

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL, SUS ALCANCES Y SUS LÍMITES*

CONSTITUTIONALISATION OF CIVIL LAW: THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CONTRACTUAL FREEDOM, ITS SCOPE AND LIMITS

César Landa Arroyo**

Pontificia Universidad Católica del Perú y
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Constitutional Law has irradiated to the whole legal system, constitutionalizing Civil Law. However, it is also true that this process has occurred in reverse, "privatizing" Constitutional Law.

In this article, the author presents us a complete analysis of the fundamental rights of private origin, with an special emphasis on the constitutional right to convene freely, its limits and its possible judicial control.

KEY WORDS: *Constitutional Law; Civil Law; fundamental rights; right to convene freely; public order.*

El Derecho Constitucional se ha irradiado a todo el ordenamiento jurídico, constitucionalizando el Derecho Civil. Sin embargo, también es cierto que este proceso ha ocurrido a la inversa, "privatizando" el Derecho Constitucional.

En el presente artículo, el autor nos presenta un completo análisis de los derechos fundamentales de carácter privado, con especial énfasis en el derecho constitucional a contratar libremente, sus límites y sus posibles controles judiciales.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; Derecho Civil; derechos fundamentales; derecho a contratar libremente; orden público.*

* Agradezco la colaboración brindada por Gonzalo J. Monge Morales en la preparación del presente artículo.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Posdoctorado en la Universidad de Bayreuth y en el Instituto Max-Planck de Heidelberg, Alemania. Ex Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Contacto: clanda@pucp.edu.pe.

In memoriam del Profesor
Felipe Osterling Parodi

I. INTRODUCCIÓN

Hace más de doscientos años, no obstante la conquista liberal del Estado de Derecho basado en la Constitución Política, el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria frente al Derecho Civil¹, por lo que se llegó a afirmar que la relación entre ambos era inexistente, debido a la radical separación entre la Constitución y la Ley. Sin embargo, con el paso de los siglos, ahora existe una fructífera relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil, concretamente en el campo de los derechos fundamentales de la persona y en la protección que a ellos se les otorga.

En ese entendido, nos proponemos exponer algunos lineamientos básicos que sirvan para plantear la interdisciplinariedad entre ambas ramas del Derecho, con la expectativa de contribuir a la discusión académica, con motivo de los treinta años de vigencia del Código Civil.

Postulamos que no podemos entender al Derecho Constitucional sin el Derecho Civil, y tampoco podemos aplicar el Derecho Civil sin entender el proceso de constitucionalización por el cual ha venido transitando². Lo contrario sería desconocer tanto los orígenes de ambas ramas del Derecho como el proceso de *cross fertilization* que ha venido ocurriendo recientemente en el campo de la protección de los derechos de las personas.

A. Una norma para la comunidad política y otra para la sociedad civil

En sus orígenes, la Constitución Política se encargaba de las relaciones entre los individuos y el Estado como sociedad, mientras que el

Código Civil se encargaba de las relaciones entre los privados como sociedad civil, opuesta al Estado³. Adviértase cómo desde los nombres que recibieron los referidos textos pretendía hacerse una diferenciación en lo que respecta a sociedad y Estado, entre autoridad y libertad.

Sin duda que diferenciar los ámbitos normativos es valioso hasta cierto punto, pues la Constitución no es el espacio adecuado para regular todas y cada una de las relaciones concretas que se presentan entre las personas; pero sí los valores y los principios que las vinculan⁴. Por ello, el profesor Häberle ha señalado que “sería demasiado pedir al legislador constituyente fijar por escrito de manera exhaustiva el Estado de Derecho en el texto de la Constitución”⁵.

En ese entendido, el Código Civil sí es el marco normativo preciso para la regulación de las relaciones entre los particulares y/o con terceros. Así, el Código Civil es la norma adecuada para regular las normas para celebrar un contrato de compraventa de un inmueble, así como las soluciones específicas y diferenciadas para los problemas que puedan derivarse de ello, como la nulidad de tal acuerdo o una eventual concurrencia de acreedores.

Hasta ahí podemos encontrar que es útil diferenciarlos. Pero no podemos dejar de lado que el Derecho Civil y el Derecho Constitucional guardan una íntima relación: (i) En primer lugar, pues los derechos fundamentales personales y patrimoniales derivan de los derechos de las personas –humanas y jurídicas– que se consagraron en el Derecho Civil; y, (ii) en segundo lugar, pues el Derecho Civil, como muchas ramas del Derecho, ha transitado por un proceso de constitucionalización, a raíz de la búsqueda de la protección de los derechos de las personas. A continuación los analizaremos.

¹ HESSE, Konrad. “Derecho Constitucional y Derecho Privado”. Madrid: Civitas. 1995. p. 38.

² LANDA ARROYO, César. “La constitucionalización del Derecho peruano”. En: Revista Derecho PUCP 71. 2013. pp. 13-36.

³ DO VALE, André Rufino. “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2004. p. 56.

⁴ “[...] afirmar que la Constitución se identifica con el orden jurídico fundamental de la sociedad no implica sostener que todo pueda ser objeto de regulación constitucional, dado que a ella solo atañen, de forma directa, los aspectos generales particularmente importantes para la sociedad y el Estado. En consecuencia, es al legislador democrático a quien corresponde la pertinente regulación específica”. LANDA ARROYO, César. *Op. cit.* p. 20.

⁵ HÄBERLE, Peter. “La libertad fundamental en el Estado constitucional”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1997. p. 59.

B. La protección de la persona

La defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado, según señala el artículo 1 de nuestra Constitución Política de 1993. A partir de estos principios, se protege la dignidad de la persona mediante los derechos fundamentales que tiene la misma, los cuales se constituyen como una forma de tutelar de manera óptima al ser humano en su dignidad y libertad⁶, en tanto son aquel conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan estas exigencias, las cuales son reconocidas positivamente⁷, sin perjuicio de la tutela de otros derechos no expresamente contemplados en el texto constitucional⁸.

Sobre el particular, y tal como señalamos previamente, los derechos fundamentales tienen su origen en los llamados derechos de la persona –desarrollados por el Derecho Civil en otras latitudes–, los cuales recién, cerca de la primera mitad del siglo XX, fueron incorporándose lentamente como parte del catálogo de derechos protegidos por los textos constitucionales.

En el caso peruano, la Constitución de 1933 recogió apenas un grupo minúsculo de “garantías individuales”, en comparación con el catálogo de “derechos y deberes fundamentales de la persona” consagrados en la Constitución Política de 1979, influenciado fuertemente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien en ese momento todavía regía el Código Civil de 1936, ya se venían publicando los proyectos de un nuevo Código –

que luego se plasmaron en el Código Civil de 1984– por parte de la Comisión Reformadora. Así, la hoy derogada Constitución de 1979 no fue ajena al proyecto del Libro Primero “De las Personas” y de su correspondiente exposición de motivos⁹, publicados ambos en 1977.

Dicho proyecto, posteriormente plasmado en el Código Civil de 1984 –al cual estaba originalmente destinado–, representó un cambio sustantivo en materia de derechos de la personalidad, y se ajustaba a lo establecido en la Constitución de 1979. Por ello, el Código Civil de 1984 “significó el primer esfuerzo, el precursor intento, por recoger en su articulado una inspiración humanista”¹⁰, pues éste “pretendió alejarse de la filosofía individualista y patrimonialista [...] para sustituirla por una concepción personalista que hace del hombre el centro y el jefe del Derecho. Que lo tiene como su creador, su protagonista y el destinatario de sus normas jurídicas”¹¹.

Con relación a los derechos de la personalidad que hoy tienen rango constitucional, en el ordenamiento jurídico peruano han confluído tanto la tesis monista de protección de la personalidad –un único derecho a la personalidad– como la tesis pluralista de la misma, en la cual no hay un único derecho a la personalidad, sino que existen varios derechos que protegen las diversas manifestaciones que esta tiene. Así, el Perú cuenta con un modelo “mixto” de protección de la persona¹², como se puede apreciar claramente del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, en el cual se consagran diversos derechos fundamentales de la persona, los cuales son desarrollados en contenido y alcances por el legislador.

⁶ Ibid. p. 259.

⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Los derechos fundamentales”. Novena edición. Madrid: Tecnos. 2007. p. 46.

⁸ Constitución Política de 1993.

Artículo 3.- “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979”. En: Revista Derecho PUCP 36. 1982. p. 83.

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Repensando el Código Civil peruano de 1984 en el umbral de un nuevo milenio”. En: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios”. Lima: IDEMSA. 2011. p. 296.

¹¹ *Ibidem*.

¹² LEÓN HILARIO, Leysser. “El problema jurídico de la manipulación de información personal”. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Palestra Editores. 2007. p. 176. Sobre el particular, León Hilario ha señalado, acertadamente, que la Constitución permite construir tanto el derecho general de la personalidad –mediante el derecho a la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la misma–, así como múltiples derecho de la personalidad, mediante la extensa nómina que realiza el artículo 2 de la Constitución.

Por supuesto, los derechos fundamentales de la persona también son protegidos por el Código Civil de 1984, el cual ha desarrollado, con la precisión y extensión que dicho cuerpo normativo permite, muchos supuestos específicos de los derechos de las personas.

C. El proceso de constitucionalización del Derecho Civil

Así como ha existido un proceso de estatalización de la vida privada, generado por el constitucionalismo moderno, a finales del siglo XX vivimos un proceso inverso de privatización de la vida pública. En efecto, “[l]a frontera entre Derecho Público y Derecho Privado ya no tiene una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total. El Derecho Privado penetra en los servicios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios, el Estado toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas”¹³.

Es en este doble proceso que se ha afirmado y expandido la constitucionalización del Derecho Civil¹⁴, rama jurídica que ya no puede aplicarse sin remitirse a los derechos fundamentales y bienes constitucionales protegidos por la Constitución.

Concretamente, debemos recordar que el Estado Constitucional del Perú sigue el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁵, en el cual la Constitución no es un conjunto de buenas intenciones o un texto con meros enunciados desprovistos de contenido. Así, la protección a los derechos fun-

damentales parte de la constatación de que una garantía jurídica abstracta de las libertades es insuficiente para asegurar, en la gran mayoría de casos, una libertad material efectiva para todas las personas¹⁶. El Estado actúa y asegura que los derechos constitucionales no sólo no sean vulnerados, sino que se involucre en su realización, exigiendo también que los particulares respeten los derechos constitucionales.

Sobre el particular, debemos recordar que los derechos fundamentales cuentan con: (i) Eficacia vertical, entendida como la exigibilidad y oponibilidad de ellos hacia el Estado; así como con (ii) eficacia horizontal, pues los derechos fundamentales se irradian a la sociedad en su totalidad y es posible exigir su respeto y defensa no solo al Estado, sino también a los privados¹⁷. Así, los privados no pueden desconocer la fuerza normativa de la Constitución, en tanto esta es: (i) *Lex legis* –ley de leyes–, dado que se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas; y, (ii) *norma normarum* –norma fuente de normas–, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico¹⁸.

En ese sentido, la Constitución no es más un simple límite, sino un objetivo de la sociedad en su conjunto, asumiendo “la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de preservar el máximo de la legalidad”¹⁹. Por tanto, el Derecho Civil ya no puede ser entendido ni aplicado sin la óptica de protección de los derechos fundamentales y respeto a los demás bienes constitucionales. Muestra de ello es la constitucionalización, por ejemplo, de ramas como el Derecho Sucesorio o el De-

¹³ Visto en: MANTILLAS ESPINOSA, Fabricio. “La «constitucionalización» del Derecho Privado”. En: Revista Oficial del Poder Judicial 1/2. 2007. p. 246.

¹⁴ LANDA ARROYO, César. “La constitucionalización del Derecho peruano”. Óp. cit. p. 20.

¹⁵ “[...] el Estado Social y Democrático de Derecho debe ser entendido como un modelo en el que no sólo se busca limitar y controlar al Estado y a la sociedad, sino también promover y crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el máximo desarrollo de la persona, con absoluto respeto a su dignidad, la cual dirige y orienta, positiva y negativamente, la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado”. LANDA ARROYO, César. “El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora”. En: THEMIS-Revista de Derecho 65. 2014. p. 220.

¹⁶ DO VALE, André Rufino. Op. cit. p. 43.

¹⁷ LANDA ARROYO, César. Óp. cit. p. 221.

¹⁸ KELSEN, Hans. “Introducción a la teoría pura del Derecho”. Tercera edición. Lima: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Peruana de Derecho Constitucional. 2001. pp. 44-47. Además, ver: LANDA ARROYO, César. “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”. Tercera edición. Lima: Palestra Editores. 2007.

¹⁹ POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”. Lima: Palestra Editores. 2011. p. 69.

recho de Familia²⁰, en un avance por proteger a la persona y buscar una mejor defensa de sus derechos y su dignidad.

Sin embargo, existe cierta resistencia a aceptar este proceso histórico e irreversible, por el cual el Derecho Constitucional vincula jurídicamente la labor del Estado y de la sociedad, incluyendo a los operadores del Derecho; por tanto, les corresponde hacer que el sistema jurídico basado en las leyes opere en la realidad, sin erosionar las bases constitucionales que permiten la convivencia pacífica de las personas.

Habiendo hecho este breve recuento sobre la constitucionalización del Derecho Civil y el proceso de retroalimentación que ha tenido con el Derecho Constitucional, nos enfocaremos ahora en el derecho fundamental a la libertad contractual, el cual goza de expreso reconocimiento constitucional.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual no perteneció a la tradición de los textos constitucionales del siglo XIX²¹. En el caso peruano, ello se constata fácilmente pues su incorporación se dio, tímidamente, en la Constitución de 1920, en conjunto con el derecho de asociación²². Idéntica situación se presentó con la Constitución de 1933.

Posteriormente, la Constitución de 1979 reconoció que toda persona tenía derecho a contratar con fines lícitos. Sin embargo, añadió

que la ley regularía el ejercicio de esta libertad “para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho”²³. En el caso de los “principios de justicia”, se les daba una connotación de interés social, propia del espíritu de dicha Carta constitucional. El “interés social”, vale la pena señalar, ya no se encuentra recogido por nuestro texto constitucional vigente.

Actualmente, la Constitución Política de 1993 señala lo siguiente:

Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho: [...] 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Sin embargo, este artículo también debe ser leído en concordancia con otro enunciado constitucional:

Artículo 62.- “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. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]”²⁴.

Como es evidente, estos artículos deben ser interpretados, a su vez, en armonía con los tratados internacionales suscritos por el Perú²⁵ y la interpretación que de ellos haya sido realizada por los órganos jurisdiccionales competentes.

²⁰ LANDA ARROYO, César. “Constitucionalización del Derecho Civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: REVOREDO, Delia; SOTO, Carlos Alberto; DE LOS HEROS, Alfonso; BULLARD, Alfredo; BARBOZA, Eduardo; BENAVIDES, Eduardo y Marcial RUBIO (Editores). “Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle”. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje y Estudio Echeconpar. 2013. pp. 54-73.

²¹ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudios de la Constitución Política de 1993”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 339.

²² Artículo 37 de la Constitución de 1920.- “La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley”. Posteriormente, la Constitución de 1933 repitió la misma disposición en su artículo 27.

²³ Artículo 12, numeral 12 de la Constitución Política de 1979.

²⁴ No es materia del presente artículo comentar el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política de 1993, referido a los “contratos-ley”, propiamente, convenios de estabilidad jurídica.

²⁵ En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, éste señala: Artículo 11.- “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. Por su parte, el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, señala que: Artículo 175.- “Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto”. Otro acuerdo internacional suscrito por el Perú y que deberá ser tomado en consideración, en lo que resulte aplicable, es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Existen más, especialmente en el campo del Derecho Internacional Privado, pero ello tampoco es materia del presente artículo.

El Tribunal Constitucional del Perú ya ha señalado con claridad que estos dos artículos –numeral 14 del artículo 2 y artículo 62 de la Constitución– deben ser interpretados en conjunto y no de modo separado, pues, de acuerdo al principio de unidad de la Constitución, “es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límite explícitos, sino también implícitos [...]”²⁶.

A. Definición y contenido

La contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadanos²⁷.

Pero, como han apuntado otros autores, lo cierto es que la libertad contractual garantizada por la Constitución Política de 1993 no alcanza sólo a la libertad de contratar en el sentido civil patrimonial del término, sino también a la libertad de toda persona “para coincidir en voluntades con otra y generar una convención sobre cualquiera de las materias que resulten lícitas para el Derecho”²⁸. Es decir, se garantiza también el derecho a convenir por temas no patrimoniales²⁹.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se ha referido únicamente a la tutela en el sentido civil patrimonial del término, pues ha señalado que 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 ju-

rídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público”³⁰.

Además, el Tribunal Constitucional ha añadido que la libertad contractual constituye un derecho relacional pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos, tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, entre otros³¹. Hoy en día, es imposible que las personas se relacionen entre ellas y vean satisfechas sus necesidades sin recurrir a los contratos. Desde la adquisición de bienes de primera necesidad hasta los viajes de placer, las personas se valen de los contratos para realizar múltiples actividades. Y ello merece una protección jurídica, en tanto a través del derecho fundamental a contratar pueden verse satisfechos otros derechos constitucionales de igual importancia.

Por su parte –según lo define el artículo 1351 del Código Civil de 1984–, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes, pues uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad.

A consideración del Tribunal Constitucional del Perú, éste elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, el cual tiene un doble contenido: (i) La libertad de contratar –consagrada en los artículos ya reseñados–, llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, (ii) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato³², sobre lo que versará.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02670-2002-AA, de fecha 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3.

²⁷ LANDA ARROYO, César. “Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y libertad”. En: Revista Derecho PUCP 45. 1991. p. 446.

²⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Óp. cit. p. 346.

²⁹ Si bien es evidente que en el ámbito de la realidad primarán los contratos de contenido civil patrimonial, es importante saber que los acuerdos o convenciones que no persigan tal fin también se encuentran constitucionalmente protegidos.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00008-2003-PI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 26, b.

³¹ *Ibidem*.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02158-2002-AA, de fecha 4 de agosto de 2004. Fundamento Jurídico 2.

Con relación a la protección constitucional a la libertad contractual, debemos recordar que la Constitución *prima facie* recoge en esta materia la teoría de los derechos adquiridos. Así, desde una interpretación clásica –literal o gramatical, histórica, teleológica y sistemática–, frente a la regla general de aplicación inmediata de la norma mediante la teoría de los hechos cumplidos³³, el artículo 62 se constituye como una excepción para los contratos³⁴, pues lo que éstos prevean no podría ser modificado por normas posteriores. Sin embargo, desde las reglas de la argumentación constitucional, se podría señalar que la Constitución tiene “normas de principio”, como la disposición que regula de forma general los hechos cumplidos en el artículo 103 citado, y las “normas regla”, que son prescriptivas como lo dispuesto en el artículo 62 mencionado.

Sin embargo, las normas reglas dependen de las normas principio; es decir, la premisa mayor vincula a la premisa menor, de forma que la interpretación de esta última debe hacerse conforme al principio de los hechos cumplidos. De allí que, en todo caso, si la modificación supone que el objeto del contrato o determinadas disposiciones son o se convierten en contrarias al orden público constitucional, sería posible objetarlas a través de una nueva norma legal, siempre y cuando ella responda a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de la doctrina de los hechos cumplidos.

B. Naturaleza del derecho fundamental a la libertad contractual

Si bien, como hemos indicado al inicio, el derecho a la libertad contractual no es propio de la primera hora del constitucionalismo, podemos señalar que es parte de los llamados

“derechos económicos”, entre los que se encuentran los clásicos derechos fundamentales de propiedad, libertad de empresa y uno de reciente configuración como lo es el principio de protección de los consumidores³⁵.

Sin embargo, por su configuración, el derecho fundamental a la libertad contractual se asemeja más a los llamados “derechos de la libertad”, pues si bien exigen un nivel de promoción por parte del Estado, principalmente exigen que éste se abstenga de intervenir. Vale decir, consisten, primordialmente, en dejar a la persona su libre albedrío, garantizando su tutela frente a diversas afectaciones que se le puedan presentar, sea del Estado o de los mismos particulares.

C. Titularidad del derecho fundamental a la libertad contractual

Existe una titularidad primaria de los derechos fundamentales, en la cual la persona humana es, en principio, la titular por excelencia de derechos fundamentales. Pero quedarse en esta concepción desembocaría en negarles a las personas jurídicas la titularidad de derechos constitucionales, con la consecuente afectación a los principios que sostienen al Estado Social y Democrático de Derecho, así como con la lesión a los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, conforman a la persona jurídica³⁶.

Sin embargo, es evidente que, en cuanto les sean aplicables, las personas jurídicas también tienen derechos fundamentales. Pues bien, entre la gran variedad de derechos fundamentales que tienen tanto las personas naturales como las personas jurídicas, destaca el derecho a la libertad contractual. Es decir, la titularidad de este derecho constitucional es, *prima facie*,

³³ Constitución Política de 1993.

Artículo 103.- “[...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

Artículo 109.- “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. “Aplicación de la norma jurídica en el tiempo”. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. p. 45.

³⁵ LANDA ARROYO, César. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores. 2010. p. 17.

³⁶ Debemos recordar que las personas jurídicas pueden estar compuestas, a su vez, por otras personas jurídicas. Sin embargo, siempre y en última instancia encontraremos a una persona natural detrás. Ver: LANDA ARROYO, César. “Constitucionalización del Derecho Civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Loc. cit.

amplia, pues aplica tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas³⁷.

III. LÍMITES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS PRIVADOS

Pese a que comúnmente se ha señalado que “el contrato es ley entre las partes”, lo cierto es que el derecho fundamental a la libertad contractual no se encuentra exento de los límites que tiene todo derecho constitucional. Como ya hemos señalado en otros trabajos, un Estado Social y Democrático de Derecho se caracteriza por cobijar derechos que no son absolutos³⁸. Ningún derecho fundamental “constituye un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico, totalmente desvinculado de los demás derechos y bienes constitucionales”³⁹, motivo por el cual se aceptan límites.

En el caso concreto, “la libertad contractual y la de celebrar todo tipo de acuerdo, en cuanto derechos fundamentales, tienen sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales, los cuales representan, en último término, el orden público del ordenamiento jurídico, orden a cuya observancia, desde siempre, ha estado condicionada la validez de la autonomía privada”⁴⁰. Así, tenemos que los dos principales límites a la libertad contractual son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos⁴¹.

A. El orden público

El “orden público” se esgrime tanto para prohibir múltiples conductas o legislaciones como para permitir graves afectaciones a los derechos fundamentales de las personas. No es un término preciso ni existe unanimidad en su defini-

ción. Sin embargo, corresponde que asumamos el reto de brindar algunas luces al respecto.

Podemos señalar que el orden público constitucional se presenta como un límite a la autonomía de los privados. Así, desde la doctrina civil, Ferrand Noriega considera que “la autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente, y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente”⁴². Por tanto, se aprecia que el orden público constitucional pareciera ser un límite a la actuación de los privados. Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿De dónde salen tales límites?

Siguiendo al Tribunal Constitucional del Perú, el orden público se nutre principalmente de la Constitución, pues “[...] es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: La realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad”⁴³.

En consecuencia, consideramos que el orden público es aquel mínimo indispensable establecido por el Estado para la convivencia pacífica y armónica de la sociedad, en atención a los fines señalados por nuestra Constitución Política y los mandatos que de ella se deriven. En atención a que tal mínimo indispensable se establece mediante normas, las cuales son aprobadas por el Parlamento⁴⁴, estas resultan

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 4972-2006-AA, de fecha 4 de agosto de 2006. Fundamento Jurídico 14.

³⁸ LANDAARROYO, César. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. p. 23.

³⁹ INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”. En: THÉMIS-Revista de Derecho 55. 2008. p. 98.

⁴⁰ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Derechos fundamentales y Derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal”. Lima: Grijley. 2009. p. 100.

⁴¹ En estricto, son tres límites, pero estudiaremos a los derechos fundamentales y a los bienes constitucionalmente protegidos en conjunto.

⁴² FERRAND NORIEGA, Alberto Eduardo. “El orden público en el Derecho Privado”. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 81.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03283-2003-AA, de fecha 15 de junio de 2004. Fundamento Jurídico 28.

⁴⁴ De forma excepcional por el Poder Ejecutivo mediante los Decretos Legislativos, aunque igual debe contarse con la aprobación del Congreso de la República para delegar las funciones legislativas.

imperativas; es decir, no admiten pacto en contrario. Son producto de la voluntad democrática y en ella se sustentan (o deberían hacerlo).

Así las cosas, el orden público constitucional es como un contorno que limita la actuación de los privados. Éstos podrán moverse dentro de tal contorno, sin que su actuación sea considerada lesiva del orden público configurado por la ley. Sin embargo, en caso se salgan de tal contorno, vale decir, vulneren normas legales y/o constitucionales, el acto de los privados –un negocio jurídico, por ejemplo– sería nulo⁴⁵. En consecuencia, las normas de orden público constitucional circunscriben el margen de actuación de los privados hacia la consecución de los fines trazados por el Estado, pues no pueden ser inobservadas e inaplicadas ni por los particulares ni por el propio Estado.

El hecho que las normas de orden público no vengán acompañadas con el rótulo de “orden público constitucional” no significa que no lo sean. Vale decir, una norma no tendría por qué señalar expresamente que es de orden público constitucional para tener tal característica. A lo mucho, un claro indicador puede ser que señale que no cabe pacto en contrario, pero incluso ello no suele ser común.

Para determinar qué normas están ajustadas al orden público legal, es necesario remitirse a los bienes jurídicos que se encuentran protegidos por la norma constitucional. Una vez que estas han sido identificadas, corresponde analizar si en el caso concreto podría pactarse en contrario. Si la inaplicación de la norma legal, por pacto en contrario de los particulares, no lesiona aquel mínimo indispensable garantizado en la Constitución, entonces el negocio jurídico sería válido.

En el caso que nos ocupa, por ejemplo, las normas de orden público legal se enfocan en proscribir determinadas conductas, como las relativas a los objetos y las causas ilícitas en los contratos, en tanto se considera que podrían

afectar los derechos fundamentales de otras personas, o incluso bienes constitucionalmente protegidos. Ello es así pues “los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse mediante preceptos imperativos”⁴⁶.

Ahora bien, 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, como se verá más adelante.

B. Otros derechos fundamentales

Es evidente que los derechos fundamentales y los principios constitucionales representan, necesaria e ineludiblemente, condiciones materiales de validez de los negocios jurídicos, sean estos bajo la modalidad de contratos, acuerdos o alguna otra. De este modo, si el contenido de las estipulaciones de éstos resulta incompatible con tales derechos y principios, el acto resulta inválido o nulo⁴⁷.

El gran reto que se presenta aquí es armonizar, del mejor modo posible, la autonomía privada y la libertad contractual con la protección de otros derechos constitucionales, pues “la función de la interpretación constitucional en estos casos no se reduce a encontrar el mejor derecho garantizado por la Constitución, sino que, al haberse integrado dos libertades o derechos en la norma suprema del Estado, se entiende que existe una protección de ambos bienes jurídicos. De ahí que uno no pueda ser entendido como excluyente del otro, sino que se trata de “establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad”⁴⁸.

⁴⁵ Título Preliminar del Código Civil de 1984.

Artículo V.- “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

⁴⁶ HESSE, Konrad. Óp. cit. p. 64.

⁴⁷ MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Óp. cit. p. 103.

⁴⁸ LANDAARROYO, César. “Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y libertad”. p. 447.

Pero, ¿qué ocurre cuando son los mismos particulares los que “afectan” sus derechos fundamentales? Como todos sabemos, los derechos fundamentales *prima facie* se caracterizan por ser indisponibles e irrenunciables. Sin embargo, una cosa es renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales, por ejemplo, de primera generación –vida, libertad o integridad personal–, y otra muy distinta disponer de su ejercicio. La primera se encontraría proscrita por nuestro ordenamiento, pues un sujeto no podría vender su libertad personal para someterse a la esclavitud, vender su derecho a la integridad física o ponerle un precio a su vida para ofrecerla en el mercado. Por eso, los derechos fundamentales clásicos son inherentes a las personas.

Pero, ¿cómo entender el concepto “decisión individual”? ¿Podríamos decir que es el respeto irrestricto a la voluntad del individuo, aun si la decisión fue tomada sin libertad, es decir, con error, engaño o violencia? ¿Acaso se podría convalidar dicha autonomía de la voluntad? ¿O como respeto a la individualidad, aunque con intervención del Estado en determinadas decisiones, con el ánimo de proteger al débil frente al fuerte, se debe dejar toda esa esfera de deliberación personal al Estado y su política paternalista?⁴⁹ Ninguna postura es satisfactoria por sí misma, por lo que desde una interpretación constitucional debe encontrarse un balance adecuado.

En consecuencia, creemos que disponer del ejercicio de nuestros derechos fundamentales sí es válido, pues no implica que claudiquemos de ellos, siempre y cuando verifiquemos la ausencia de coacción física, moral o incluso

económica a la suscripción de determinados acuerdos, así como evaluar el nivel de información con el que contaban las partes al momento de vincularse jurídicamente.

¿Podría acusarse de inconstitucional la suscripción de un contrato entre dos grandes empresas, que contenga una obligación de no hacer por parte de una de ellas? ¿O cuestionar la constitucionalidad de un contrato entre dos personas naturales, por medio del cual una se obliga a no construir una edificación en un terreno de su propiedad para satisfacer la vista paisajística de la otra? Creemos que la respuesta a ambas interrogantes es negativa, pues no se están desprendiendo de la titularidad de sus derechos constitucionales –libertad de empresa y propiedad, respectivamente–, sino simplemente limitando su ejercicio a cambio de una compensación patrimonial, por ejemplo.

Pero, como ha puesto de relieve De Vega García, no cabe reducir la función constitucional de los derechos a la simple garantía de la autonomía de la voluntad, pues no cualquier disposición de un derecho fundamental supone un ejercicio legítimo del mismo⁵⁰. En efecto, ¿podría tolerarse la constitucionalidad de un contrato que suponga una irrazonable autorrestricción al ejercicio de un derecho fundamental? Creemos que no, pues los derechos fundamentales no sólo operan frente a los demás particulares, sino que limitan también la libertad de su propio titular, por más que ello suene a un paternalismo jurídico excesivo⁵¹.

Para dar cuenta de lo sostenido hasta el momento, se analizará la jurisprudencia del Tribu-

⁴⁹ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. “Dilemas y paradojas del razonamiento legal”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 48. 2004. p. 230.

⁵⁰ Visto en: HESSE, Konrad. Óp. cit. p. 24.

⁵¹ *Ibidem*. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado, en el caso de una demanda de amparo interpuesta contra el organismo regulador de las telecomunicaciones y Telefónica del Perú, que: “20. [...] Para el Tribunal Constitucional, es claro que 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, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

23. Ello es particularmente evidente en aquellas **situaciones en donde, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, por constituir notoriamente una irrazonable autorrestricción del ejercicio de sus derechos fundamentales** (v.g. el ejercicio de la dimensión negativa de la libertad contractual, esto es, desvincularse del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el otro contratante)” [El énfasis es nuestro]. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00858-2003-AA, de fecha 24 de marzo de 2004.

nal Constitucional del Perú sobre la materia, a través de algunos casos que reflejan la problemática de los límites constitucionales de la libertad contractual.

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A. Casos particulares en la jurisprudencia peruana

1. Contrato de ventas atadas: “Caso Ferretería Salvador”

En este caso, el Supremo Intérprete de la Constitución conoció la demanda de amparo interpuesta por una ferretería, solicitando que se deje sin efecto una resolución del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual [en adelante, INDECOPI] por considerar que ella lesionaba varios de sus derechos fundamentales, principalmente de índole económico.

INDECOPI consideró que una cementera ejercía un uso abusivo de su posición de dominio en el norte del país, concretamente, en el mercado de cemento, pues sus ventas estaban “atadas” a las de la ferretería demandante. No se vendía el cemento si es que no se compraban también los productos de dicha ferretería. Ello era posible gracias a un contrato suscrito entre ambas empresas. Por tanto, lo que se cuestionó en la vía de amparo fue si el INDECOPI, al ordenar el cese inmediato y definitivo de las conductas que constituían abuso de posición de dominio, podía dejar sin efecto la eficacia de contratos *inter privatos*.

Con relación a la protección constitucional de la libertad contractual y de los contratos, consagrada en el numeral 2 del artículo 14 y en el artículo 62 de la Constitución, el Supremo Intérprete señaló, con acierto, que “[...] estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tienen límite. Y ello porque su ejer-

cicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de tales principios, bienes y derechos fundamentales”⁵².

Así, la demanda fue declarada infundada, pues la libertad contractual no puede ser utilizada abusivamente. Ello no es admisible en un Estado Social y Democrático de Derecho.

2. Contratos societarios “acordeón”: “Caso Chiquitoy”

En este caso, el Tribunal Constitucional del Perú declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por afectación de los derechos fundamentales a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad. ¿Qué sucedió? En la Junta de Acreedores de una empresa se acordó la reducción a S/.0.00 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A. En una adenda se recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, pero se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, a la vez que, en los hechos, no se presentaron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas.

El Supremo Intérprete de la Constitución señaló que: “En principio, las relaciones entre particulares se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, por el cual cada parte de una relación contractual decide autónoma y libremente comprometerse con otra persona en la realización de determinadas prestaciones. Sin embargo, la idealización o generalización de una sociedad donde las personas intercambian libremente bienes jurídicos y materiales, y donde los compromisos contractuales a los cuales se sujetan son adoptados en pleno ejercicio de su autonomía, constituye hoy en día y, a la luz de una larga experiencia histórica, una postura desencajada de la realidad y que, más bien, puede ocultar un sistema injusto de relaciones donde la perso-

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 01963-2006-PA, de fecha 5 de diciembre de 2006. Fundamento Jurídico 25.

na más débil puede sucumbir en sus derechos e intereses ante el más fuerte”⁵³.

3. Contrato de concesión administrativa: “Caso Bureau Veritas”.

En este caso, el Tribunal Constitucional del Perú declaró fundada una demanda de amparo contra una norma auto-aplicativa, interpuesta por dos empresas del Sistema de Supervisión de Importaciones. Dichas empresas, por medio de una concesión administrativa, se encargaban de determinar el valor de las importaciones, a efectos del cálculo y pago de los tributos correspondientes. Sin perjuicio de las reglas indicadas al momento de la concesión, y del poder de modificación de las mismas por parte del Estado, lo cierto es que se estableció un régimen sancionatorio lesivo para dichas empresas, por una norma legal que las encontraba como responsables solidarias, tributariamente, por cualquier diferencia en el pago de los tributos.

En el caso de la concesión administrativa, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que: “[...] la concesión administrativa, aun reconociendo la posición privilegiada del Estado, no significa que la injerencia del Estado sea o devenga en arbitraria. Por ello, si desde la convocatoria se fijaron reglas de juego predefinidas, es porque la observancia de estas representa una garantía tanto para el Estado como para los propios concesionarios, quienes se someten a un régimen de seguridades; sin perjuicio que determinadas razones puedan justificar la modificación de dicho régimen, a partir del reconocimiento expreso de la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103 de la Constitución (por ejemplo, a las nuevas importaciones)”⁵⁴.

Nótese que no estábamos propiamente ante una relación sinalagmática entre el Estado y

las empresas demandantes, propia de una relación *inter privatos*. Sin perjuicio de ello, igual correspondía defender los derechos de las empresas que tenían la concesión administrativa del Sistema de Supervisión de Importaciones.

4. Contrato de maternidad subrogada

Este caso no ha sido de conocimiento del Tribunal Constitucional del Perú, sino de parte de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Nos referimos a la Casación 563-2011-Lima del 6 de diciembre de 2011, que resolvió un caso de maternidad subrogada, conocida también como “vientre de alquiler”.

Como muchas parejas, la familia conformada por la señora “A” y el señor “B” no podían tener hijos por medios naturales. En atención a ello, contrataron con la señora “C”, hermana del señor “B”, para que sea esta quien gesté al ansiado bebé –la fecundación del bebé se realizó con el gameto del señor “B” y el óvulo de la señora “C”, por lo que esta última era legamente su madre. A cambio de ello, la señora “C” recibió un total de US\$ 18,900.00 dólares americanos. Ocurrió que, cuando nació la menor, ella fue inscrita teniendo como madre a la señora “C” y como padre al señor “D”, su pareja sentimental. Habiendo entregado a la niña a los señores “A” y “B”, su ansiado bebé, se inició el proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor.

Sin embargo, la pareja conformada por los señores “C” y “D” se arrepintió de su decisión y se desistieron de continuar con el proceso de adopción. Pese a ello, tanto en primera como en segunda instancia se declaró fundada la demanda, otorgándole la filiación a la pareja de los señores “A” y “B”. Alegando una serie

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00228-2009-PA, de fecha 4 de abril de 2011. Fundamento Jurídico 24. Es por este motivo que “[...] se considera que en el ámbito de las relaciones entre particulares puede presentarse, además de una justa y equitativa relación sinalagmática establecida entre personas en pleno ejercicio de su autonomía, una relación injusta de imposición de condiciones de una parte sobre otra, explicable sólo por el poder político, social o económico que una de las partes puede ostentar o ejercer de hecho sobre la otra. Cuando dichas imposiciones son producto de una relación jurídica establecida entre dos personas, donde una de ellas tiene un poder de mando o dirección sobre la otra que debe obedecer los mandatos impelidos, se produce una afectación ius-fundamental por ‘subordinación’. Por otro lado, cuando estas imposiciones son efectuadas simplemente en mérito a que una de las partes ejerce «de hecho» un poder sobre la otra parte sin que esta tenga la posibilidad o los medios de resistir, se produce una afectación ius-fundamental por ‘indefensión’. En este segundo supuesto, el concepto clave radica en la ‘ausencia de medios’ y su determinación se realiza caso por caso, en base a la evaluación concreta y relacional de las situaciones observadas”.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02226-2007-PA, de fecha 26 de noviembre de 2007. Fundamento Jurídico 20.

de infracciones normativas, la pareja de los señores “C” y “D” interpuso recurso de casación. Sin embargo, la Corte Suprema lo declaró improcedente. En la sensible pugna entre el derecho de los señores “C” y “D” a ejercer la patria potestad y el interés superior de la niña, que ya vivía con los señores “A” y “B”, la Corte Suprema determinó que debía primar el interés superior de la niña, pues arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría perjudicial.

Este caso nos trae a colación, nuevamente, la constitucionalidad y la legalidad de la maternidad subrogada. Quizás muchos consideren que este contrato vulnera normas de orden público. Sin embargo, nuestra posición es la contraria. Consideramos que no existe ninguna afectación en dicho sentido. Si bien es un tema delicado y que deberá ser analizado en cada caso concreto, un contrato de este tipo pareciera no tener, *prima facie*, vicios de constitucionalidad.

5. Contrato entre la empresa internacional Sustainable Carbon Resource Ltd. y el pueblo indígena Matsés de la Amazonía

A la fecha, un caso de pueblos indígenas y libertad contractual no se ha presentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sin embargo, una interesante publicación nos relata un caso que sin duda es polémico y que merece la más alta atención: Un contrato de captura de carbono entre una empresa y un pueblo indígena de la Amazonía peruana⁵⁵.

El contrato, visto desde una perspectiva meramente formal, era válido —por temas de firmas, ausencia de coacción, forma legalmente prevista, etcétera—, pero hay puntos que nos harían dudar de su constitucionalidad, tales como: (i) El contrato se encontraba en inglés y el pueblo indígena nunca tuvo la copia traducida al castellano; (ii) la existencia de una cláusula de confidencialidad, pero con el único propósito de evitar que el pueblo indígena

pueda conseguir una asesoría legal adecuada; (iii) ausencia de información suficiente sobre el objeto del contrato, entre otros⁵⁶.

El caso nos plantea, nuevamente, que la realidad muchas veces supera al Derecho. Si bien la noción “básica” del Derecho Civil es la igualdad entre las partes, éste parece ser un concepto que muchas veces se estrella con la realidad. Casos como el aquí planteado nos recuerdan que, muchas veces, existe una estructural y abismal asimetría entre las partes, que no permiten una adecuada negociación ni un adecuado contrato en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Como señala Cárdenas Quirós, deberíamos apuntar a que el contrato se convierta en un medio de cooperación social, generándose así una “humanización del contrato”, lo cual supone concebir al contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, y no como vehículo de explotación, de imposición o de abuso de una parte sobre otra⁵⁷. Hacia ello debemos apuntar.

B. Límites a la protección constitucional

Es evidente que el control constitucional de las cláusulas exorbitantes debe tener límites. Como es sabido, todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de tutelar los derechos fundamentales en sus diversas manifestaciones. Los llamados a protegerlos, en primer orden, son los jueces ordinarios, como los jueces competentes en materia civil que pueden declarar la nulidad de un contrato. Únicamente cuando la tutela de esos derechos es urgente dada la gravedad del agravio se puede acudir a los procesos constitucionales. Particularmente, al proceso de amparo, si es que se cumplen los requisitos de procedencia señalados en el Código Procesal Constitucional.

1. Tutela del contenido constitucionalmente protegido

El Código Procesal Constitucional ha establecido que:

⁵⁵ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios”. Lima: Instituto de Defensa Legal. 2012. p. 119.

⁵⁶ Ibid. p. 120.

⁵⁷ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú”. En: ALTERINI, Atilio; DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos SOTO COAGUILA (Directores). “Contratación contemporánea. Teoría General y Principios”. Lima: Palestra Editores. 2000. p. 269.

Artículo 5.- “No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitório de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; [...]”.

Artículo 38.- “No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

La idea de estos requisitos es “corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentación indebida del amparo en los últimos años. A menudo, los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, pero sólo para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional o que tampoco forma parte del contenido esencial del derecho protegido constitucionalmente, sino a aspectos de regulación legal o de naturaleza secundaria, o incluso estatutaria, que no deben tutelarse por medio el amparo. O que sólo directa o lejanamente se respalda en la Constitución”⁵⁸.

Como indicamos previamente, el Tribunal Constitucional del Perú considera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad contractual implica: (i) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante; y, (ii) autodeterminación para decidir, de común acuerdo –común consentimiento–, la materia objeto de regulación contractual. Sin embargo, como hemos visto en el punto anterior del presente acápite, lo cierto es que ello ha venido ampliándose, tutelándose en la vía constitucional otros aspectos de la libertad contractual.

Lo importante, *in fine*, es que las demandas de amparo que busquen tutelar el derecho fundamental a la libertad contractual se encuentren debidamente sustentadas en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, buscando tutelar el derecho fundamental violado en su contenido constitucionalmente protegido de forma urgente dado el agravio cometido, con la finalidad de reparar el daño, ya sea reponiendo las cosas al estado anterior a su vulneración o estableciendo su protección subjetiva/objetiva a futuro⁵⁹.

2. Que no existan vías igualmente satisfactorias

El Código Procesal Constitucional ha establecido que:

Artículo 5.- “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...]”

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus; [...]”.

El gran problema que se genera con el postulado del control constitucional de los contratos es que se alega que ello no es competencia de la justicia constitucional, sino de la justicia ordinaria. Concretamente, se señala que ello debiera ser conocido por un juez competente en materia civil y no por un juez competente en materia constitucional.

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que, si al conocer un caso se hace necesario evaluar el contenido del contrato materia de controversia, ello no corresponde ser realizado en sede constitucional, pues implicaría aplicar normas de rango infra-constitucional⁶⁰, por lo que corresponde declarar la improcedencia de la demanda de amparo.

⁵⁸ ABAD, Samuel; DANÓS, Jorge; EGUIGUREN, Francisco; GARCÍA, Domingo; MONROY, Juan; y Arsenio ORÉ. “Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico”. Segunda edición. Lima: Palestra Editores. 2005. p. 70. Esta discusión cobra particular relevancia si atendemos al Precedente Vásquez Romero – Sentencia 00987-2014-PA/TC, FJ 49–, estatuido el 6 de agosto de 2014 por el Tribunal Constitucional del Perú. El Supremo Intérprete de la Constitución ha señalado que se declarará la improcedencia del recurso de agravio constitucional cuando éste carezca de “especial trascendencia constitucional”. Ello ha sido también incorporado al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional del Perú, en su artículo 11.

⁵⁹ Sugerimos consultar nuestra recopilación indicada en: LANDAARROYO, César. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. pp. 243-249.

⁶⁰ Resolución del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 04286-2006-PA, de fecha 4 de abril de 2007. Fundamento Jurídico 2. Dicho criterio fue reiterado en el Fundamento Jurídico 4 de la Resolución del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00271-2007-PA, de fecha 4 de abril de 2007.

Sin embargo, ello no cuenta con que la colisión de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares asume alguna de las siguientes formas: (i) Colisión en sentido amplio; (ii) colisión en sentido estricto⁶¹; y, eventualmente, una (iii) colisión en sentido mixto.

La colisión en sentido amplio se da cuando entran en conflicto un derecho de libertad con un bien constitucionalmente protegido. Piénsese en el caso de las empresas tabaqueras, que vieron una colisión entre su derecho fundamental a la libertad de empresa frente al bien constitucionalmente protegido de la salud pública.

En cambio, la colisión en sentido estricto se presenta cuando el ejercicio o realización del derecho fundamental de un privado produce efectos perniciosos sobre los derechos constitucionales de otro particular. Piénsese ahora en el caso de las discotecas que “se reservan el derecho de admisión”, afectando el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de las personas de raza afro peruana o indígena.

Antes de terminar este nivel de análisis, no podemos dejar de señalar lo siguiente: Los derechos fundamentales, cuando son afectados, no sólo permiten su protección mediante los procesos constitucionales, sino que también pueden ser objeto de protección en la vía civil. Con ello se busca asegurar una protección resarcitoria que se extienda a los daños no patrimoniales contra todos los derechos fundamentales de la persona⁶², viabilizando que éstos puedan materializarse en el ámbito de la realidad.

Por ejemplo, el profesor Osterling Parodi propuso que, frente a la afectación del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, cabía solicitar una indemnización por daños y

perjuicios a través de la responsabilidad extracontractual, siempre y cuando concurren los requisitos esenciales de: (i) Antijuridicidad de la conducta del agente; (ii) el daño y nexo causal con dicha conducta; y, (iii) la imputabilidad del agente, que puede deberse a diversos factores de atribución⁶³. Ello es sólo una muestra de cómo los derechos fundamentales también pueden verse realizados, de algún modo, en la vía ordinaria de protección de derechos.

A modo de conclusión de todo lo aquí expuesto, podemos señalar que una demanda de amparo interpuesta por un particular contra otro particular tendrá lugar –es decir, deberá ser admitida a trámite– siempre que el objeto de la misma tenga sustento en un principio constitucional y/o derecho fundamental afectado en su contenido esencial constitucionalmente protegido. Si corresponde estimar la demanda o no, el juez lo estudiará en el caso concreto.

V. CUANDO UN CONTRATO *INTER PRIVATOS* LESIONA BIENES CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS: APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Ahora bien, también cabe plantear lo siguiente: ¿Pueden los privados, en ejercicio de su derecho fundamental de contratar y por medio de su autonomía de la voluntad, lesionar bienes constitucionales? En el Perú se ha presentado un caso particularmente relevante, el cual viene captando la atención internacional: La llamada “concentración de medios” por parte del grupo El Comercio.

En una cuestionada operación comercial, el grupo El Comercio adquirió las acciones de la Empresa Periodística Nacional S.A. [en adelante, EPENSA]⁶⁴, permitiéndole así obtener un 80% del mercado peruano en lo que respecta a los diarios de circulación nacional. A ello se le suman también señales de televisión.

⁶¹ DO VALE, André Rufino. Óp. cit. p. 179.

⁶² Así lo ha señalado la profesora Emanuela Navarretta. Visto en: LEÓN HILARIO, Leysser. Óp. cit. p. 171.

⁶³ OSTERLING PARODI, Felipe. “Algunas reflexiones sobre los actos discriminatorios y la responsabilidad civil”. En: *Advocatus* 21. 2009. p. 113. El destacado maestro señaló que, si bien el ordenamiento jurídico permite que tal derecho sea protegido por el proceso constitucional del amparo, “[l]a responsabilidad civil, por otro lado, se presenta como una figura jurídica que si bien no cumple con la misma finalidad (esto es, reponer las cosas a su estado anterior o castigar al autor del acto), también resulta aplicable. Ello, en razón de que, como sabemos ‘es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos’. Queda claro que se libera a la víctima y se coloca el peso en otra persona –el agente del daño, o causante o responsable–, siempre y cuando la responsabilidad le sea imputable a esta”.

⁶⁴ Hoy, Prensart S.A.C.

Frente a tal operación, ocho periodistas interpusieron una demanda de amparo, solicitando que se declare, en la vía de dicho proceso constitucional, que no surten efectos los contratos que lesionen la pluralidad informativa, producto de la operación señalada líneas arriba. Se alegó, correctamente, que ello lesiona bienes constitucionalmente protegidos expresamente por nuestra Carta Fundamental.

La Constitución establece en el artículo 61 lo siguiente:

Artículo 61.- “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de los particulares”.

Como se advertirá claramente, la pluralidad informativa integra el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de información, pues este derecho constitucional implica –entre otras cosas– acceder a la información, la misma que, por encontrarse acaparada, no resulta adecuada para las personas.

Además, en su dimensión objetiva, la pluralidad informativa constituye también una garantía para el normal funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú, pues: “[...] la captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, coarta la libre formación del pensamiento, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o

disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías”⁶⁵.

A nuestro parecer, la concentración de medios es una realidad y es jurídicamente inconstitucional. Posiciones poco sustentadas han pretendido validar la operación, indicando que sería catastrófico que el Estado “interfiera” en la esfera privada, la cual –en su limitada visión– sería impenetrable e infranqueable. Ello no es así. Tales posiciones no advierten la importancia de la pluralidad informativa ni lo que se encuentra en juego para la democracia constitucional.

Es cierto que no hay ninguna ley que impida la concentración de medios para el caso que estamos analizando⁶⁶, pues no existe un desarrollo legal del mandato constitucional en el rubro de prensa escrita y digital. Sin embargo, ¿eso constituye un obstáculo para un pronunciamiento jurisdiccional? Si la respuesta es afirmativa, el juez será nuevamente, como decía Montesquieu, “boca de la ley”.

Discrepamos de esta posición, propia de la primera hora del constitucionalismo, pues la misma ha sido –correctamente– dejada de lado “para dar paso a la noción del juez como creador del Derecho, es decir, que el operador constitucional no se limita a realizar la función cognoscitiva de la norma, como tampoco se puede reducir a una función volitiva, sino a una función institucional en la que debe optar entre los diversos contenidos normativos razonables de la ley”⁶⁷. Reiteramos tal planteamiento pues, de aceptarla y darla por válida, ponemos en duda toda una construcción argumentativa sobre la fuerza normativa de la Constitución y la exigibilidad de los derechos y las garantías constitucionales.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00003-2006-AI, de fecha 4 de setiembre de 2006. Fundamento Jurídico 47.

⁶⁶ Por ejemplo, en materia de regulación del otorgamiento de las licencias y permisos para operar señales de televisión y radio, a través del uso del espectro radioeléctrico, que es un recurso natural de la Nación, la Ley 28278 –Ley de Radio y Televisión– ha establecido límites de otorgamiento de dichas señales a una sola persona natural o jurídica. Así, para las señales de radio es el 20% y para la televisión es el 30%.

⁶⁷ LANDAARROYO, César. “La Constitución como dinamismo de la filosofía del Derecho”. En: GRANDÉZ, Pedro y Félix MORALES (Editores). “La argumentación jurídica en el Estado Constitucional”. Lima: Palestra Editores. 2013. p. 24.

Es más, ante el vacío o deficiencia de la ley, la Constitución no puede verse lesionada impunemente, como un testigo de piedra que todo ve, pero nada puede hacer. Ella misma ha previsto que los jueces, al ejercer su función jurisdiccional, “[...] no pueden dejar de impartir justicia, por vacío o deficiencia de las leyes. En cuyo caso deben aplicar los principios generales del derecho y del derecho consuetudinario”⁶⁸, según manda la Carta Fundamental. Quizás no haya ley, pero sí hay Constitución.

En el caso concreto, la concentración de la prensa escrita en una sola empresa o consorcio no está regulada por la ley peruana, pero ello se debe únicamente a que el legislador no lo ha previsto expresamente. No obstante, los mandatos de la Constitución no son válidos o eficaces a condición que una ley los reconozca o desarrolle, sino que son las leyes las que, para ser válidas, deben ser conformes a la Constitución tanto formal como materialmente.

Si bien se teme –con justa razón– una eventual arbitrariedad de la medida, el juez se encuentra limitado y sujeto a lo que señalen la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y sobre la base de ello deberá resolver. Como ha señalado Prieto Sanchís, “que los jueces recurran a elementos normativos no literalmente recogidos en la ley no sólo resulta inevitable, sino también plausible, pero siempre que esos estándares de conducta, principios y valores puedan ser razonablemente inferidos de la ley o de la Constitución; mejor aún si se hallan explícitamente recogidos en alguna norma positiva”⁶⁹.

Así, el juez debe pronunciarse incluso si no hay ley que haya desarrollado la Constitución en algún aspecto concreto, siempre y cuando ello se desprenda con claridad de la Constitución, a efectos de no lesionar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, que podría alegar el grupo El Comercio se verían lesionados por la intervención estatal. En este caso, los órganos jurisdiccionales que conozcan del proceso de amparo⁷⁰ tendrán que tener mucho cuidado al resolver el caso, para no afectar tampoco el derecho fundamental a la propiedad ni las libertades económicas de los involucrados, ni mucho menos a la libertad de prensa.

Dicho ello, es evidente que debemos recurrir al *test* de proporcionalidad, a efectos de analizar si se justifica una medida jurisdiccional para privar de efectos a los contratos que permiten la concentración de medios, como piden los periodistas demandantes. El análisis a realizar es una guía metodológica para determinar si un acto resulta conforme con la Constitución y los derechos fundamentales, verificando si la medida resulta objetiva y razonable en relación con la finalidad y los efectos que genera, así como si guarda una relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

A saber, el *test* de proporcionalidad consta de tres sub-niveles o juicios⁷¹: (i) Adecuación o idoneidad, en el que evaluamos si la medida limitadora es adecuada para alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el o los derechos fundamentales; (ii) necesidad, en el que se busca que no exista una medida me-

⁶⁸ Numeral 8 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho”. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 247-248.

⁷⁰ El juzgado constitucional en primera instancia, la Sala Civil en segunda instancia y, agotando la jurisdicción interna, el Tribunal Constitucional del Perú. Eventualmente, y luego de seguir los trámites correspondientes, el caso podría llegar a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00048-2004-AI, de fecha 1 de abril de 2005. Fundamento Jurídico 65: A saber del Tribunal Constitucional del Perú, mediante el análisis de **adecuación o idoneidad**, se analiza si “la injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este sub-principio supone dos cosas: Primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada”. Para superar el análisis de **necesidad**, “no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”. Finalmente, con la **proporcionalidad en sentido estricto**, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”. En caso la medida no supere alguno de dichos niveles, el *test* de proporcionalidad concluye ahí, determinándose su inconstitucionalidad.

nos restrictiva o gravosa para la realización de la medida; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto, en el que buscamos que la intervención sea un balance adecuado, pues la menor afectación de un derecho está en relación inversamente proporcional al mayor logro del otro bien o derecho perseguido⁷². En el caso concreto, la medida limitadora a analizar es el control jurisdiccional de los contratos que permiten la concentración de medios. ¿Se justifica o no este control por parte de la justicia constitucional?

- a. Adecuación o idoneidad: En primer lugar, debemos señalar que existen diversos derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos que se ven satisfechos con una intervención jurisdiccional: (i) Libertad de prensa; (ii) pluralidad informativa; (iii) libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

En efecto, el modelo económico constitucional ha establecido una norma de orden público que irradia su fuerza normativa frente al ejercicio de la iniciativa privada. El grupo El Comercio es libre para ejercer sus derechos fundamentales de contenido económico, pero ello dentro del marco de la Constitución y nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú: “[...] La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho”⁷³.

Con ello, tenemos un fin legítimo, lo que permite analizar ahora la adecuación o idoneidad de la medida: ¿Es idónea una intervención jurisdiccional? Definitivamente sí, pues, ante el vacío de la norma legal específica, el control de un juez se presenta como una alternativa que

puede conseguir el fin propuesto, que es asegurar los derechos fundamentales de los periodistas demandantes y tutelar, asimismo, los bienes constitucionalmente protegidos que se encuentran en juego.

Debemos recordar que el artículo 61 de nuestra Carta Magna expresa no solo una preocupación del legislador constituyente, sino también una obligación constitucional concreta para el Estado, de garantizar la libertad de expresión y de comunicación. Por tanto, como ha recordado el Tribunal Constitucional del Perú, le corresponde al Estado promover “[...] un verdadero pluralismo informativo, sobre todo si la propia Norma Fundamental, en el artículo 61 *in fine*, expresa que los medios de comunicación social, especialmente la radio y televisión, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”⁷⁴. A nuestro parecer, ello incluye, desde luego, a los órganos jurisdiccionales. Por tanto, la medida es idónea y supera este nivel de análisis.

- b. Necesidad: ¿Existe una medida menos lesiva para defender los derechos afectados? Algunas alternativas supondrían una afectación extremadamente intensa a quienes suscribieron o forman parte de los contratos que permiten la concentración de medios, como podría serlo una intervención legislativa o política sobre los mismos para hacer cumplir el artículo 61 *in fine* de la Constitución⁷⁵. Así las cosas, el control jurisdiccional se presenta como la medida menos lesiva para hacerle frente a la concentración de medios escritos.

En este caso, será un órgano jurisdiccional, en absoluto respeto a la tutela jurisdiccional efectiva y con las garantías

⁷² LANDAARROYO, César. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. p. 26.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00008-2003-AI, de fecha 11 de noviembre de 2003. Fundamento Jurídico 16.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00013-2007-PI, de fecha 13 de julio de 2007. Fundamento Jurídico 18.

⁷⁵ Otras en cambio, como podrían ser “no hacer nada” y dejar como parte de la “autonomía de la voluntad” a estos contratos no son aceptables, por cuanto ya se ha justificado que una medida de este tipo es legítima e idónea.

del debido proceso, quien se pronuncie respecto a la privación de efectos de los contratos de la concentración de medios.

- c. Proporcionalidad en sentido estricto: Finalmente, ¿la medida supera el análisis de proporcionalidad *strictu sensu*? Consideramos que si bien el nivel de afectación sería intermedio, pues los contratos civiles que permitieron la concentración de medios serían privados de efectos, el nivel de satisfacción sería alto, pues con ello se aseguraría la pluralidad informativa, básica y necesaria para el sostenimiento de toda sociedad que se considere democrática.

Quienes defienden la concentración de medios, señalan que ello simplemente ha sido consecuencia de un exitoso desarrollo empresarial por parte del grupo El Comercio, quien ha logrado posicionar su “producto” de modo adecuado en el mercado. En una dudosa forma de argumentar, y valiéndose del análisis económico del Derecho, equiparan la pluralidad informativa con cualquier producto del mercado.

“Para semejante razonamiento, no hay diferencia entre un órgano de prensa y ‘productos’ como las cacerolas o los jugos de fruta. La realidad es que cuando una cacerola derrota a sus competidores y se queda dueña del mercado, lo peor que puede pasar es que el precio de las cacerolas suba o que ‘el producto’ empiece a deteriorarse, porque el monopolio suele producir ineficiencia y corrupción.

En cambio, cuando un órgano de prensa anula a los competidores y se convierte en amo y señor de la información, esta pasa a ser un monólogo tan cacofónico como el de una prensa estatizada y con ella no sólo la libertad de información y de crítica se deterioran, también la libertad a secas se halla en peligro de eclipsarse”⁷⁶.

Así las cosas, las operaciones de la concentración de medios no resultan constitucionalmente aceptables, por lo que el juez constitucional debería privar de efectos jurídicos a los contratos que han permitido la vigente situación de afectación a los derechos fundamentales de los periodistas y, en definitiva, de la ciudadanía a la pluralidad informativa, así como la vulneración de los bienes constitucionalmente protegidos en juego.

Este es un claro ejemplo de cómo es posible que un acto *inter privados*, realizado en nombre del derecho fundamental a la libertad contractual –y otros derechos como la propiedad y la libertad de empresa–, puede lesionar otros derechos constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos. Finalmente, lo importante es que, advirtiendo su manifiesta inconstitucionalidad, los órganos jurisdiccionales dispongan que éstos no surtan efectos. Dicha medida, por cierto, gozaría de constitucionalidad, pues una intervención jurisdiccional en este caso es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

VI. CONCLUSIONES

La constitucionalización del Derecho Civil es un proceso que aún no termina, pero al cual debemos coadyuvar todas las personas e incluso el Estado, a efectos de hacer efectivas las cláusulas de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

Entre las cláusulas de nuestro texto constitucional, destacan aquellas que tutelan el derecho fundamental a la libertad contractual, el cual goza de una especial protección, no sólo por los beneficios en los que redundan los contratos para los particulares y para la sociedad, sino incluso por la aplicación en el tiempo de las normas jurídicas en lo referente a los contratos.

Los órganos jurisdiccionales en el Perú han ido conociendo casos muy trascendentales en lo que respecta a la contratación. Uno, aquí detallado, cobra especial importancia por los bienes constitucionales que se encuentran en discusión.

⁷⁶ VARGAS LLOSA, Mario. “¿Un castillo de naipes?”. Diario La República. Domingo 12 de enero de 2014. Visto en: <http://www.larepublica.pe/columnistas/piedra-de-toque/un-castillo-de-naipes-12-01-2014>.