta norma dispone que

las personas con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad.
- c. Elimina las instituciones jurídicas de la interdicción, la interdicción provisoria, el internamiento psiquiátrico de urgencia, el internamiento decretado judicialmente, la prórroga de la patria potestad y la inhabilitación negocial, las cuales

se reemplazan por un sistema de toma de decisiones con apoyo, fundado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

- d. Incluye la denominación de salvaguardias, para definir las como las “medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos” (Ley 1996 del 2019, artículo 5). Estas salvaguardias se rigen por los principios de: (i) necesidad, que significa que ellas solo operan cuando la persona las requiere o si, luego de hechos los ajustes razonables, no se puede determinar la voluntad de la persona en situación de discapacidad; (ii) correspondencia con la necesidad de la persona que requiere la salvaguardia; (iii) duración definida, por periodos máximos de cinco años, luego de los cuales deberá acudir de nuevo al mecanismo que la persona considere idóneo para manifestar su voluntad y sus preferencias, o al que la ley establece cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestarlas, y (iv) imparcialidad, según la cual las personas de apoyo están obligadas a respetar voluntad y las preferencias del titular del acto jurídico.
- e. Desjudicializa las medidas para garantizar la capacidad progresiva de las personas en situación/condición de discapacidad mental. Así, las personas con discapacidad pueden acudir a celebrar un acuerdo de apoyos ante un notario o ante un conciliador extrajudicial en derecho. Igualmente, tienen la facultad de realizar directivas anticipadas, también ante notario o conciliador extrajudicial. Solo cuando es imposible hacer el acuerdo de apoyos, bien sea porque la persona con discapacidad carece de personas de confianza para otorgarles este mandato o porque esta persona con discapacidad se encuentra en imposibilidad absoluta para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio, se acude a la adjudicación judicial de apoyos ante el juez de familia.

La Ley 1996 del 2019 establece como principios los siguientes, definidos por el artículo 4 en estos términos:

- a. Dignidad. En todas las actuaciones se observará el respeto por la dignidad inherente a la persona con discapacidad como ser humano.
- b. Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas.

- c. Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.
- d. No discriminación. En todas las actuaciones se observará un trato igualitario a todas las personas sin discriminación por ningún motivo, incluyendo raza, etnia, religión, credo, orientación sexual, género e identidad de género o discapacidad.
- e. Accesibilidad. En todas las actuaciones, se identificarán y eliminarán aquellos obstáculos y barreras que imposibiliten o dificulten el acceso a uno o varios de los servicios y derechos consagrados en la presente ley.
- f. Igualdad de oportunidades. En todas las actuaciones se deberá buscar la remoción de obstáculos o barreras que generen desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.
- g. Celeridad. Las personas que solicitan apoyos formales para tomar decisiones jurídicamente vinculantes tienen derecho a acceder a estos sin dilaciones injustificadas, por lo que los trámites previstos en la presente ley deberán tener una duración razonable y se observarán los términos procesales con diligencia.

La Ley 1996 del 2019 señala, igualmente, diversos mecanismos a través de los cuales la persona con discapacidad puede designar a quienes le servirán de apoyo en la toma de decisiones en los actos jurídicos que quiera o deba celebrar. Podemos clasificar estos mecanismos en dos categorías: extrajudiciales y judiciales.

Como mecanismos extrajudiciales encontramos los acuerdos de apoyo, definidos por el artículo 15 como “un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados”. Estos acuerdos de apoyo se pueden otorgar: (i) ante el notario del círculo del domicilio de la persona con discapacidad y por medio de una escritura pública (artículo 16), o (ii) también es posible que la persona con discapacidad los celebre ante un conciliador extrajudicial en derecho que se encuentre inscrito en un centro de conciliación, caso en el cual el acuerdo constará en un acta de conciliación (artículo 17).

Estos acuerdos de apoyo deben tener una duración máxima de cinco años, sin perjuicio de que la persona titular del acto jurídico (es decir, la persona con discapacidad) decida otorgarlos por un tiempo menor o decida revocarlos total o parcialmente por el incumplimiento del mandato de apoyo.

En cuanto a los mecanismos judiciales, encontramos los procesos de adjudicación judicial de apoyos, que pueden ser: (i) promovidos por la propia persona con discapacidad cuando carece de una persona de confianza a quien pueda otorgarle el mandato de apoyo, caso en el cual el juez de familia, a través del proceso de adjudicación judicial de apoyos tramitado por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 32 y 37), le designará un defensor personal de la Defensoría del Pueblo, para que sea este funcionario quien le preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular (artículo 14), y (ii) promovidos por persona distinta al titular de los actos jurídicos, caso en el cual el asunto, que es de competencia del juez de familia, se tramitará por medio de un proceso verbal sumario (artículos 32 y 38). En este evento, quien inicie el proceso deberá demostrar: (a) que la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y (b) que la persona con discapacidad se encuentra imposibilitada de ejercer su capacidad jurídica y que esto conlleve la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

Adicionalmente a estos mecanismos para la designación de apoyos por parte de la persona con discapacidad, la Ley 1996 del 2019 regula también las directivas anticipadas, las cuales definió en su artículo 21 como

una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos.

De la misma forma que los acuerdos de apoyo, las directivas anticipadas tienen como requisito de validez el hecho de que deben ser suscritas ante notario, por escritura pública o ante conciliador extrajudicial en derecho, mediante acta de conciliación (artículo 22). Las directivas anticipadas se pueden realizar con ajustes razonables o con personas de apoyo (Artículos 24 y 25) y pueden tener o no una cláusula de voluntad perenne “por medio de la cual invalida de manera anticipada las declaraciones de voluntad y preferencias que exprese con posterioridad a la suscripción de la directiva anticipada, siempre que contradigan las decisiones establecidas en esta” (artículo 28).

Es importante señalar que la Ley 1996 del 2019 establece unos plazos de implementación, los cuales se encuentran señalados en la siguiente tabla:

Tabla 1

Implementación de la Ley 1996 del 2019

Actividad	Plazo	Entidad responsable
Reglamentación del derecho al trabajo (emisión de decretos reglamentarios)	Cuatro meses contados a partir de la vigencia de la presente ley	Gobierno Nacional
Reglamentos expidiendo lineamientos y protocolo nacional para la realización de la valoración de apoyos	No superior a un año	Gobierno Nacional
Plan de formación a notarías y conciliadores extrajudiciales en derecho sobre el contenido de la Ley 1996 del 2019	En un plazo no superior a un año contado a partir de la promulgación de la ley	Ministerio de Justicia y del Derecho
Reglamentación de la prestación del servicio de valoración de apoyos que realicen las entidades públicas y privadas	En un plazo no superior a dieciocho meses contados a partir de la promulgación de la ley	Ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad
Entrada en vigencia y aplicación del proceso de adjudicación judicial de apoyos (artículos contenidos en el capítulo V)	Veinticuatro meses después de la promulgación de la ley	Rama Judicial
Proceso de revisión de interdicción o inhabilitación	No superior a treinta y seis meses contados a partir de la entrada en vigencia del capítulo V.	Los jueces de familia que hayan adelantado procesos de interdicción o inhabilitación deberán citar de oficio
Plan de formación a jueces y juezas de familia	En un plazo no superior a un año contado a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12	Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
Plan de formación al personal dispuesto para conformar el equipo interdisciplinario de los juzgados de familia	En un plazo no superior a un año a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12	Consejo Superior de la Judicatura

Nota. Adaptado de “Elementos fundamentales de la ley sobre capacidad legal plena de ciudadanos con discapacidad”, por Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019 (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/elementos-fundamentales-de-la-ley-sobre-capacidad-legal-plena-de>).

Así, al momento de la presentación de este documento, aún no se han cumplido todos los plazos para la implementación de la Ley 1996, los cuales, sin duda, comportan un reto enorme no solo en términos del diseño institucional requerido para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por la norma, sino en términos de formación, comprensión y sensibilización de todas las personas con independencia del rol que cumplen en la sociedad. No es sencillo —pero tampoco imposible— salir de siglos en los que se concibió a la persona con discapacidad como alguien que “no puede” y debe estar por ello permanentemente silenciada aún frente a los acontecimientos de su propia existencia, para pasar al reconocimiento de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derecho, con capacidad jurídica para tomar todas las decisiones que les competen, que son —como todas las personas— arquitectos de su destino y dueños de su vida, y para ejercer su capacidad requieren —si así lo consideran— apoyos que los aconsejen de forma franca, clara, sencilla y desinteresada sobre los asuntos en que cada persona considere que requiere una orientación adicional a la que puede proporcionarse.

4. DISCUSIÓN

Pese a que la Ley 1996 es, en esencia, el cumplimiento de un compromiso del Estado colombiano con las personas en situación/condición de discapacidad, y les reconoce su plena capacidad de ejercicio o legal, para un sector de la sociedad estas disposiciones, muy lejos de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad, las ponen en una difícil situación de vulnerabilidad, e incluso para algunos teóricos la comprensión de la discapacidad es también una forma de opresión de las personas con discapacidad (Ferrante & Dukuen, 2017). Por ello, se han presentado ante la Corte Constitucional de Colombia varias demandas que buscan que se declare inconstitucional toda la ley y/o algunos artículos de esta.

Muchas de estas demandas han sido rechazadas y sobre las demás, que continúan en trámite, se han enviado intervenciones por parte de la ciudadanía y de algunas entidades del Estado que, en esencia, defienden su constitucionalidad. La siguiente tabla resume el estado de las demandas presentadas ante la Corte Constitucional en contra de un parte o de toda la Ley 1996 del 2019.

Tabla 2

Demandas de inexecutableidad contra la Ley 1996 del 2019

Expediente	Normas demandadas	Estado
D-0013525	Toda la norma	Rechazada
D-0013575 D-0013585	Artículos 6 y 53 (parciales)	Declaradas exequibles mediante la Sentencia C-025 del 2021
D-0013658	Artículo 4-2, 5-4, 6 y 61	Rechazada

(continúa)

(continuación)

Expediente	Normas demandadas	Estado
D-0013738	Artículo 16 (parcial)	Declarada exequible mediante la Sentencia C-052 del 2021
D-0013743	Demandó toda la ley, por no ser tramitada como estatutaria	Declarada exequible mediante la Sentencia C-022 del 2021.
D-0013830	Artículo 56	Rechazada
D-0013917	Artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19-1, 20, 21 y 22	En la Sentencia C-118 del 2021, la Corte consideró que las normas demandadas y la <i>causa petendi</i> de esta demanda quedaron contenidas en la decisión adoptada en otro fallo. Por ello, decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-022 del 2021
D-0014076	Artículos 6 y 8	Rechazada
D-0014077	Artículo 61 (parcial)	
D-0014133	Artículo 38 (parcial)	
D-0014256	Artículo 61 (parcial)	Demanda presentada

Tal y como puede deducirse de la tabla presentada, hasta este momento las demandas que buscaron declarar como contrarios a la Constitución algunos apartes o toda la Ley 1996 del 2019 no han tenido éxito. Ello se explica por la concordancia de la norma de rango legal con el bloque de constitucionalidad.

Una de las primeras sentencias que se han producido con respecto a la exequibilidad de esta norma se refirió a si esta, por tratar de un derecho fundamental, debió tramitarse como una ley estatutaria. Sin embargo, la Corte consideró que el hecho de haberse tramitado la Ley 1996 del 2019 como una ley ordinaria no incide en su concordancia constitucional.

Así, en la Sentencia C-022 del 20021, sostuvo lo siguiente:

En esta oportunidad, la Sala Plena encontró que la Ley 1996 de 2019 a pesar de que regula una de las aristas del derecho fundamental a la personalidad jurídica, como lo es la capacidad de goce y ejercicio, incorpora medidas y mecanismos dirigidos a favor de las personas con discapacidad para el ejercicio de aquel derecho. Para lograrlo, elimina barreras legales como la interdicción y las reemplaza por un sistema de apoyos que permite a las personas con discapacidad tomar decisiones bajo su voluntad y preferencias. Con lo anterior, la Corte concluyó que en la regulación de la Ley 1996 de 2019 no se afecta el núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, y por tanto, el legislador no desconoció el mandato constitucional de los artículos 152 y 153 de la Constitución.

Posteriormente, la Corte recordó la importancia del modelo social de la discapacidad como un nuevo enfoque para mantener una relación en condiciones de igualdad con las

personas en situación/condición de discapacidad. Por lo tanto, en la Sentencia C-025 del 2021 la Corte concluyó que

el modelo social de discapacidad, incorporado al ordenamiento constitucional interno a través de la Ley 1346 de 2009 la cual aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, exige derogar todos aquellos mecanismos legales que sustituyen la capacidad legal de las personas en condiciones de discapacidad. En cumplimiento de este mandato, el Congreso de la República expidió la Ley 1996 de 2019, la cual regula un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias a favor de las personas con discapacidad. Entre otros, deroga la discapacidad mental o intelectual como una incapacidad absoluta del Código Civil. Ahora, a través de un sistema de apoyos y asistencia independiente e interdependiente, las personas con discapacidad pueden ejercer su capacidad legal en igualdad de condiciones. Dado que para la existencia y validez de un acto jurídico se requiere de la capacidad legal y la voluntad de la persona titular, aquellas personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, tendrán que actuar bajo una sentencia de adjudicación judicial de apoyos, con las asistencias y respaldos que allí se especifiquen (acorde con los artículos 38 y 39 de la Ley 1996 de 2019), incluso la representación de una tercera persona asignada por el juez (conforme el artículo 48 de la Ley 1996).

Posteriormente, en la Sentencia C-052 del 2021, la Corte Constitucional declaró que se ajusta a la Constitución la facultad conferida a los notarios para tramitar los apoyos requeridos por las personas en situación de discapacidad mayores de edad para celebrar los actos jurídicos que estimen pertinentes. En este fallo la Corte dijo lo siguiente:

Las funciones en mención no son incompatibles con el servicio público que el artículo 131 de la Constitución asigna a los notarios y de manera específica con la función fedante, esto es, la de dar fe pública sobre los actos jurídicos, declaraciones y documentos que se otorguen. Para tal efecto, la verificación de la congruencia del texto del acuerdo de apoyo con la voluntad y preferencias de quien lo suscribe y del cumplimiento de la ley, como también, la realización de ajustes razonables para que se dé una comunicación efectiva que atienda las necesidades particulares de la persona y garanticen su accesibilidad, son un desarrollo de esa función fedante, indispensables para que pueda dar fe de la voluntad de quienes suscriben el acuerdo de apoyo, que contribuyen al ejercicio efectivo de la capacidad legal por parte de las personas en situación de capacidad mayores de edad.

5. CONCLUSIONES

En el sistema jurídico colombiano, la persona con discapacidad fue considerada como incapaz para actuar en derecho, razón por la cual, y con base en el sistema romano-germánico, inicialmente se buscó su protección a través de instituciones como la tutela

y la curatela, que dejaban al ámbito privado de la familia la protección de la persona y la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, a quien se le denominó en el Código Civil como “demente”, “loco furioso”, “idiota”, “imbécil”, “mentecato”, entre otras expresiones de similar categoría.

Pero, poco a poco, esta regulación jurídica de la persona con discapacidad fue cambiando debido a dos situaciones: la primera fue la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la que se estableció a la persona con discapacidad como uno de los sujetos de especial protección constitucional; la otra fue la adopción de la Convención de las Personas con Discapacidad mediante la Ley 1346 del 2009, situaciones estas que gravaron al Estado colombiano con diversas obligaciones a favor de la población con discapacidad, y entre ellas la muy importante señalada en la convención de reconocerlos como sujetos activos titulares de derecho y con plena capacidad jurídica o de ejercicio.

No obstante estas obligaciones estatales, Colombia continuó tratando a las personas con discapacidad mental como jurídicamente incapaces para ejercer sus derechos, y en la Ley 1306 del 2009 las consideró como destinatarios de medidas como la interdicción, la prórroga de la patria potestad y la inhabilitación negocial, con la cuales se anulaba —o por lo menos se afectaba gravemente, en el caso de la inhabilitación— su capacidad negocial. Aún con este panorama, la Corte Constitucional aplicó directamente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y consideró la necesidad de otorgar apoyos en orden a que las personas con discapacidad manifestaran su voluntad y sus preferencias respecto a actos jurídicos relacionados específicamente con el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos.

Ya en el 2019 se expidió una nueva ley —la 1996—, que derogó por completo el sistema anterior, basado en un paradigma médico-rehabilitador, y lo reemplazó por la moderna concepción social de la discapacidad, que propugna por el reconocimiento y la aceptación de la diferencia en la forma de manifestación de la voluntad de las personas para la celebración de actos y negocios jurídicos. De esta suerte, la interdicción, la inhabilitación y la prórroga de la patria potestad se reemplazan por la celebración de acuerdos de apoyo, el otorgamiento de directivas anticipadas y la adjudicación judicial de apoyos que puede ser promovida por la propia persona con discapacidad o por un tercero cuando esta se encuentre absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio.

Es importante resaltar que la persona o las personas que ejecutan el mandato en cumplimiento de los acuerdos, las directivas o la sentencia judicial que las designe como personas de apoyo no sustituyen la voluntad de la persona con discapacidad, sino que apoyan a esta última en la toma de decisiones que respeten siempre su voluntad y sus preferencias, de suerte que el incumplimiento de esta obligación permite terminar el acuerdo o relevar a la persona de apoyo de tal función. La Ley 1996 del 2019, aun

cuando ya se encuentra vigente, tiene varios plazos que están por cumplirse para su implementación.

Finalmente, y no obstante tratarse del cumplimiento de obligaciones internacionales y del respeto y trato en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad, contra la Ley 1996 del 2019 se tramitan ante la Corte Constitucional diversas demandas que buscan que sea declarada inexecutable total o parcialmente; algunas de ellas han sido rechazadas, otras fueron inadmitidas y sobre otras más ya hay conceptos ciudadanos y de varias instituciones estatales que le piden a la Corte que declare que tal norma se ajusta por completo a la Constitución, puesto que reconoce a las personas con discapacidad como titulares del atributo de la personalidad y el presupuesto para el ejercicio de los derechos, como es la capacidad jurídica.

REFERENCIAS

- Álvarez Lata, N., & Seoane, J. A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, (24), 11-66. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1264&IDA=35625>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1971). *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1975). *Declaración de los Derechos de los Impedidos*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1993). *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*.
- Asís Roig, R. de. (2012). Sobre capacidad y derechos. En M. del C. Barranco Avilés, Ó. Celador Angón & F. Vacas Fernández (Coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho* (pp. 37-56). Dickinson.
- Asís Roig, R. de. (2020). De nuevo sobre Constitución y discapacidad. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (31), 52-64. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/5137/3594>
- Barnes, C. (1998). Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental. En L. Barton (Coord.), *Discapacidad y sociedad* (pp. 59-76). Morata.
- Bariffi, F. J. (2009). Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En L. C. Pérez Bueno (Dir.) & A.

- Sastre Campo (Ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (pp. 353-390). Aranzadi.
- Barranco, M. del C., Cuenca, P., & Ramiro, M. Á. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos e las Personas con Discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V*, 53-80. <https://sid.usal.es/idocs/F8/ART21552/barranco.pdf>
- Benavides López, Á. (2015). Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 39-56. <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37487/39165>
- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. (2014). *Observación general 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2008, 19 de septiembre). *Gaceta del Congreso*, XVII(647), 1-36.
- Congreso de la República de Colombia. (2017, 31 de julio). *Gaceta del Congreso*, XXVII(613), 1-31.
- Constitución Política. 1991 (Colombia).
- Correa Montoya, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 58(118), 115-139. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14511>
- Courtis, C. (2004). Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos. En I. Campoy Cervera (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 127-166). Dickinson.
- Durán, A. (2004). Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad una cuestión de derechos humanos. En I. Campoy Cervera (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 29-34). Dickinson.
- Ferrante, C., & Dukuen, J. (2017). "Discapacidad" y opresión una crítica desde la teoría de la dominación de Bordieu. *Revista de Ciencias Sociales, DS-FCS*, 30(40), 151-168. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/racs/v30n40/v30n40a08.pdf>
- Ley 1098 del 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. (2006, 8 de noviembre). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf

- Ley 1306 del 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. (2009, 5 de junio). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36400>
- Ley 1346 del 2009, Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006. (2009, 31 de julio). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37150#:~:text=El%20prop%C3%B3sito%20de%20la%20presente,respeto%20de%20su%20dignidad%20inherente.>
- Ley 1996 del 2019, Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. (2019, 26 de agosto). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712#:~:text=Objeto,el%20ejercicio%20de%20la%20misma.>
- Ley 57, Código Civil. (1887). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf
- Ley 762 del 2002, Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999). (2002, 31 de julio). [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8797#:~:text=%22Por%20medio%20de%20la%20cual,y%20nueve%20\(1999\)%22.](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8797#:~:text=%22Por%20medio%20de%20la%20cual,y%20nueve%20(1999)%22.)
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2019, 28 de noviembre). *Elementos fundamentales de la ley sobre capacidad legal plena de ciudadanos con discapacidad*. Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/elementos-fundamentales-de-la-ley-sobre-capacidad-legal-plena-de>
- Ortiz Monsalve, Á. (2014). De las guardas y curatelas (nuevo sistema de protección de los discapacitados mentales). En J. A. Bonivento Fernández & P. Lafont Pianetta (Dirs.), *Jurista y maestro: Arturo Valencia Zea* (t. II, pp. 27-64). Universidad Nacional de Colombia.
- Ortiz Monsalve, Á. (2021). *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados. Leyes 1306 de 2009 y 1996 de 2019*. Temis.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI.

- Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2009). La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la convención, sus implicaciones en el derecho privado español. En J. J. Soto Ruiz (Dir.), *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de derecho privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)* (t. I, pp. 31-50). Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- Portilla Parra, S. (2019). El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 357-386. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360074017>
- Quinn, G., & Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra. https://www.saldarriagaconcha.org/wp-content/uploads/2019/01/10_Derechos_humanos_y_discapacidad.pdf
- Ramiro Avilés, M. Á. (2012). Investigación clínica y discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, (11), 40-57.
- Sentencia C-010 del 2000. (2000). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-022 del 2021.(2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-025 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-052 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-118 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-293 del 2010. (2010). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-478 del 2003. (2003). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-983 del 2002. (2002). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia T-568 de 1999. (1999). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia T-740 del 2014. (2014). Corte Constitucional de Colombia.
- Uprimny Yepes, R. (s. f.). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2020). *Derecho civil* (19.ª ed., t. I). Temis.
- Vallejo Jiménez, G. A., Hernández Ríos, M. I., & Posso Ramírez, A. E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos

normativos. *Revista CES Derecho*, 8(1), 3-21. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a02.pdf>

Victoria Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1093-1109. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008

INFORMACIÓN ADICIONAL

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende a la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicado en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.
- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración a los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.

- Neutralidad e imparcialidad. Desistir de la evaluación si se identifica al autor o alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo considerando que este se encuentra en periodo de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.
- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, la religión, el género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No difundir ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplagio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si los revisores no cumplen las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con ellos y solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. De lo contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y, en caso de que no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* sobre la base de las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.
- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un artículo de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima periódicamente realiza copias de seguridad de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Contratexto. (s. f.). *Ética editorial*. Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/contratexto/eted>

Kleinert, S., & Wager, E. (2011). Responsible research publication: international standards for editors. A position statement developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En T. Mayer & N. Steneck (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-328). Imperial College Press; World Scientific Publishing. https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011%20%281%29.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, manteniendo un rol activo en los cambios y transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permite el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante para la coyuntura, la cual es de acceso ilimitado y gratuito a toda la comunidad.

NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en este medio. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al siguiente correo: informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores cuyos trabajos no cumplan con dichas características serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta las siguientes normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Ellos son objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje a doble ciego, mediante evaluadores externos a los editores de la revista, profesionales en la materia del artículo, quienes tienen la facultad de aprobar, rechazar o sugerir una modificación dentro del artículo para su posterior publicación.

2. El tema de los artículos es de libre elección del autor, y la revista se reserva el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.
3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser enviados a través de la página web de la revista. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, en que se indique teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal.

El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero.

4. El autor es responsable exclusivo del contenido, la autoría y la originalidad de su artículo.
5. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés.
6. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a espacio de 1,5 de interlineado, con márgenes de 3 centímetros.

El artículo debe contener un resumen con un máximo de 12 líneas y a lo sumo 7 palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder de 12 palabras. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco.

7. En caso de desistimiento respecto a la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente. El plazo máximo para esta comunicación es de no más de dos semanas desde su confirmación.
8. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), incluyendo lo siguiente:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva filiación académica
 - Resumen o *abstract* (en español e inglés)
 - Palabras clave o *keywords* (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos

- Resultados
- Discusión
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

9. Características:

En la primera página se incluye lo siguiente:

- Título en español y en inglés en negrita, en tipo de fuente Times New Roman de 12 puntos.
 - Nombre del autor o los autores. Se coloca debajo de él la filiación institucional y se incluye en una nota al pie de página información sobre la filiación institucional, la ciudad, el país, la profesión y el grado académico.
 - Resumen o *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales. Comprende de 150 a 250 palabras.
 - Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras clave.
 - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones cuya motivación ha de ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.
10. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.
11. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos:
- La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
 - Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delincencial en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
 - Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de “guetización” electoral, esto es, ser confinados a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

Para mayor información podrá consultarse el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

12. Las notas para algún comentario o alcance que fueran necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
13. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información se sugiere revisar el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.



UNIVERSIDAD
DE LIMA

Constitucionalización del derecho civil

El derecho civil desde la óptica
de la judicatura constitucional

El principio-derecho a la igualdad
en el ámbito civil y político

Las limitaciones de la
constitucionalización del derecho

El derecho a la propiedad en el
derecho civil en el marco del
constitucionalismo: la
constitucionalidad del derecho civil en
el Estado constitucional de derecho
peruano

Reflexiones sobre la observancia del
derecho fundamental a la protección
de datos personales en diversos actos
regulados por el Código Civil

Artículos

Aspectos constitucionales de derecho
sucesorio: reflexiones
contemporáneas

Apellido del padre y principio de
igualdad entre hombre y mujer

La constitucionalización del derecho
contractual en Brasil

El derecho civil en el proceso
constituyente en Chile

Sesgos de inconstitucionalidad
en la regulación civil de la libertad
de trabajo de los cónyuges

Caso de orden de apellidos: una
interpretación auténticamente
constitucional del Código Civil
peruano

Artículos ganadores del Concurso Universitario de Investigación Jurídica 2021

Derechos humanos y Constitución:
la paradoja silenciosa

El camino de la constitucionalidad:
las bases jurídicas de un nuevo
régimen para el patrimonio
convivencial

La constitucionalización del derecho
civil: un camino al equilibrio

Sección de miscelánea
Las modificaciones en la normativa
que regula la capacidad jurídica de
las personas en situación/condición
de discapacidad mental en Colombia