

# MESA REDONDA: ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL O CIVILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?

## ROUND TABLE: CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW OR CIVILIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW?

**César Rodrigo Landa Arroyo**\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

**Francesca Benatti**\*\*

Università degli Studi di Milano

**Leysser León Hilario**\*\*\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

**Marcial Antonio Rubio Correa**\*\*\*\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

*In this round table, six questions are addressed regarding the novel discussion on the possible constitutionalization of Civil Law or, on the contrary, the civilization of Constitutional Law. From different doctrinal perspectives, experts in both topics analyze the existence and characteristics of this latent legal phenomenon.*

*It is emphasized, on the one hand, that the modernization of the Rule of Law has strengthened the protection of human rights, irradiating constitutional values to civil legislation. But also, it is the constitutional courts that play a crucial role in ensuring civil rights through principles of reasonableness and proportionality.*

*On the other hand, it is argued that civil law must be interpreted in the light of the Constitution, as the fundamental law that expresses the values of the legal system. However, it is noted that constitutional interpretation is not always*

*En la presente mesa redonda se abordan seis preguntas en torno a la ya conocida, pero inacabable discusión sobre la posible constitucionalización del derecho civil o, al contrario, la civilización del derecho constitucional. Desde diferentes perspectivas doctrinarias, expertos en ambas materias discuten respecto a la existencia y características de este latente fenómeno legal.*

*Se enfatiza, por un lado, que la modernización del Estado de Derecho ha fortalecido la protección de derechos humanos, irradiando valores constitucionales a la legislación civil. Pero también que son los tribunales constitucionales los que juegan un papel crucial en asegurar derechos civiles mediante principios de razonabilidad y proporcionalidad.*

*Mientras que, por otro lado, se defiende que el derecho civil debe interpretarse a la luz de la Constitución, como ley fundamental que expresa los valores del ordenamiento jurídico. Sin embargo,*

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Post-doctorado por la Universidad de Bayreuth y por el Instituto Max-Planck (Alemania). Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Profesor principal de Derecho Constitucional de la PUCP. El último año ha sido profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (España). Contacto: clanda@pucp.edu.pe

\*\* Abogada. Doctora en Derecho Comparado por la Università degli Studi di Milano. Profesora de Derecho comparado en la Università Cattolica del Sacro Cuore. Profesora visitante en diversas universidades internacionales. Miembro de varios comités editoriales de revistas y proyectos internacionales. Autora de varios libros y ensayos sobre responsabilidad civil, contrato y derecho comparado. Contacto: francesca.benatti@unicatt.it

\*\*\* Abogado. Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Profesor Principal de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Corresponsal por el Perú del Instituto UNIDROIT (Roma). Consultor del estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: leon@pucp.edu.pe

\*\*\*\* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Constitucional en la misma casa de estudios. Ex Ministro de Educación del Perú. Contacto: mrubio@pucp.edu.pe

*automatic or objective, and may vary according to the method used, which introduces a degree of subjectivity and risk of ideologically motivated decisions.*

*From this valuable confrontation of ideas, the reader can reach his own conclusions, since the debate is broad, rich and undefined.*

**KEYWORDS:** *Constitutionalization; civilization; Constitutional Law; Civil Law; legal phenomenon.*

*se advierte que la interpretación constitucional no siempre es automática ni objetiva, y puede variar según el método utilizado, lo que introduce un grado de subjetividad y riesgo de decisiones ideológicamente motivadas.*

*De esta valiosa confrontación de ideas el lector puede llegar a sus propias conclusiones, pues el debate es amplio y rico en perspectivas.*

**PALABRAS CLAVE:** *Constitucionalización; civilización; derecho constitucional; derecho civil; fenómeno legal.*

## 1. ¿En qué se basa la teoría de que en tiempos modernos existiría una constitucionalización del derecho civil?

**CÉSAR LANDA ARROYO:** En la formación del Estado de Derecho hace más de 200 años, surgió un nuevo modelo de Estado a partir de la protección de derechos humanos de libertad, seguridad, igualdad, propiedad, religión, entre otros. Tanto en Estados Unidos como en Francia se aprobaron por vez primera constituciones bajo esos fundamentos que desde entonces protegen los derechos de las personas; los mismos que adquieren una naturaleza de valores propios de un Estado democrático constitucional y no solamente derechos individuales protegidos por la legislación civil.

Por ello, podemos decir que en la actualidad se ha recuperado precisamente el valor que la Constitución tiene para irradiar con base en los principios constitucionales su fuerza normativa a los derechos que se han recogido en el Código Civil, en relación con las personas, la familia, las obligaciones, los contratos, la propiedad, la herencia, entre otros. Este es un proceso que acontece precisamente en las últimas décadas en el mundo contemporáneo, a partir de que se ha reforzado la protección de las personas que no encontraban suficiente tutela de sus derechos en la justicia ordinaria en el modelo del Estado de derecho liberal.

Y con el Estado de derecho constitucional, los tribunales constitucionales en el mundo no solamente han suplido ese déficit, sino también han reforzado con base en categorías de derechos públicos, como la dignidad, la igualdad, la no discriminación, o con el uso de principios de razonabilidad y proporcionalidad, la protección de los derechos civiles.

**FRANCESCA BENATTI:** La teoría se basa en el supuesto de que el derecho civil debe interpretarse a la luz de la Constitución, que no solo es la ley más importante, sino que sobre todo expresa los valores fundamentales del sistema. En Italia, la tesis fue desarrollada por Pietro Perlingieri y su escuela. Cabe señalar la manera en la que la constitucionalización del Derecho privado se ha visto impulsada por numerosos factores jurídicos y no jurídicos. Las Cartas Constitucionales europeas introducidas tras la Segunda Guerra Mundial se inspiraron en el principio de protección de la persona, su dignidad y sus derechos, que se impregnó en todo el ordenamiento jurídico. Especialmente en una democracia pluralista, el paradigma basado en el liberalismo clásico consagrado en los códigos ya no parecía adecuado, como Luigi Mengoni demuestra con una profundidad inigualable.

Sin embargo, lo que creo que se ha subestimado es cómo la interpretación de las constituciones no conduce a resultados automáticos, porque dependen del método elegido. Es diferente leer la constitución de forma histórica, pragmática o teleológica. Los civilistas y otros suelen pensar que la interpretación constitucional debe conducir necesariamente a soluciones adecuadas. El riesgo es equiparar una interpretación correcta con la que alcanza los objetivos deseados a la luz de una visión ideológica o política. Parece cuestionable suponer que el juez es el mejor intérprete del espíritu de los tiempos (el contexto) o tiene legitimidad para imponer cambios según valores que no siempre son claros u objetivos.

**LEYSSER LEÓN HILARIO:** El discurso europeo en torno a la constitucionalización del derecho civil, que introduje en nuestros estudios hace más de dos décadas en un ensayo titulado 'La reforma del Código Civil vista en serio' (2003), postula, muy sintéticamente, que las normas del Código Civil, al igual que la integridad de la legislación, deben ser leídas 'en conjunto' con los preceptos de la Constitución Política. Es a estos últimos –según dicho discurso– a los que les corresponde prevalecer.

La prevalencia señalada tiene implicancias muy importantes, especialmente, en el campo de la administración de justicia. Dado que el orden constitucional es el preeminente, la lectura de las normas del Código Civil, en el ámbito jurisdiccional, puede tener efectos modificatorios o derogatorios, inclusive, si se las interpreta con la lente de la Carta Política.

Para llegar a este escenario, sin embargo, al que se han sumado, en los últimos tiempos, los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, son necesarias tres premisas que no se aprecian en la experiencia peruana, a saber: (i) la preexistencia, cronológica, de los códigos civiles a la Constitución –en el Perú es al revés, la Constitución siempre ha precedido al Código Civil–, de manera que se pueda hablar de un 'nuevo' orden constitucional que guía la interpretación del Código; (ii) la formación de los magistrados que los hace conscientes del papel exclusivo de la legislación y la costumbre como fuentes del derecho, y los desalienta de asumir actitudes de 'creacionismo' o 'activismo' judicial; y (iii) lo que es más importante, el valor colectivamente reconocido (no solo en el fuero de los juristas, ni mucho menos en el de los constitucionalistas) de la primacía de la Constitución. Una valoración, esta última, que depende de múltiples factores, especialmente, de la historia de la gestación de la Carta Política, y del sentimiento colectivo de respeto de sus mandatos.

César Rodrigo Landa Arroyo, Francesca Benatti, Leysser León Hilario y Marcial Antonio Rubio Correa

Lo mismo cabe decir de una expresión que ha devenido tan común, cuando merecedora de dudas científicas: la del ‘Estado constitucional’ que predominaría en nuestro derecho, y teñiría todas sus disciplinas.

¿De verdad vamos a decir que en el Perú existe un ‘Estado constitucional’? ¿En un país donde claramente no hay rastros de –y, posiblemente, nunca ha existido– una cultura constitucional, como lo demuestran los pedidos continuos de modificación o derogación de la Constitución, con varios orígenes (no solo de las poblaciones vulnerables, ni a la espera de reivindicaciones sociales y económicas siempre postergadas), y la falta de conciencia, en general, sobre la ‘efectividad’ de los derechos fundamentales? ¿En un país donde el Congreso modifica y amolda la Carta Política como le place, donde se reimplementa la bicameralidad que la mayoría de la población, en referéndum, declaró no querer, o donde se negocian y decretan prescripciones de delitos de lesa humanidad?

Creo que es claro cuán alejados nos encontramos, en el Perú, de la realidad de la que se habla, con propiedad, de una constitucionalización del derecho civil. Esto puede tener sentido en Alemania (donde el Código Civil, el BGB, es de 1896, y la Ley Fundamental, el Grundgesetz, es de 1949) o en Italia (donde el Codice Civile es de 1942, y la Costituzione della Repubblica Italiana es de 1948), pero, definitivamente, no en nuestra experiencia. En Alemania e Italia se habla por igual, por ejemplo, de la obligada interpretación de las normas del Código Civil en clave de ‘dignidad’, ‘libre desarrollo de la personalidad’, ‘igualdad’ o, en Italia especialmente, de ‘solidaridad’ y ‘función social’ de las instituciones (como la propiedad); es decir, en clave de valores que las constituciones reconocen explícitamente. En el Perú, en cambio, todavía hacemos esfuerzos para desentrañar el correcto significado (en realidad, inequívoco, si se consultan las fuentes históricas y comparativas) de la ‘economía social de mercado’.

La constitucionalización del derecho civil en Alemania o Italia se aprecia, singularmente, en la reinterpretación de las normas de los Códigos, es decir, sobre la propiedad, los contratos, la familia, la responsabilidad civil. En Italia, donde puede hablarse de un movimiento cultural o ‘escuela’, propiamente dicho, de derecho civil ‘según la legalidad constitucional’, liderado por Pietro Perlingieri, la responsabilidad civil actual no sería la misma, así de simple, si se prescindiera de la reinterpretación ‘constitucional’ de las normas clásicas del Código Civil de 1942, por ejemplo, en materia de ‘daño no patrimonial’ (*danno non patrimoniale*). Hoy, en Italia, la evolución de la jurisprudencia ha

dado a esta figura el significado de toda lesión de los derechos ‘inviolables’ reconocidos por la Carta Política, ampliándose así la tesis que la limitaba a los daños morales.

**MARCIAL RUBIO CORREA:** No sostengo esta teoría porque no creo que tal cosa esté sucediendo. Las respuestas siguientes darán mis razones.

2. **¿Acaso puede decirse que el Derecho Constitucional fue el primero que se preocupó por tratar acerca de los derechos de las personas? ¿No será que el Derecho Constitucional contemporáneo está poniendo énfasis en temas cuya antigüedad y primer abordaje corresponden al derecho civil?**

**CÉSAR LANDA ARROYO:** La persona humana es un sujeto de derecho que vive en sociedad y desde el mundo antiguo como dijo Aristóteles, “donde hay hombres, hay sociedad y donde hay sociedad hay derecho” –*ubi homini ibi societas, ubi societas ibi ius*–. La persona al ser un ser social que vive en comunidad, que antes se llamaba civitas o ahora Estado, es que hay normas que regulan las relaciones interpersonales propias del derecho común/derecho civil; pero, también, hay normas de convivencia para un orden social colectivo que el Estado como único garante del interés general se encarga de asegurar a través de la Constitución. Por eso, no es excluyente que los derechos de la persona se encuentren protegidos en la esfera privada del derecho civil y en la esfera pública del derecho constitucional.

Pero no son esferas autónomas y menos aún desvinculadas entre sí; sino que la Constitución como norma suprema procura la protección de los derechos de la persona, por ejemplo, frente a las deficiencias y debilidades del propio Código Civil o de su interpretación judicial en la protección de los derechos de las personas. Esto con base en que hay un proceso dinámico entre la sociedad que se transforma rápidamente y el Estado como garante del interés público, el cual debe garantizar los derechos civiles para todos, con igualdad de condiciones que refuerzan la protección de los derechos de la persona, de las familias, los derechos de propiedad, contractual, entre otros.

Esto solo ha sido posible a raíz del desarrollo del Derecho Constitucional que se hace judicial cuando los tribunales constitucionales reciben demandas de ciudadanos que no obtienen adecuada protección de sus derechos civiles mediante los procesos judiciales ordinarios y, en consecuencia, acuden a los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* o inconstitucionalidad para que se

protejan los derechos que no son atendidos adecuadamente tanto por la legislación civil como por el Poder Judicial.

**FRANCESCA BENATTI:** En primer lugar, es cierto que los códigos civiles se consideraban las constituciones de la sociedad del siglo XIX y consagraban los derechos fundamentales de la época, como la autonomía privada o la propiedad. Sin embargo, las constituciones actuales no solo reconocen los derechos de primera generación, sino también aquellos sociales. Hoy se llega a extremos con la inclusión de cualquier reivindicación o deseo en la constitución, como, por ejemplo, el derecho al deporte en la Constitución italiana.

Creo, sin embargo, que el papel del derecho civil es fundamental y que, en realidad, se subestima su eficacia en la protección de derechos esenciales, como la propiedad o la autonomía privada, que permiten el pleno desarrollo de la persona humana y de su libertad. Me detengo en la propiedad porque la tarea del Estado es posibilitar las condiciones económicas que garanticen su acceso a la mayoría de los estratos sociales de la población, pero sería un error no reconocer plenamente este derecho, ya que proporciona a las personas la seguridad que necesitan para vivir y realizarse.

**LEYSER LEÓN HILARIO:** No creo que sea correcto, ni necesario, enfatizar una pugna entre el derecho constitucional y el derecho civil sobre un tema tan importante como lo es la tutela de la persona. La verdad, empero, es que la enorme y decisiva contribución del derecho civil al desarrollo de esa tutela, mediante las teorías del derecho general de la personalidad (Alemania) o de los derechos de la personalidad (Italia), ha corrido el riesgo, en los últimos tiempos, de ser opacada (si no es que ha ocurrido ya) por visiones exclusivas y aisladamente ‘constitucionalizadas’ (o controles de convencionalidad), a manos, justamente, del activismo judicial.

Recuérdese, para evitar dudas, el rumbo seguido por el derecho laboral o los derechos de los consumidores –ambas, materias que se han pretendido emancipar del derecho civil, sin lograrlo, y, lo que es peor, sin necesariamente mejorar o hacer más efectivos los remedios civilistas– o por el derecho de familia. ¿Han avanzado dichas áreas a fuerza de lecturas constitucionalizadas? Creo que no. ¿Por qué? Porque la constitucionalización se ha entendido, por nuestros jueces, pero también por muchos intérpretes, como una licencia solo para derogar o prescindir de las normas del Código Civil: como una licencia, ahora con los oropeles de la argumentación jurídica, para la ‘fuga’ de los mandatos del ordenamiento jurídico.

Se salta, en otras palabras, un momento clave del análisis y del razonamiento, como lo es el de la reflexión sobre el sentido de normativa civilista y su capacidad, en muchos casos, para seguir gobernando con justicia las relaciones entre los particulares.

En relación, puntualmente, con la experiencia peruana, a lo señalado se suma el hecho, sin cuestionamiento posible, de que la teoría de los derechos de la personalidad del Código Civil, al margen de los defectos técnicos en que incurrió, sentó las bases del profuso articulado de la Constitución vigente sobre los derechos (fundamentales) de la persona. No se trató –como adelanté– de una ‘constitucionalización del derecho civil’, sino de una ‘civilización del derecho constitucional’.

**MARCIAL RUBIO CORREA:** Los derechos de las personas tienen beneficios para ellas en diferentes aspectos de la vida. Por ejemplo, la libertad incide en todo lo que hacemos en nuestra vida privada, pero, a la vez, es requisito indispensable para la vida democrática contemporánea. Por eso está ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789, en el contexto de un tratamiento predominantemente político y ajeno al Código Civil francés, que aparece quince años después.

Igual sucede con la libertad en los albores de los Estados Unidos de Norteamérica: ella es reclamada como derecho natural en la Declaración de la Independencia norteamericana, que es un texto esencialmente político. Lo propio pasa con varios otros derechos que son tratados en los códigos civiles de la tradición jurídica romano germánica. En nuestra historia constitucional, existen los siguientes derechos, reconocidos por primera vez en las constituciones que se cita, que también son reconocidos como derechos civiles:

- La libertad civil (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 1).
- La expresión de libertad que recoge hoy nuestra Constitución (“ningun peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”). (Constitución de 1828, artículo 150) [La prosodia es la de época].
- La trata de personas que afecta la libertad (Constitución de 1823, artículo 11).
- La inviolabilidad del domicilio, vinculada con la libertad y la propiedad (Constitución de 1823, artículos 118 y 193, inciso 2).
- La propiedad (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 3).

- El secreto de las cartas que, en aquella época era equivalente a la inviolabilidad de las comunicaciones (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 4).
- Los derechos al honor y la buena reputación (Constitución de 1823, inciso 6).
- La libertad de opinión y de información, que en aquella época era equivalente a la de libertad de imprenta (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 7).
- La libre iniciativa, la libertad de industria y comercio y, naturalmente, la de contratación que les es inherente, aunque no está expresamente mencionada (Constitución de 1823, inciso 8).
- La igualdad ante la ley (Constitución de 1823, inciso 9).
- La libertad de pensamiento y de su comunicación sin censura previa (Constitución de 1826, artículo 143).
- Libertad de locomoción (Constitución de 1826, artículo 144).
- Libertad de Trabajo (Constitución de 1826, artículo 148).
- La buena reputación (Constitución de 1828, artículo 164).
- La libre asociación pacífica (Constitución de 1856, artículo 28).
- El derecho al honor y a la vida (Constitución de 1860, artículo 16).
- El derecho a la vida (Constitución de 1860, artículo 16).
- La libertad de creencias (Constitución de 1920, artículo 23).
- La libertad de reunión (Constitución de 1920, artículo 33).
- La libertad de contratar (Constitución de 1920, artículo 37).

Como se puede ver, el constitucionalismo peruano se ha ocupado de estos derechos, que pueden ser calificados como civiles, desde hace más de cien años y, de varios, desde hace más de doscientos. Si

bien ciertos derechos como la libertad (no de todos hasta el siglo XIX cuando menos), o la propiedad, pueden ser trazados hasta el Derecho Romano, su reclamo moderno es político antes que civil. No hay que olvidar que, durante mucho tiempo, para votar no solo había que ser libre. También se debía tener un patrimonio: la propiedad sirvió muy claramente para fines políticos hasta bien entrado el siglo XIX. Por eso se ocupa de ella el constitucionalismo. No hay que olvidar que Benjamín Constant dijo en un clásico libro publicado en 1806: “Solo quien posee la renta necesaria para vivir con independencia de toda voluntad extraña puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior sería ilusoria; una más elevada sería injusta” (1970, p. 60)<sup>1</sup>.

### 3. ¿Hablamos de constitucionalización del derecho civil o, en realidad, de una complementariedad de una rama del derecho con la otra? ¿Civilización del derecho constitucional, tal vez?

**CÉSAR LANDA ARROYO:** La persona humana tiene un estatus multidimensional con base, por un lado, en razón de la persona –la *ratione personae*– como el *nasciturus*, niño/a, adolescente, hombre, mujer, casado, divorciado o hasta en la muerte, y, por otro lado, tiene un estatus *ratione materiae*, en sus diferentes facetas de la vida a través de los actos jurídicos, contractuales, obligaciones, patrimoniales, fundador o miembro de asociaciones con o sin fines de lucro, etc. Todas las facetas de la vida humana, obviamente están reguladas por el derecho, no solamente el privado.

Porque la Constitución es un orden jurídico total, en el cual no existe nada válido jurídicamente fuera de él. En ese sentido la Constitución no solo es una *lex legis*, sino que también es *norma normarum*, la norma fuente del Derecho. Desde el punto de vista material las disposiciones del Código Civil no pueden por eso estar en contra de los principios, valores y derechos que consagra la Constitución. No obstante, el rol de la justicia constitucional es no suplir innecesariamente la labor del orden civil, que tiene una materia, una dogmática, una técnica y unas reglas propias de solución de controversias, siempre que no afecten a la Constitución por acción u omisión.

Por eso, cuando el orden civil en su aplicación interpreta las normas de los libros del Código Civil colisionando con la Constitución, es decir, con los derechos fundamentales, la justicia constitucional puede asumir competencia para revisar extraordi-

<sup>1</sup> Véase a Constant (1970).



nariamente, a través de los procesos constitucionales, las deficiencias, los déficits, los vacíos y las contradicciones del derecho privado con el orden supremo constitucional, a la cual además contemporáneamente se ha incorporado un orden convencional internacional de los derechos humanos que también incide en el derecho civil.

De ahí, que en algunos casos habrá complementariedad y en otros, subsidiariedad, porque reemplazará la falta de protección de los derechos civiles en diferentes ámbitos que no se haya logrado realizar por el legislador o también por el propio juez.

**FRANCESCA BENATTI:** Se trata de un perfil interesante que no siempre se entiende o estima. En nuestra época, el derecho constitucional tiene que relacionarse con el derecho civil. Por ejemplo, en Italia, los estudios sobre la privacidad eran realizados principalmente por investigadores del derecho civil, mientras que hoy en día el tema también es abordado por constitucionalistas e internacionalistas. Está claro que cuanto más penetrante se vuelve un área del derecho, más tiene que relacionarse con modelos, institutos, mentalidades y categorías desarrollados en otras áreas. Esto implica una atención especial.

No obstante, hay que señalar que la distinción entre derecho privado y derecho público es mucho menos nítida que en el pasado. Hay ámbitos enteros que escapan a una calificación precisa. El derecho medioambiental es emblemático porque afecta al derecho público, al derecho privado, al derecho mercantil y al derecho internacional. También lo es el tema de las nuevas tecnologías. Además, hoy en día no solo es conveniente la interdisciplinariedad dentro del Derecho, sino también el diálogo con otras ciencias.

**LEYSSER LEÓN HILARIO:** Lo ideal, efectivamente, sería destinar los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia, que, sin ser fuentes del derecho, contribuyen a generar tendencias en el derecho, a una convivencia de las normas del Código Civil con las de la Constitución. Es más, añadiría yo, una futura reforma del Código Civil debería eliminar todo el dictado repetitivo que existe actualmente, con el texto de la Carta Política (vigencia y aplicación de las normas en el tiempo, abuso del derecho, analogía y lagunas del derecho, *iura novit curia*, etc.). El Título Preliminar simboliza, mejor que ninguna otra sección del Código Civil, la perspectiva errónea de que el Código Civil continúa a cargo de materias que corresponden a la Constitución. Y, como si no bastara, genera también el espejismo de poseer un valor superior al del resto del articulado del Código: como si dicho Título contuviera, más que normas, ‘principios’.

**MARCIAL RUBIO CORREA:** La historia del derecho constitucional y del derecho civil es compleja en muchos de los temas en que convergen. La primera constitución moderna es la de los Estados Unidos de Norteamérica, aprobada en 1787 y puesta en vigencia dos años después. La primera constitución europea moderna en la francesa de 1789. El primer código civil propiamente moderno es el francés de 1804.

En nuestra historia, la primera Constitución republicana es la de 1823 y el primer Código Civil, el de 1852. Tanto en la historia americana, como en la europea, las constituciones preceden por varios años a los códigos civiles. Es razonable que ellas hayan recogido, primero, los derechos más importantes, es decir, aquellos por los que los Estados Unidos dejaron de ser colonia, y Francia dejó de ser una monarquía absolutista, con desigualdades humanas expresamente establecidas en el Derecho.

En nuestro caso, la primera Constitución republicana de 1823 se hizo ya con conocimiento de las constituciones y el Código Civil francés que la precedieron. De ahí que podamos encontrar ya una significativa cantidad de derechos declarados en ella. Originalmente, las constituciones fueron documentos políticos y los códigos civiles fueron de derecho privado. Pero, pronto, el rango supremo de las constituciones, hizo recomendable que los principales derechos, aunque no tuvieran contenido político, figuraran en ella. Nuestro constitucionalismo incipiente se benefició de dicha idea, aprovechando la historia que le fue previa.

Creo que la relación entre el derecho constitucional y el derecho civil no ha sido lineal, sino dialéctica, pues se han influenciado mutuamente desde hace dos siglos. A todo ello hay que añadir el inmenso proceso de establecimiento de los derechos humanos a través de las Naciones Unidas, desde 1945 en adelante. La multitud de declaraciones internacionales sobre ellos ha sido determinante de una vinculación progresiva entre los derechos declarados en la Constitución y los que contiene el Código Civil.

4. **¿Por qué hablar de constitucionalización de esta área del Derecho, cuando en realidad todas las áreas del Derecho deben enmarcarse en el ámbito constitucional? ¿No ocurre acaso lo mismo con el derecho laboral, el derecho tributario, el derecho penal y todas las demás áreas del Derecho?**

**CÉSAR LANDA ARROYO:** Se habla de la constitucionalización no solamente del derecho civil, sino que, en la medida que la Constitución como decíamos no solamente es ley de leyes, sino la norma

César Rodrigo Landa Arroyo, Francesca Benatti, Leysser León Hilario y Marcial Antonio Rubio Correa

fuerza del derecho, tiene un valor objetivo que irradia a todo el ordenamiento jurídico; esto es, a los derechos fundamentales, civiles, penales, políticos, sociales, económicos, tributarios, procesales, laborales, etc.; que son límites al poder no solamente público, sino también privado. De modo tal que este concepto de Constitución como valor objetivo, a través de los derechos fundamentales, irradia a todas las fuentes del derecho.

En particular, incide en el derecho laboral porque hay una relación asimétrica y si bien la libertad contractual laboral está protegida; los contratos de trabajo tienen una naturaleza especial donde no se aplica el principio de igualdad formal ante la ley, sino también un principio de equidad. Por algo la Constitución reconoce el sueldo mínimo o, los días no trabajados son pagados—como el descanso dominical, las vacaciones o por enfermedad—.

Pero la Constitución incide en el ámbito penal porque protege la libertad que tiene un valor y una posición preferente, obviamente sobre temas patrimoniales que regula el derecho tributario, para que no haya prisión por deudas, por ejemplo. Pero este proceso de constitucionalización del Derecho es una palanca para desarrollar y actualizar las distintas fuentes de derecho. Por ejemplo, en Argentina se aprobó un nuevo Código Civil y Comercial el 2016 con un enfoque constitucional de los derechos, protegiendo al consumidor o del medio ambiente, entre otros. Y también con factores de igualdad en el matrimonio o en la herencia para los hijos, dentro y fuera del matrimonio.

**FRANCESCA BENATTI:** Esto es cierto. Se trata de una tendencia común a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Tal vez tenga que ver con el hecho de que el derecho civil ha reflexionado en gran medida sobre su relación con el derecho constitucional o con el mayor impacto que este ha tenido en el derecho civil tanto en términos de método como de contenido. La razón estriba en que este último regula la vida cotidiana, el trabajo, los negocios, el comercio, y esto impone que la relación entre ambas ramas del derecho responda a las funciones y cometidos de una en relación con la otra, y esta dialéctica debe ser racional y respetuosa con los ámbitos individuales.

**LEYSER LEÓN HILARIO:** Sin duda. En un país donde la Constitución precede al Código Civil, la lectura de toda la normativa jerárquicamente inferior (si se mantiene la visión de la *Stufenbau* kelseniana), sin importar su área de especialización, se tiene que alinear a los dictados de la Carta Política. Solo que predicar una ‘constitucionalización’ del derecho, donde las premisas históricas no están presentes, es un contrasentido.

Hay, además, una precisión que efectuar. En el pasado, las constituciones estaban limitadas al gobierno de las relaciones entre los particulares y el Estado. El derecho privado (que abarca al derecho civil, mercantil, laboral, derecho del consumo, derecho concursal, etc.) se encargaba, con exclusividad, de los vínculos interpersonales.

Como la Constitución comenzó a ser vista, en el siglo XX, como el lugar idóneo donde reforzar la tutela de los derechos de la personalidad y las libertades civiles, elevándolos al nivel de derechos fundamentales o (constitucionalmente) inviolables, tal vez lo justo sea decir que la ‘constitucionalización’ está limitada (muy limitada) en el Perú a la lectura de toda la normativa nacional con un enfoque, justamente, de derechos fundamentales. Pero no más que eso.

**MARCIAL RUBIO CORREA:** La Constitución siempre fue la norma suprema en los Estados contemporáneos de los últimos doscientos cuarenta años, pero, como dijimos antes, durante sus primeras etapas fue vista principalmente como un instrumento de contenido político.

Cuando las revoluciones independentistas americanas (o antimonárquicas absolutas europeas) se asentaron, apareció poco a poco la dimensión jurídica suprema de la Constitución y se la empezó a llenar de nuevos contenidos. Este proceso se aceleró durante los últimos sesenta años del siglo XX y durante el siglo actual. El esfuerzo se dirige a dar el máximo rango jurídico posible a las normas que más interesan. Es así que se las coloca en la Constitución, no siendo relevante de qué rama del Derecho provengan.

##### 5. La interrelación entre el derecho civil y el derecho constitucional si bien productiva y fructífera en el campo de los derechos de la persona, ¿de qué manera ha tenido o tiene impacto en materia de contratación?

**CÉSAR LANDA ARROYO:** Como “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado” (1993), tal como señala el artículo 1 de la Constitución, se protege a la persona en un sentido general y concreto en otras áreas humanas como en la actividad económica, que está regida por la economía social de mercado, que vincula, por ejemplo, el quehacer de la propiedad y la libertad de contratación con el marco del Estado constitucional. De modo tal que dichos derechos y libertades se ejercen con límites propios del orden público constitucional.

Por eso, la libertad contractual no puede ir en contra del orden público constitucional como sería



un contrato que incorpore cláusulas exorbitantes, abusivas o estableciendo relaciones jurídicas asimétricas afectando la igualdad no solo ante la ley, en un sentido formal, sino también material entre dos contratantes, sea un contrato laboral, un contrato mercantil o de cualquier otra naturaleza. Por eso, la justicia constitucional ha ido delimitando los alcances de la libertad contractual. Por ejemplo, en materia mercantil para que no haya abuso de las mayorías accionarias de poder eliminar a las minorías —que es un principio democrático—: se delimita la obligación de respetar la pluralidad de acciones.

También se pueden observar en materia de cláusulas contractuales exorbitantes. Por ejemplo, en Pueblo Libre, una empresa de servicio de agua potable de un edificio cortó el agua a personas que pagaron sus facturas, debido a una cláusula contractual que permitía suspender el servicio si el 25% de los inquilinos no pagaba. El Tribunal Constitucional consideró esta cláusula exorbitante y ordenó reponer el servicio, estableciendo que los contratos deben ser homologables y sancionar únicamente a quienes incumplen sus obligaciones.

**FRANCESCA BENATTI:** Creo que el aporte del derecho constitucional ha sido ciertamente importante en el ámbito de los derechos de la persona, aunque me parece prioritario preguntarse si existe una visión común y compartida de lo que son derechos fundamentales o si, por el contrario, ha habido simplemente un reconocimiento de posiciones o pretensiones que, sin embargo, no pueden calificarse como derechos fundamentales. Sin embargo, estoy convencida, por ejemplo, de que en Italia la constitucionalización del derecho civil ha sido fundamental en la responsabilidad extracontractual, lo que ha permitido también indemnizar los daños a la persona. Pero también hay que señalar que los estudios de análisis económico del derecho, aunque desde una perspectiva diferente, han sido igualmente importantes en la racionalización del sistema de responsabilidad civil. Baste ver los estudios de Pietro Trimarchi.

En materia de contratos, los resultados son más inciertos. Los sistemas de *common law* disponen de un derecho contractual eficaz, eficiente y competitivo a escala internacional, aunque no hagan un uso expansivo de principios como la solidaridad, la buena fe, etc. Ciertamente, las cláusulas generales han propiciado una mayor equidad, pero también han aumentado la imprevisibilidad y la incertidumbre en las relaciones contractuales. Estos perfiles han sido destacados por Natalino Irti. No obstante, hay que señalar que una evaluación no puede prescindir del examen del contexto social y económico del sistema.

**LEYSSER LEÓN HILARIO:** Ninguna. Nuestro país está muy alejado de la práctica (correcta, además) de dos teorías germanas de enorme relevancia.

La primera, no es constitucional. Su raíz es civil. Se trata del ‘contrato con efectos de protección frente a terceros’. A nadie —se sostiene, sobre la base de esta figura— le está permitido contratar en perjuicio de otro. Se subestima la idea de la relatividad de los efectos obligativos y contractuales, y se considera que una relación de naturaleza privada puede perjudicar la esfera material o moral de los terceros, en cuyo caso la justicia queda depositada en la tutela resarcitoria: en la responsabilidad civil.

El contrato con efectos de protección frente a terceros ha tenido una aplicación anónima, tácita, silente, digámoslo así, en la casuística sobre accidentes, por ejemplo, en colegios o centros comerciales, donde ninguno de estos es ‘el’ propietario de juegos mecánicos u otras atracciones donde tiene lugar el evento dañoso. Cada vez que se demanda o se falla en contra del colegio o centro comercial, se está asumiendo que estos entes, al contratar con la empresa titular de los juegos, se coloca en una posición tal que garantiza para los usuarios (ajenos a la relación contractual pero alcanzados por los derechos de protección) su indemnidad, o sea, que no van a sufrir daños si los usan. En un país donde se tercerizan tantos servicios, como el Perú, incluso en el campo de la sanidad, esta teoría tiene, con toda seguridad, un vastísimo campo de aplicación.

La segunda es la teoría de la *Drittwirkung*, a la que también me referí en mis estudios de hace más de dos décadas, porque estaba de moda en la época de mi posgrado, en Italia. Ella postula que los derechos inviolables, según la Constitución, son tutelables no solo en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también en el de los vínculos entre los propios particulares. Los derechos fundamentales, se dice, son eficaces, no solo verticalmente, sino también ‘horizontalmente’.

Ahora bien, esa teoría ha tenido muchísimas aplicaciones en el campo contractual, en Alemania e Italia. Podríamos citar como ejemplo el caso alemán, de los noventa, muy estudiado en Italia también, de las fianzas ‘ruinosas’ (BVerfG, sentencia del 19 de octubre de 1993). Los bancos, con la finalidad de ampliar su cartera de préstamos, redujeron sus exigencias en cuanto a garantías, y permitían a los familiares de sus deudores mutuarios, que les otorgaran fianzas, aunque no contaran con una solvencia comprobada. Como resultado, cuando los deudores no podían honrar el mutuo, los bancos iban contra los fiadores, que, al no tener capacidad para pagar, terminaban vinculados por

César Rodrigo Landa Arroyo, Francesca Benatti, Leysser León Hilario y Marcial Antonio Rubio Correa

tiempo indeterminado, endeudados, frente a las instituciones financieras, por montos reliquidados, con intereses y moras. ¿No les parece familiar esa imagen? ¿La de personas que por la mala gestión (y otorgamiento imprudente) de una tarjeta de crédito terminan en calidad de deudoras de por vida?

En el caso comentado, el Tribunal Constitucional alemán, pronunciándose en contra de la justicia ordinaria, que había convalidado esas fianzas, y, por lo tanto, en contra del *pacta sunt servanda*, señaló que estas lesionaban la libertad contractual, interpretada a la luz de los derechos fundamentales, al propiciar la ruina a los fiadores, imposibilitados para honrar esas garantías personales.

Devueltos los autos a los jueces civiles, estos dictaminaron, alineándose a la visión del *Bundesverfassungsgericht*, la nulidad de aquellas garantías.

En el Perú, solo una vez el Tribunal Constitucional ha actuado con acierto, respecto de este concepto, cuyo uso debe ser muy prudente. Fue en un caso de nulidad (por eficacia directa de los derechos fundamentales) de una sanción contractual que permitía a la empresa pública del agua castigar el incumplimiento del pago de sus servicios con la suspensión del suministro (Expediente 06534-2006-PA/TC, sentencia del 15 de noviembre de 2007). Una *Drittwirkung* impecable.

No se puede decir lo mismo del reciente ‘caso de los peajes’ (Sentencia 84/2024, del 5 de marzo de 2024), donde ni siquiera se presenta el supuesto de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, al tratarse de la suspensión de los efectos de un contrato de concesión, es decir, de una relación entre el Estado y los particulares.

Lo que habría podido hacer el Tribunal Constitucional en el caso mencionado, al haberse comprobado, sobre las bases de los informes de la Defensoría del Pueblo, entre otros, la afectación de la libertad de tránsito, es dejar expedito el camino para que la cuestión se ventilara en la jurisdicción acordada por las partes (arbitraje), y no arrogarse, como se ha vuelto costumbre, según parece, la jurisdicción civil, para dictaminar una ineficacia del derecho al cobro de los peajes; una ineficacia que, luego, ni siquiera pueden explicar los propios magistrados, porque, como se recordará, en una

entrevista radial, uno de ellos dijo que a pesar de la privación de efectos decretada, no se había emitido pronunciamiento sobre la validez del contrato de concesión.

**MARCIAL RUBIO CORREA:** La Constitución de 1993 incluyó en su texto el artículo 62<sup>2</sup>, que ha dado seguridades especiales a la contratación, tanto pública como privada. En ese sentido, ha fortalecido la importancia del contrato.

Es preciso decir que hay quienes consideran que el segundo párrafo de dicho artículo es discutible porque pretende una aplicación ultra activa de las normas del momento en que el contrato se perfeccionó, aunque luego fueren derogadas. Mi experiencia al respecto es que el artículo 62 lo defienden las empresas y lo atacan diversos sectores políticos y, aún, instituciones públicas como los gobiernos municipales, que parecen tener contratos de este tipo que, ellos sienten, los atan de manos.

## 6. ¿El desarrollo constitucional sobre materias civiles podría representar un riesgo futuro en torno a la obligatoriedad de los contratos?

**CÉSAR LANDA ARROYO:** Evidentemente todo exceso incluso en cautela de la Constitución puede ocasionar violaciones a esferas propias del ámbito privado como el contractual, que, como digo, no están exentas de controles externos en torno a la protección de bienes constitucionales. Pero no es que el derecho civil se subordine de manera absoluta al derecho constitucional, porque el derecho civil tiene instrumentos propios, junto a los principios generales del Derecho y las garantías previstas en el Código, para la protección de aquellas esferas o contornos de los derechos privados que puedan estar colisionando gravemente con la Constitución; como el abuso del derecho, el fraude a la ley, la simulación, la mala fe, etc.

Pero el peligro constitucional sobre los contratos podría venir si existe un mal uso del artículo 103 de la Constitución dado que: “pueden expedirse leyes especiales por la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia entre las personas” (1993). Por lo cual, las leyes pueden modificar contratos, aunque el artículo 62 señala que los contratos no pueden ser modificados por leyes. Pero esa antinomia

<sup>2</sup> 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.

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. (1993)

constitucional debe ser resuelta de manera ponderada—razonable y proporcional—, entendiendo que hay normas regla excepcionales como el artículo 62 que deben ser interpretadas de conformidad con normas principio como el artículo 103, sin que anule el primero.

Por eso, hay que evitar la ‘sobre constitucionalización’ del derecho privado cuando existen bienes jurídicos privados legítimos en materia contractual o arbitral, que no deben ser sobrepasados por una interpretación constitucional que pueda ser equívoca, discrecional o arbitraria, como ha ocurrido en algunas épocas como la actual en el Tribunal Constitucional.

**FRANCESCA BENATTI:** Depende de la interpretación que se dé sobre todo a las cláusulas generales. Evidentemente, también depende del tipo de transacción económica, como muy bien ha señalado Guido Alpa: ya no se puede hablar de contrato, sino de contratos. Por un lado, por ejemplo, la buena fe sirve para identificar aquellos deberes estrictamente vinculados al contrato para su correcta formación y ejecución, exigiendo evitar conductas dirigidas a perjudicar a la otra parte, causar sorpresas inesperadas, desvirtuar el sentido de la transacción económica o eludir los compromisos adquiridos. Por otro lado, la buena fe no puede ser utilizada para reescribir o corregir contratos, proteger a las partes que aparecen o son consideradas más débiles según las clasificaciones del contexto fluctuante, o ‘descubrir’ posiciones de asimetría en la relación negociadora que, por lo tanto, requieren una atención especial. La buena fe, como todas las cláusulas generales, debe estar dirigida a garantizar una conexión de relaciones privadas que asegure los intereses valorados de la forma más correcta y eficaz.

Es decir, los tribunales deben prever la protección de las expectativas razonables de las partes para garantizar la protección de la transacción económica celebrada. Soy muy escéptica ante los intentos de moralización o redistribución económica a través del derecho contractual. Además de desalentar la inversión empresarial, no creo que los jueces estén en la mejor posición para determinar opciones políticas/económicas con repercusiones a menudo generales. No es su tarea.

**LEYSSER LEÓN HILARIO:** Definitivamente, sí. Un Tribunal Constitucional que usa la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales únicamente por la ostentación de citar un germanismo, que ni comprende ni aplica bien, es un riesgo para la

estabilidad de la contratación. Existen, como bien saben todos los que conocen la práctica (no necesariamente los abogados, sino, sobre todo, las partes contractuales), contratos sujetos a condiciones leoninas, desproporcionales, lesivas, agraviantes para los derechos fundamentales, pero para la justicia constitucional (y ordinaria) son intocables. Respecto de ellos, reina el *pacta sunt servanda* o aquella frase, no reconocida en ningún lugar de nuestro ordenamiento, de que “el contrato es ley entre las partes”. Pero cuando se estuvo frente a un contrato más garantizado que cualquier otro en cuanto a su legalidad, al menos aparentemente, como una concesión, se recordó, para manipularla, la institución de la *Drittwirkung*; bueno, de una versión peruanísima de la *Drittwirkung*. ¿Qué seguridad existe de que ello no ocurrirá otra vez? Ninguna. Por eso, creo que, lamentablemente para la seguridad jurídica, sí cabe hablar de un riesgo. Un gran estudioso (y defensor, que no quede duda de ello) de la justicia contractual, como Fabrizio Piraino, nos lo había advertido: por vía de la exaltación de la *Drittwirkung* —o de su mala aplicación, añadiría yo— se puede transformar gravemente la naturaleza de los procesos, traicionar la legalidad, y convertirlos en meros juicios de equidad (2015, p. 233 y ss.).

**MARCIAL RUBIO CORREA:** El Tribunal Constitucional ha establecido que la libertad de contratar debe aplicarse con la confluencia de los artículos 2 inciso 14<sup>3</sup> y 62 de la Constitución, lo cual significa que los contratos no pueden contravenir las normas de orden público de rango de ley (Sentencia 2670-2002-AA/TC, fundamento 3, literal d.); y, Sentencia 0018-2015-PI/TC, fundamento 99, lo que demuestra que, lo afirmado, es una doctrina estable en la jurisprudencia constitucional peruana).

Esto mismo se sostiene, de otra manera, en el artículo 1354 del Código Civil que establece: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (1984). Con diferencias terminológicas usuales en el Código Civil, la Constitución y este dictan las mismas normas. Podría haber alguna diferencia jurisprudencial entre la forma de entender el tema por los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, caso en el cual primará la jurisprudencia constitucional según el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307.

Por lo dicho, soy de la opinión que, el trayecto que lleva la muy antigua inclusión del derecho de libre

<sup>3</sup> Artículo 2, inciso 14.- [...] A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (1993).

contratación en el constitucionalismo peruano, no demuestra riesgo alguno respecto de la obligatoriedad de los contratos, ni en los aspectos normativos, ni en la interpretación que de ellos haga la jurisprudencia constitucional peruana. 🏛️

#### REFERENCIAS

Constant, B. (1970). *Principios de Política*. Editorial Aguilar.

León Hilario, L. (2003). La reforma del Código Civil vista en serio. *Normas legales*, 327, 3-46.

Piraino, F. (2015). Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale». *Europa e Diritto Privato*, 2(61) 233-293.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1823) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1826) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1828) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1860) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1920) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley 31307, 23 de julio de 2021 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 30 de enero de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA/TC (Perú)

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2024, sentencia recaída en el Expediente 01072-2023-PHC/TC (Perú).